

tes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. *Agora não, porque a Constituição lhe deu um sentido próprio e extensivo e abrangente da ética pública.* O exercício de uma tal missão requer *garantias específicas* contra ingerências e contra atitudes mesquinhas de congelamento de remuneração<sup>(14)</sup>.

Não obstante, há que se louvar o constituinte de 1988, agindo com acerto ao criar um inspirado sistema de controle de juridicidade, a merecer apenas pequenas adaptações, pois, consoante se colhe nos modernos doutrinadores políticos constitucionais, a organização da Advocacia do Estado em moldes institucionais, e a inserção de seu exercício dentre as funções essenciais à justiça trazem inegáveis vantagens à defesa dos interesses do Estado, contribuindo relevantemente para a manutenção e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, ou, melhor dizendo, o Estado de Justiça.

É como vejo a Advocacia do Estado no Brasil, em sua extração constitucional após 1988.

(14) Silva, José Afonso da. "A Advocacia Pública". In RGPE, vol. 22, n. 50, págs. 14/15.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS: EFICÁCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ<sup>(\*)</sup>

Gilmar Ferreira Mendes<sup>(\*\*)</sup>

### 1. Introdução

#### 1.1. Considerações Preliminares

Os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado. Se se considerar que os direitos fundamentais são *prima facie* direitos contra o Estado, então parece correto concluir que todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais.

Em outros termos, a exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais<sup>(1)</sup>.

Tal como enunciado, os direitos fundamentais obrigam a todos os Poderes do Estado, seja o Legislativo, Executivo ou o Judiciário, nos planos federal, estadual e municipal.

Nesse contexto, assume relevo questão relativa ao grau dessa vinculação, especialmente à aplicação desses direitos e garantias fun-

(\*) O presente artigo teve como texto básico conferências proferidas no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, em 20 de outubro de 1994 e no 5º Encontro Nacional de Direito Constitucional (Instituto Pimenta Bueno) — Tema: "Direitos Humanos Fundamentais", em 20 de setembro de 1996, USP/SP.

(\*\*) Professor, Jurista e Subchefe de Assuntos Jurídicos da Presidência da República.

(1) Cf., sobre o assunto no Direito alemão, Stern, Klaus. *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III (1), 1988, pág. 1204; Dürig. *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 1, n. 100.

damentais nas relações privadas. Se o Estado não pode estabelecer qualquer discriminação ou restrição em razão de sexo, idade, raça, concepção religiosa ou filosófica, é lícito indagar em que medida podem as entidades privadas deixar-se influenciar, nas suas relações jurídicas, por esses elementos de distinção ou de discriminação.

Em outras palavras, seria legítimo que uma escola religiosa desse preferência, na contratação, a professores que adotassem aquela religião? Ou, poderia uma dada instituição religiosa de ensino rescindir o contrato de um casal de professores sob a alegação de que eles estão vivendo maritalmente sem a celebração do matrimônio?

Outras indagações são igualmente concebíveis:

(1) em que medida, por exemplo, a liberdade de expressão autorizaria alguém a conchamar o público a um boicote contra uma dada publicação ou contra uma dada produção artística (v.g., um livro ou filme)?;

(2) o princípio da igualdade impediria que, na adoção de critérios para contratação, uma empresa privilegiasse determinada categoria de pessoas, v.g., as adeptas de uma dada concepção filosófico-social?;

(3) a administração de uma "cidade privada" (*company-town*) poderia impedir que adeptos dos testemunhas de Jeová distribuam panfletos nas suas ruas e praças<sup>(2)</sup>;

(4) os proprietários ou administradores de "shopping centers" poderiam impedir a distribuição de informações sobre temas de interesse público no seu interior sob a alegação de que se cuida de um espaço submetido exclusivamente ao regime de propriedade privada?<sup>(3)</sup>;

(5) quais seriam os limites da responsabilidade do Poder Público pelo fato de alguém, em razão de sua raça ou cor, deixar de ser atendido em um café ou restaurante administrado sob o regime de autorização ou permissão<sup>(4)</sup>?

As situações são, pois, múltiplas e variadas.

(2) Cf. Nowak, John E./Rotunda, Ronald D. *Constitutional Law*, 5ª edição, 1995, pág. 479; Ver case "Marsh versus Alabama", 326 U.S. 501, 66 S. Ct. 276, 90 L. Ed. 265 (1946).

