

# A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha

Claus-Wilhelm Canaris

## I. A dimensão internacional da problemática

### 1. Tarefas da “dogmática” na harmonização do direito europeu

Existe atualmente um amplo consenso quanto à expectativa de que a implementação da União Europeia conduzirá a uma forte harmonização e, em parte, até a uma unificação dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, o que afetará também o Direito Privado. Entrementes a ciência jurídica está realizando múltiplos trabalhos preparatórios nesse sentido. Especialmente exigente é o projeto de esboçar um “Codice europeo dei contratti”, promovido por iniciativa e sob a coordenação de *Giuseppe Gandolfi* por um grupo internacional de cientistas no âmbito da “Accademia dei giusprivatisti europei”, à qual, de resto, também sou filiado. Muito conhecido e em parte já muito avançado está o trabalho da assim chamada Comissão Lando, que, em 1995, publicou um projeto de “Principles of European Contract Law”.

Hoje procuro oferecer uma contribuição de outra espécie, pois na pauta da harmonização não estão apenas os *conteúdos* dos ordenamentos; muito pelo contrário, é importante aproximar também os *modos de pensar*. Isso envolve, mais especificamente, uma tarefa da disciplina que denominamos *Dogmática*. Por um lado, ela está referida, segundo a opinião tradicional, a um determinado ordenamento jurídico *nacional* e tem por objeto a sua sistematização conceitual; por outro lado, a

---

\* O presente artigo, na sua versão em língua portuguesa, foi inicialmente publicado na obra coletiva organizada por Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, de tal sorte que aqui vão registrados os agradecimentos tanto ao autor, quanto ao organizador e à editora da coletânea referida.

harmonização *transnacional* do Direito também carece de uma dogmática bem elaborada, pois a sua falta traz consigo o risco de uma confusão conceitual e de graves contradições teleológicas. Além disso, a dogmática, corretamente compreendida e manejada, pode fornecer modelos de pensamento e padrões de soluções segundo os quais uma harmonização dos ordenamentos jurídicos consegue guiar-se parcialmente, quer tomemos por base um determinado modelo como ideal, quer rejeitemos outro modelo como inadequado.

## 2. “Constitucionalização do Direito Privado”

O tema “A influência dos direitos fundamentais no Direito Privado” se me afigura especialmente adequado para um tal *modus operandi*, pois interessa-me aqui em primeiro plano o *modo* pelo qual essa influência deve ser *pensada* em termos jurídicos, e não por determinados *conteúdos* de normas do Direito Privado, resultantes da influência dos direitos fundamentais. A peculiaridade desse enfoque questionador se revela também pelo fato de a resposta não poder ser dada pelo legislador. A ninguém ocorreria que a União Européia pudesse regulamentar de qualquer modo a questão de como os direitos fundamentais dos Estados-membros se relacionam com os ordenamentos jusprivatistas desses mesmos Estados-membros; por conseguinte, a ninguém ocorreria que o tratamento dessa problemática pertence às tarefas da *Accademia dei Giusprivatisti* ou da Comissão Lando.

Por outro lado, essa questão também permite exercícios comparatistas fecundos, pois em muitos países podemos constatar uma tendência ao fortalecimento da influência da Constituição sobre o Direito Privado. Assim o britânico *Basil Markesinis* chegou a falar de uma “constitutionalisation of private law” e observou que de modo nenhum se trata apenas de um fenômeno alemão. Em consonância precisa *Alberto Trabucchi* fala, com relação ao direito italiano, de “una costituzionalizzazione anche del diritto privato”.

Veremos então também que no tocante a essa problemática existem alguns paralelos entre os pensamentos jurídicos alemão e italiano.

### 3. A “hierarquia das normas” e a supremacia dos direitos fundamentais em relação ao Direito Privado

Em quase todo e qualquer ordenamento jurídico moderno, de modo mais ou menos cogente, coloca-se a questão da relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado. Ela radica no fato dos direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na *hierarquia das normas* do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo. Por outro lado, a Constituição, em princípio, não é o lugar correto nem habitual para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas. Nisso consiste, muito pelo contrário, a tarefa específica do Direito Privado, que desenvolveu nesse empenho uma pronunciada autonomia com relação à Constituição; e isso não vale apenas em perspectiva histórica, mas também no tocante ao conteúdo, pois o Direito Privado, em regra, disponibiliza soluções muito mais diferenciadas para conflitos entre os seus sujeitos do que a Constituição poderia fazer. Disso resulta uma certa relação de tensão entre o grau hierárquico mais elevado da Constituição, por um lado, e a autonomia do Direito Privado, por outro.

O recurso aos direitos fundamentais propõe assim questões específicas no Direito Privado, que, provavelmente, se assemelham na maioria dos ordenamentos jurídicos no tocante à sua estrutura, mas também por razões sistemáticas e de ordem lógico- jurídica. Por outro lado, as soluções naturalmente também têm o seu perfil definido pelas especificidades do respectivo direito nacional, podendo, por conseguinte, ser muito distintas. Também sob esse aspecto a temática me parece ser um bom exemplo das possibilidades e dos limites de uma harmonização do pensamento jurídico europeu, pois para tal fim far-se-á, por um lado, um empenho na elaboração de princípios fundamentais comuns, embora, por outro lado,

nem todas as especificidades nacionais devessem ser niveladas, por serem expressão de culturas organicamente formadas no decorrer da história, bem como expressão da identidade *sui generis* dos diferentes ordenamentos jurídicos.

#### 4. A possibilidade do recurso constitucional contra julgados de tribunais cíveis segundo o direito alemão

Antes de me ocupar com o meu tema propriamente dito, preciso mencionar, ainda, uma especificidade do direito alemão, sem o conhecimento da qual não se pode compreender integralmente por que justamente entre nós a problemática da relação entre direitos fundamentais e Direito Privado assume um significado prático tão grande. Essa especificidade reside no fato de a Constituição alemã facultar a cada pessoa, pela via de um assim chamado recurso constitucional [Verfassungsbeschwerde], a invocação do Tribunal Constitucional Federal com a afirmação de “ter sido violado em um dos seus direitos fundamentais pelo poder público” (artigo 93, incisos I a IV, da Lei Fundamental<sup>1</sup>) Há consenso de que também os tribunais cíveis devem ser considerados “poder público” nesse sentido, sendo, por conseguinte, possível recorrer ao Tribunal Constitucional Federal contra toda e qualquer sentença de tribunal cível de última instância, isto é, sobretudo do Supremo Tribunal Federal [Bundesgerichtshof]<sup>2</sup>.

A Itália e muitos outros países desconhecem tal possibilidade, que, com efeito, resulta em dificuldades consideráveis, uma vez que existe o risco do Tribunal Constitucional Federal assumir parcialmente as funções de

---

<sup>1</sup> A Constituição da República Federal da Alemanha, *Grundgesetz* (Lei fundamental), é citada aqui pela sigla LF. [Nota do Tradutor]

<sup>2</sup> Registre-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof) cumpre, em boa parte, funções similares ao do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, notadamente no que diz com a tarefa de zelar pela uniforme aplicação e pelo respeito às normas jurídicas de âmbito nacional. [Nota do organizador]

uma segunda instância revisora, imiscuindo-se nas competências dos tribunais cíveis. Esse risco ensejou na Alemanha a crítica de que o Tribunal Constitucional Federal estaria atuando como “superinstância revisora”. Discutir *essa* problemática não é, porém, o objeto do tema que me foi proposto, pois ele diz respeito a uma questão de cunho exclusivamente competencial, que não se coloca apenas no âmbito da relação entre o Tribunal Constitucional Federal e os tribunais cíveis, mas também no que diz com a relação do primeiro com os demais tribunais, como é o caso dos tribunais penais, administrativos ou fazendários, não sendo, por conseguinte, um problema específico da relação entre direitos fundamentais e Direito *Privado*.

Devemos distinguir rigorosamente entre essa problemática relativa às competências dos tribunais e a questão de *direito material*, isto é, se os direitos fundamentais também podem ser *violados* por sentenças de tribunais cíveis, devendo, portanto, por estes serem respeitados. A resposta pode ser perfeitamente positiva, mesmo se um ordenamento jurídico não prevê a possibilidade de apresentar recurso constitucional em virtude de uma tal violação. Nesse caso, a consequência seria apenas a obrigatoriedade de reagir à violação *no âmbito interno* da justiça cível, o que significa, à guisa de exemplo, que a sentença de um tribunal de instância inferior poderia ser cassada pelo tribunal cível de última instância (também) devido à violação de um direito fundamental. Considerando esse argumento, voltarei a me pronunciar a respeito desse aspecto da problemática.