(3) Cf. Nowak e Rotunda. *Constitutional Law*, cit., pág. 480; Ver cases *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*, 391, U.S. 308. 88. S.Ct. 1601, 20 L. Ed. 2d 603 (1968), *Llooyd Corp. Limited v. Tanner*, 407 U.S. 551, 92 S. Ct. 2219, 33 L. Ed. 2d 131 (1972), dentre outros.

(4) *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961).

Essas questões têm sido discutidas nos diversos sistemas jurídicos seja sob a influência da doutrina alemã da "Drittwirkung", seja sob os influxos da concepção americana da "state action".

Tanto podem ser relevantes para os Direitos Fundamentais a proibição contratual de que alguém exerça uma determinada atividade profissional por período de tempo indefinido ou a exigência de que um contrato de aluguel não seja celebrado com pessoas de cor, quanto a cláusula testamentária que privilegia os herdeiros do sexo masculino, ou, ainda, a exigência de que um sabatista trabalhe aos sábados<sup>(5)</sup>.

Todas essas indagações contribuem para realçar a importância dos direitos fundamentais nas relações privadas.

É inegável, por outro lado, que a necessária mediação do Poder Público, seja na sua face administrativa ou legislativa, seja na sua face judicial, torna essa questão ainda mais relevante.

Da afirmação sobre a relevância ou não dos direitos fundamentais para uma dada relação privada dependerá também a verificação sobre o perfil meramente ordinário (*legal*) ou *constitucional* de determinada controvérsia, o que pode ter sérias conseqüências para a própria definição dos órgãos judiciais competentes<sup>(6)</sup>.

## 1.2. Vinculação da Atividade Legislativa

A vinculação da atividade legislativa é essencial não só para a proteção dos direitos fundamentais, como também para a concretização destes em inúmeras hipóteses.

A exigência de que o âmbito de proteção de determinado direito somente pode sofrer restrição mediante lei ou com fundamento em uma lei (reserva legal) já seria suficiente para ressaltar a importância vital da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Se a ele compete, em determinada medida, fixar os exatos contornos de dado direito fundamental, mediante o estabelecimento de limitações ou res-

(5) Cf., a propósito, *Bleckmann, Albert. Staatsrecht II — Grundrechte*, 3ª edição, Colônia, Berlin, Bonn, München, 1989, pág. 176.

(6) Assinale-se que, entre nós, a idéia — errônea — de uma absoluta separação entre as questões legais e constitucionais tem levado muitos a sustentar a "irrevisibilidade" dos julgados do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial. Embora o tema demande esclarecimento no prisma estritamente processual (momento de interposição dos recursos, o "prequestionamento", a separação entre simples interpretação do direito ordinário e a violação da Constituição, etc.), parece inquestionável que a vinculação aos direitos fundamentais também dos órgãos do Poder Judiciário induz ao reconhecimento dessa possibilidade, pelo menos de uma perspectiva do Direito Constitucional material.

trições, mister se faz que tal tarefa seja executada dentro dos limites prescritos pela própria Constituição. O legislador deve ater-se aqui não só ao estabelecido na Constituição (reserva legal simples/reserva legal qualificada), mas também aos chamados *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*), especialmente ao princípio de proteção do núcleo essencial (*Wesensgehaltsgarantie*) e ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*).

A vinculação do legislador aos direitos fundamentais assume igualmente inequívoco relevo nos direitos fundamentais de índole institucional (garantias institucionais), tais como o direito de proteção judiciária, o direito de propriedade, o direito à honra, à imagem e à privacidade, uma vez que se cuida aqui, fundamentalmente, de direitos dotados de âmbito de proteção estritamente normativo (*normgeprägter Normbereich*), que, por isso, carecem de concretização legislativa específica.

Portanto, o legislador não está apenas autorizado a fixar limites para determinados direitos individuais, como também está obrigado a observar rigorosamente os limites estabelecidos pela Constituição para a imposição de restrições ou de limitações.

Outra conseqüência clara da vinculação da atividade legislativa aos direitos fundamentais refere-se ao reconhecimento de que o legislador não só deve respeitar estritamente os limites estabelecidos para a Constituição, no caso de imposição de restrições a direitos, como também está compelido a editar as normas indispensáveis à concretização de inúmeros direitos fundamentais, especialmente do direito de igualdade e daqueles direitos dotados de âmbito de proteção com conteúdo estritamente normativo (*dever constitucional de legislar/omissão inconstitucional*)<sup>(7)</sup>.

O reconhecimento de que os direitos fundamentais têm um significado especial para a ordem jurídica objetiva – direito fundamental enquanto elemento da ordem jurídica objetiva – obriga o legislador a atuar no sentido de concretizá-los também nas relações privadas, evitando que os valores básicos protegidos por esses direitos possam de alguma forma ser afetados por entidades ou pessoas que não estejam submetidas diretamente ao regime dos direitos fundamentais. Daí falar-se em um dever de proteção (*Schutzpflicht*) que decorreria exatamente do especial significado objetivo dos direitos fundamentais para a ordem jurídica objetiva<sup>(8)</sup>.

(7) Cf. Rüter. *Die Subjekte der Freiheitsrechte*, pág. 485 (532).

(8) Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª edição, Heidelberg, 1995, pág. 118 s.

### 1.3. Vinculação do Poder Executivo

Não se questiona que os direitos fundamentais vinculam os órgãos do Executivo no exercício de qualquer atividade pública, aqui contemplados os órgãos integrantes da Administração direta e os entes que compõem a administração indireta.

Não cabe distinguir aqui entre atos de caráter restritivo e outros, ainda que de caráter positivo (*leistende Verwaltung*), podendo-se admitir, isto sim, uma diferenciação quanto à maior ou à menor intensidade do controle<sup>(9)</sup>.

A vinculação aos direitos fundamentais estende-se, igualmente, às pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividades públicas, tal como amplamente consolidado na jurisprudência<sup>(10)</sup>.

### 1.4. Jurisdição e Vinculação aos Direitos Fundamentais

Também indiscutível se afigura a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais. Dessa vinculação resulta para o Judiciário não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, especialmente dos direitos fundamentais seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares.

Da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais decorre, ainda, a necessidade de se aferir a legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista sobretudo a correta aplicação desses direitos aos casos concretos.

Isso significa que até mesmo a simples aplicação do direito ordinário pelos Tribunais pode ocasionar lesão aos direitos fundamentais, tanto no caso de inobservância completa de determinada regra do direito fundamental (*Defizit; Fehleinschätzung*)<sup>(11)</sup>, quanto na hipótese de a decisão assentar-se em considerações insustentáveis e arbitrarias do prisma objetivo (*unhaltbare und deshalb willkürliche Entscheidung*)<sup>(12)</sup>.

(9) Rüter. *Die Subjekte der Freiheitsrechte*, pág. 485 (534).

(10) Pieroth, BodolSchlink, Bernhard. *Grundrechte — Staatsrecht II*, 11ª edição, Heidelberg, 1995, pág. 49 s.

(11) BVerfGE 43, 130; 59, 231 (270); 71, 162 (178); 77, 346 (359); BVerfGE 7, 198; 34, 238; 60, 348 (357); 70, 297 (317); 84, 192 (195); ver, também, Schlaich, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, 3ª edição, Munique, 1994, págs. 187-189.

(12) BVerfGE 58, 163 (167); 62, 189 (192); 64, 389 (394); 80, 48 (52); Cf. também, Schlaich. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., págs. 190-191.

ou em construção que ultrapassa os limites constitucionais do direito jurisprudencial (*Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*)<sup>(13)</sup>.

#### 1.5. Direitos Fundamentais enquanto Elementos da Ordem Jurídica Objetiva

A par do seu inegável significado como direito de proteção ou de defesa contra atos lesivos por parte do Poder Público, cumprem os direitos fundamentais um relevante papel como elementos da ordem jurídica objetiva da comunidade<sup>(14)</sup>. A disposição expressa da Lei Fundamental que considera essas garantias como "fundamento de qualquer comunidade humana" (*Grundlage jeder menschliche Gemeinschaft*) (LF, art. 1, II) ressalta exatamente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>(15)</sup>. Também entre nós pode-se afirmar que, ao gravar os direitos fundamentais com a cláusula de eternidade (CF, art. 60, § 4º), pretendeu o constituinte explicitar o especial significado objetivo dos direitos fundamentais como elementos da ordem jurídica objetiva.

Tal como observado por *Hesse*, os direitos fundamentais contêm elementos essenciais não só do sistema democrático (igualdade; liberdade de opinião, liberdade de reunião, igualdade de oportunidade), mas também do próprio Estado de Direito (vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais)<sup>(16)</sup>. Também as regras básicas sobre o casamento, família, propriedade e direito de sucessão configuraríamos, para *Hesse*, os fundamentos da ordem jurídica privada<sup>(17)</sup>.

#### 1.6. Direitos Fundamentais e Dever de Proteção (Schutzpflicht)

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa - Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)<sup>(18)</sup>.

(13) BVerfGE 22, 114 (121); 34, 293 (301); ver, também, *Schlaich. Das Bundesverfassungsgerichtsgericht*, págs. 192-193.

(14) *Hesse. Grundzüge der Verfassungsrechts*, cit., págs. 118-119.

(15) *Hesse. Grundzüge der Verfassungsrechts*, cit., pág. 119.

(16) *Hesse. Grundzüge der Verfassungsrechts*, cit., pág. 119.

(17) *Hesse. Grundzüge der Verfassungsrechts*, cit., pág. 120.

(18) *Hesse. Grundzüge der Verfassungsrechts*, cit., págs. 139-140.

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação<sup>(19)</sup>.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros<sup>(20)</sup>.

Essa interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*)<sup>(21)</sup>.

É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica<sup>(22)</sup>.

Assim, ainda que se não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais<sup>(23)</sup>.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar um expressão de *Canaris*, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbote*)<sup>(24)</sup>.

(19) *Hesse. Grundzüge der Verfassungsrechts*, cit., pág. 140.

(20) Cf., a propósito, BVerfGE 39, 1 s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 s.); 53, 50 (57 s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 s.); ver, também, *Dieterlein, Johannes. Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlim, 1991, pág. 18.

(21) Cf., a propósito, *Dieterlein. Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit., pág. 17 s.

(22) *Von Münch, Ingo. Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19*, n. 22.

(23) *Von Münch, Ingo. Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19*, n. 22.

(24) *Canaris, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS 1989, pág. 161 (163).

## 2. Eficácia dos Direitos Fundamentais no Âmbito do Direito Privado

### 2.1. Considerações Preliminares

A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares marcou o debate doutrinário dos anos 50 e do início dos anos 60 na Alemanha<sup>(25)</sup>. Também nos Estados Unidos, sob o rótulo da "state action", tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas<sup>(26)</sup>.

É fácil ver que a doutrina tradicional dominante do Século XIX e mesmo ao tempo da República de Weimar sustenta orientação segundo a qual os direitos fundamentais destinam-se a proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado, não assumindo maior relevância para as relações de caráter privado. Dos dois direitos fundamentais com notória eficácia para os entes privados (art. 118, I, 1. período – liberdade de opinião; art. 159, 2. período – liberdade de coalizão) extraiu-se um *argumentum e contrario*<sup>(27)</sup>.

Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a idéia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal<sup>(28)</sup>. A adoção dessa orientação suscitaria problemas de difícil solução tanto no plano teórico, como no plano prático. O próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais. O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem.

Por essa razão, destaca Rűfner que quase todos os direitos privados são referenciáveis a um direito fundamental:

"Os contratos dos cidadãos e sua interpretação, abstraída a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho, não despertavam grande interesse. O problema da colisão de direitos fundamentais coloca-se também aqui de forma freqüente: a liberdade

(25) Rűfner. *Die Subjekte der Grundrechte*, pág. 485 (550).

(26) Cf., a propósito, Nowak e Rotunda, *Constitutional Law*, cit., pág. 470 s; Tribe, Laurence H. *Refocusing the "State Action" inquiry: separating state acts from state actors*, in: *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1985, págs. 246 s.

(27) Cf. Anschütz, Gerhard. *Die Verfassung des deutschen Reichs*, 1933, Art. 117, nota 1 (pág. 549); Art. 118, nota 5 (pág. 556); Art. 159, nota 1 (pág. 731).

(28) Cf., a propósito, Rűfner. *Die Subjekte der Freiheitsrechte*, cit., pág. 554.

de contratar integra os direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) e de propriedade. Por isso, ela deve ser contemplada como elemento constitucional na avaliação jurídica dos contratos. O estabelecimento de vínculos contratuais com base na autonomia privada relaciona-se, pois, com o exercício de direitos fundamentais. Exatamente na assunção de obrigações contratuais reside uma forma de exercício de direitos fundamentais que limita a liberdade para o futuro. A livre escolha de profissão e o seu livre exercício são concretizados dessa forma. O livre exercício do direito de propriedade consiste também em empregar a propriedade para fins livremente escolhidos. A livre manifestação de opinião e a liberdade de imprensa, a liberdade de religião e a liberdade artística não são realizáveis sem a possibilidade de livre assunção de obrigações por parte dos cidadãos. Até mesmo a liberdade de consciência não está isenta de vinculações contratuais<sup>(29)</sup>.

Também o postulado de igualdade provoca problemas na esfera negocial.

O Estado, que, com os direitos fundamentais, assegura a liberdade do cidadão, não pode retirar essa liberdade com a simples aplicação do princípio da igualdade. O engajamento político e religioso integra o livre exercício do direito de propriedade e o livre exercício do direito de desenvolvimento da personalidade. A liberdade de testar é integrada pela liberdade de diferenciar por motivos políticos ou religiosos.

Assim, em face dos negócios jurídicos coloca-se a indagação sobre a sua própria validade como resultado de eventual afronta ou contrariedade aos direitos fundamentais<sup>(30)</sup>.

É certo, por outro lado, que na relação entre cidadãos não se pode tentar resolver o conflito com a afirmação – duvidosa já na relação com o Poder Público – de que *in dubio pro libertate*, porque não se cuida do estabelecimento de uma restrição ou limitação em sentido estrito<sup>(31)</sup>.

Canaris observa que o reconhecimento de que os direitos fundamentais cumprem uma tarefa importante na ordem jurídica não apenas como proibição de intervenção (direito de defesa), mas também

(29) Rűfner. *Die Subjekte der Freiheitsrechte*, cit., pág. 554.

(30) Cf., Rűfner. *Die Subjekte der Freiheitsrechte*, cit., pág. 556.

(31) Cf., Rűfner. *Die Subjekte der Freiheitsrechte*, cit., págs. 555-556.

como postulados de proteção, contribui para explicitar a influência desses postulados no âmbito do direito privado<sup>(32)</sup>.

### 2.2. A doutrina sobre a Eficácia Direta dos Direitos Fundamentais

Sob o império da Lei Fundamental de Bonn engajou-se *Hans Carl Nipperdey*<sup>(33)</sup> em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que acabou por provocar um claro posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em favor dessa orientação (*unmittelbare Drittwirkung*)<sup>(34)</sup>.

O Tribunal do Trabalho assim justificou o seu entendimento:

"Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública"<sup>(35)</sup>.

Esse entendimento foi criticado sobretudo pela sua deficiente justificação em face do disposto no art. 1, III, da Lei Fundamental, que previa apenas a expressa vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais<sup>(36)</sup>.

Afirmou-se ainda que a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas acabaria por suprimir o princípio da autonomia privada, alterando profundamente o próprio significado do Direito Privado como um todo<sup>(37)</sup>.

Ademais, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas encontraria óbice insuperável no fato de que, ao contrá-

(32) *Canaris, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS 1989, 161 (163).

(33) *Nipperdey, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht*, 1961, pág. 13.

(34) Cf. *Bage* 1, 185 (193).

(35) Cf. *Bage* 1, 185 (192).

(36) Cf. *Battis, Ulrich/Gusy, Christoph. Einführung in das Staatsrecht*, 3ª edição, Heidelberg, 1991, pág. 346; *Pieroth e Schlink. Grundrechte — Staatsrecht II*, pág. 49 s.

(37) *Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., pág. 142.

rio da relação Estado-cidadão, os sujeitos dessas relações merecem e reclamam, em princípio, a mesma proteção<sup>(38)</sup>.

É claro que o tema prepara algumas dificuldades.

Poder-se-ia argumentar com a disposição constante do art. 1º, da Lei Fundamental, segundo a qual "os direitos humanos configuram o fundamento de toda a sociedade" (*Grundlage jeder Gemeinschaft*)<sup>(39)</sup>. Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de forças sociais específicas, como os conglomerados econômicos, sindicatos e associações patronais, enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas<sup>(40)</sup>.

Esses dois argumentos carecem, todavia, de força normativa, uma vez que tanto o texto da Lei Fundamental, quanto a própria história do desenvolvimento desses direitos não autorizam a conclusão em favor de uma aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas<sup>(41)</sup>.

Em verdade, até mesmo disposições expressas, como aquela constante do art. 18, n. 1, da Constituição de Portugal, que determina sejam os direitos fundamentais aplicados às entidades privadas, ou do Projeto da Comissão Especial para revisão total da Constituição suíça (art. 25) — *Legislação e Jurisdição devem zelar pela aplicação do direito individuais às relações privadas — Gesetzgebung und Rechtsprechung sorgen dafür, dass die Grundrechte sinngemäss auch unter Privaten wirksam werden*<sup>(42)</sup> —, não parecem aptas para resolução do problema<sup>(43)</sup>.

A propósito da fórmula consagrada na Constituição portuguesa, acentua *Vieira de Andrade* que "se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz em que termos se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga os poderes públicos"<sup>(44)</sup>.

(38) *Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., pág. 142.

(39) Cf., a propósito, *Pieroth e Schlink. Grundrechte — Staatsrecht II*, pág. 50.

(40) Cf., a propósito, *Pieroth e Schlink. Grundrechte — Staatsrecht II*, cit., pág. 50.

(41) *Pieroth e Schlink. Grundrechte — Staatsrecht II*, cit., pág. 50.

(42) *Bleckmann, Albert. Staatsrecht II — Die Grundrechte*, cit., pág. 176.

(43) Cf., a propósito, *Vieira de Andrade, José Carlos. Os Direitos Fundamentais e a Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, pág. 281.

(44) *Vieira de Andrade. Os Direitos Fundamentais e a Constituição Portuguesa de 1976*, pág. 281.

Em verdade, ensina *Dürig* que uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas poderia suprimir ou restringir em demasia o princípio da autonomia privada. Portanto, é o próprio sistema de direitos fundamentais, ensina o notável constitucionalista tedesco, que autoriza e legitima que os indivíduos confirmem aos negócios de direito privado conformação não coincidente com tais direitos<sup>(45)</sup>.

Idêntica orientação é adotada por *Konrad Hesse*, que destaca serem as relações entre pessoas privadas marcadas, fundamentalmente, pela idéia de igualdade. A vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado<sup>(46)</sup>.

Não se pode olvidar, por outro lado, que as controvérsias entre particulares com base no direito privado não de ser decididas pelo Judiciário. Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, parece inevitável que o tema constitucional assumira relevo tanto na decisão dos tribunais ordinários, como no caso de eventual pronunciamento da Corte Constitucional<sup>(47)</sup>.

### 2.3. Posição do Bundesverfassungsgericht: Eficácia Mediata dos Direitos Fundamentais

Embora tenha rejeitado expressamente a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*), entendeu o *Bundesverfassungsgericht* que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado<sup>(48)</sup>.

Os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico<sup>(49)</sup>.

Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posi-

(45) *Dürig*, in: *Maunz-Dürig. Grundgesetz — Kommentar*, art. 1, III, n. 130.

(46) *Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts*, pág. 159.

(47) *Pierothe Schlink. Staatsrecht II*, cit., pág. 50.

(48) *BVerfGE* 7, 198 (205 s.); 7, 230 (233 s.); 42, 143 (148); 73, 261 (269).

(49) Cf., a propósito, *Pierothe Schlink. Staatsrecht II*, pág. 51.

ções fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas<sup>(50)</sup>.

Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklauseln*) que serviriam de "porta de entrada" (*Einbruchsstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado<sup>(51)</sup>.

A referência a algumas decisões do *Bundesverfassungsgericht* pode contribuir para esclarecer mais adequadamente a orientação perfilhada pela Corte Constitucional alemã:

(1) Em 1950, o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, *Erich Lüth*, defendeu um boicote contra o filme "Unsterbliche Geliebte", de *Veit Harlan*, diretor do filme "Jud Süß", produzido durante o 3º Reich. Harlan logrou decisão do Tribunal estadual de Hamburgo no sentido de determinar que *Lüth* se abstinisse de conchamar o boicote contra o referido filme com base no § 826 do Código Civil (BGB). Contra essa decisão foi interposto recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o *Bundesverfassungsgericht*. A Corte Constitucional deu pela procedência do recurso, enfatizando que decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5, I, da Lei Fundamental. Os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais (juízo de ponderação). Na espécie, entendeu a Corte que, ao apreciar a conduta do recorrente, o Tribunal estadual teria desconsiderado (*verkannt*) o especial significado que se atribui ao direito de livre manifestação de opinião também nos casos em que ele se confronta com interesses privados<sup>(52)</sup>.

(2) O pequeno jornal "Blinkfuer" continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do muro de Berlim (13.8.1961). A grande editora *Springer* dirigiu, por isso, uma circular a todas as bancas e negócios de vendas de jornais, ameaçando-os com a suspensão de fornecimento de jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal "Blinkfuer". Foram significativos os prejuízos sofridos pela publicação. A pretensão de caráter indenizatório formulada

(50) *Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts*, pág. 159.

(51) *BVerfGE* 7, 198 (206).

(52) *BVerfGE* 7, 198 s.

pelo jornal foi rejeitada pelo Bundesgerichtshof – BGH (Supremo Tribunal de Justiça). Apreciando o recurso constitucional interposto pelo pequeno jornal, entendeu o Bundesverfassungsgericht que a editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer a sua opinião. As opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade, com recursos de caráter exclusivamente intelectual (geistige Waffen)<sup>(53)</sup>;

(3) No chamado “caso Wallraff”, um repórter, adotando uma identidade falsa, obteve um emprego como jornalista na redação do jornal sensacionalista “Bild-Zeitung”. Essa experiência forneceu-lhe material para um livro. A ação movida pela empresa jornalística contra o repórter e seu editor foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (Bundesgerichtshof). A Corte Constitucional acolheu, todavia, o recurso constitucional interposto contra a decisão, entendendo que “entre as condições da função de uma imprensa livre pertence a relação de confiança do trabalho de redação”, sendo lícita, fundamentalmente, a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas mediante utilização de artifícios dolosos<sup>(54)</sup>.

A orientação esposada pela Corte em todos esses precedentes parece sinalizar que, embora o Bundesverfassungsgericht extraia a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas do significado objetivo destes para a ordem jurídica total, acaba ele por reconhecer efeito jurídico-subjetivo a essas normas.

Tal como enfatizado no “caso Blinkfüer”, se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar<sup>(55)</sup>.

Assim, ainda que não se possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação<sup>(56)</sup>.

(53) BVerfGE 25, 256-269 (Blinkfüer).

(54) BVerfGE 66, 116.

(55) BVerfGE 7, 198 (206).

(56) Rüfner. Die Subjekte der Freiheitsrechte, pág. 485 (554).

É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem<sup>(57)</sup>.

Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está frequentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros<sup>(58)</sup>.

Como enunciado, a teoria da “eficácia mediata” (mittelbare Drittwirkung) revela também a preocupação do Bundesverfassungsgericht com a aplicação/concretização dos direitos fundamentais pelos Tribunais ordinários. A discussão sobre a eficácia indireta ganha relevo na medida em que as valorações estabelecidas pela Constituição não coincidem com a valoração do direito privado<sup>(59)</sup>.

Tal como sintetizado por Hesse, a orientação da Corte Constitucional revela que a função dos direitos fundamentais, enquanto elementos de uma ordem objetiva, impõe tão-somente a preservação de um standard mínimo de liberdade individual. Não se impõe, porém, uma redução generalizada da liberdade individual a esse padrão mínimo<sup>(60)</sup>. “Se o Direito Privado deixa maior liberdade do que os direitos fundamentais, não deve a liberdade ser restringida mediante uma vinculação a esses direitos”<sup>(61)</sup>.

Hesse sustenta que os Direitos Fundamentais não obstam a que os titulares assumam obrigações em face de outros entes privados, uma vez que também a possibilidade de se vincular mediante atos livremente celebrados integra a liberdade individual. Assim, seriam válidos, em princípio, contratos celebrados entre pessoas privadas que limitassem a liberdade de opinião e legítimas as decisões de um empregador que selecionasse seus empregados com utilização de referenciais relacionados com a confissão religiosa ou a convicção política<sup>(62)</sup>.

Não se pode perder de vista, porém, — adverte Hesse — que a liberdade individual pode restar ameaçada pela utilização de meca-

(57) Rüfner. Die Subjekte der Freiheitsrechte, cit., págs. 485 (554-555).

(58) Rüfner. Die Subjekte der Freiheitsrechte, cit., pág. 485 (555).

(59) Rüfner. Die Subjekte der Freiheitsrechte, cit., pág. 485 (553).

(60) Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts, cit., pág. 159.

(61) Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts, cit., pág. 159.

(62) Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts, cit., pág. 159.



nismos de poder econômico ou social, o que acabaria por permitir a supressão daquele *standard* mínimo de liberdade pelo uso (abusivo) de posições dominantes no plano econômico-social<sup>(63)</sup>.

Assim, entende Hesse que cabe ao legislador e, se este se revelar omissivo ou indiferente, ao próprio juiz, interpretar o direito privado à luz dos direitos fundamentais (*im Licht der Grundrechte*), exercendo o dever de proteção (*Schutzpflicht*) que se impõe ao Estado<sup>(64)</sup>.

#### 2.4. Eficácia Mediata: Avaliação Crítica

A crítica ao entendimento da Corte Constitucional alemã sobre a eficácia mediata dos direitos fundamentais assenta-se tanto na sua débil fundamentação dogmática, quanto na sua eventual desnecessidade<sup>(65)</sup>.

Quanto à fundamentação dogmática, afirma-se que a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas padece dos mesmos problemas da jurisprudência sobre Constituição enquanto ordem valorativa (*Wertordnungsrecht*). A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta, senão impossibilita, uma decisão clara sobre os valores que não de prevalecer em uma dada situação de conflito<sup>(66)</sup>. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão<sup>(67)</sup>.

O argumento relativo à desnecessidade da jurisprudência sobre a eficácia mediata enfatiza que o recurso a essa teoria seria dispensável em caso de adequada aplicação do direito ordinário. A teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas decorreria, assim, de necessidade de correção de julgados dos Tribunais ordinários<sup>(68)</sup>. A discussão que se trava aqui refere-se exatamente à possibilidade de que o ganho obtido com a realização de justiça no caso concreto acabe por comprometer a clareza dogmática nos planos constitucional e legal<sup>(69)</sup>.

(63) Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., pág. 160.

(64) Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., pág. 160.

(65) Cf., a propósito, Battis/Gusy. *Einführung in das Staatsrecht*, cit., pág. 348.

(66) Cf., a propósito, Battis/Gusy. *Einführung in das Staatsrecht*, cit., pág. 348.

(67) Cf., a propósito, Battis/Gusy. *Einführung in das Staatsrecht*, cit., pág. 348.

(68) Cf., a propósito, Battis/Gusy. *Einführung in das Staatsrecht*, cit., pág. 348.

(69) Cf., a propósito, Battis/Gusy. *Einführung in das Staatsrecht*, cit., pág. 349.

Jürgen Schwabe rejeita tanto a doutrina da aplicação imediata, quanto a aplicação mediata dos direitos fundamentais, entendendo que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do próprio caráter estatal do direito privado. No âmbito do direito privado, as pretensões não representariam mais do que o poder estatal sob a forma de proibição ou de prescrição<sup>(70)</sup>.

Essa orientação, que muito se assemelha à doutrina americana da "state action"<sup>(71)</sup>, tem algo em comum com a doutrina da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas: ambas admitem uma aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas<sup>(72)</sup>. A diferença básica entre elas reside no fato de que para Schwabe não há que se cogitar de uma eficácia horizontal (*Drittwirkung*), porquanto os direitos fundamentais devem ser aplicados até mesmo contra uma decisão estatal (decisão legislativa; decisão judicial; execução judicial)<sup>(73)</sup>.

Qualquer que seja a orientação adotada, importa acentuar que a discussão sobre aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros<sup>(74)</sup>.

É certo, por outro lado, que, a despeito do esforço desenvolvido pela doutrina, não se logra divisar, com clareza, uma distinção precisa entre a questão material da *Drittwirkung* (eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas) e a questão processual, que alça a Corte Constitucional a um papel de um *Supertribunal de Revisão*<sup>(75)</sup>.

(70) Schwabe, Jürgen. *Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 100 (1975), pág. 442 s.

(71) Cf., a propósito, Brugger, Winfried. *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen, 1987, pág. 30 s. A Corte Suprema americana assevera que os direitos fundamentais são primariamente direitos contra o Poder Público. Esse entendimento não exclui a possibilidade de que determinadas decisões privadas sejam consideradas ofensivas aos direitos fundamentais. Segundo Brugger, a indagação sobre se a lesão de direitos individuais partiu de uma ação estatal ou de uma atuação privada não induz necessariamente a uma resposta positiva ou negativa. Deve-se antes indagar *in concreto* sobre a prevalência do ato privado ou das posições resultantes dos direitos fundamentais. A posição mais relevante na estrutura constitucional deve ser reconhecida como digna de proteção fundamental (Brugger, *op. cit.*, pág. 40).

(72) Cf. von Münch, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Vorbemerkung Art. 1-19*, n. 33.

(73) Cf. von Münch, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Vorbemerkung Art. 1-19*, n. 33.

(74) Cf., a propósito, García Torres, Jesús. *Derechos Fundamentales y relaciones privadas*, Madrid, 1986, pág. 37.

(75) García Torres. *Derechos Fundamentales y relaciones privadas*, cit., págs. 37-38.