## II. Exemplos fundamentais e atuais da jurisprudência alemã

Sabe-se que os juristas de um modo geral costumam compreender-se melhor quando discutem sobre a solução de problemas concretos e a decisão de casos práticos. Por essa razão pretendo concretizar a temática agora com base em alguns exemplos da jurisprudência alemã.

## 1. Apelos ao boicote e a liberdade de opinião: o caso “Lüth”

Uma sentença do Tribunal Constitucional Federal, que versou sobre uma colisão entre o direito delitivo (da responsabilidade por atos ilícitos) e a liberdade de opinião, passou a ser de fundamental importância para o tratamento da relação entre direitos fundamentais e Direito Privado na Alemanha. No caso em exame, um particular (um cidadão de nome Lüth, que ingressou por força dessa sentença na história do direito alemão) apelara, em 1950, aos proprietários e freqüentadores de salas de cinema ao boicote de um novo filme, argumentando que o diretor do mesmo rodara um filme antisemita durante o período nacionalsocialista. Os tribunais cíveis consideraram o apelo um ato ilícito, por ofensivo aos bons costumes no sentido do estabelecido pelo § 856 do BGB [Código Civil Alemão] condenando, por conseguinte, o Sr. Lüth a não repeti-lo.

Em resposta ao recurso constitucional impetrado pelo Sr. Lüth, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença do tribunal cível, pois este teria, na aplicação do § 826 do BGB, violado o direito fundamental à liberdade de opinião do Sr. Lüth, assegurado pelo artigo 5º, inciso I, da LF. Aqui o Tribunal Constitucional Federal utilizou-se pela, primeira vez, da formulação entrementes célebre, de que a Lei Fundamental “erigiu na seção referente aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores [...], que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do Direito”. Disso seguiria que o sistema de valores dos direitos fundamentais “obviamente também influi no Direito Civil [e] nenhuma prescrição juscivilista pode estar em contradição com ele, devendo cada qual ser interpretada à luz do seu espírito [scil. do sistema de valores – PN]”. Tendo em conta essa jurisprudência, o próprio Tribunal Constitucional Federal cunhou a expressão, entrementes também célebre, do “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, que abordarei em pormenores mais além. Na opinião do

Tribunal Constitucional Federal, oferecem-se para a efetivação desse efeito, pela via da interpretação, sobretudo as cláusulas gerais do Direito Privado, às quais pertence o § 856 do BGB, em virtude da sua referência aos, *bons costumes*”.

## 2. Limites da liberdade de contratar: fianças de familiares sem patrimônio e rendimentos

Não apenas no campo da responsabilidade por atos ilícitos<sup>3</sup> mas também no direito contratual, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu a influência dos direitos fundamentais. Há poucos anos causaram espécie decisões da referida corte, nas quais ela corrigiu a jurisprudência do Superior Tribunal Federal sobre a responsabilidade de familiares de um devedor por fianças prestadas. Em pauta estavam casos nos quais o fiador praticamente não tinha nenhum patrimônio e os seus rendimentos bastavam, quando muito, para pagar os juros ou mesmo apenas parte dos juros do principal da dívida; por força da fiança prestada, o fiador se vê aqui envolvido em uma dificuldade financeira sem perspectivas de saída, pois deve trabalhar durante várias décadas ou mesmo durante a sua vida inteira, sem que, alguma vez, venha a ter a possibilidade de remir o principal.

De início, o Superior Tribunal Federal assumiu um ponto de vista muito duro e formalista, considerando tais fianças em princípio válidas e fundamentando tal juízo no argumento de que a liberdade de contratar permitiria também a assunção de obrigações muito perigosas. O Tribunal Constitucional Federal viu nisso um caso especialmente crasso de violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em conformidade com o artigo 2º, inciso I, da LF. Embora seja certo que esse direito fundamental abrange também a liberdade de contratar –

---

<sup>3</sup> Doravante utilizaremos a expressão direito delitivo, como tradução da expressão alemã *Deliktsrecht*.

não expressamente assegurada pela Constituição (o que também ocorre na Itália) -, o Tribunal Constitucional Federal ressalta que isso vale igualmente para ambas as partes. Por isso o ordenamento jurídico – conforme infere o Tribunal Constitucional Federal – em princípio não pode tolerar que uma das partes prepondere a ponto de determinar de fato *unilateralmente* o teor do contrato, causando assim para a outra parte o efeito de uma determinação *heterônoma* [*Fremdbestimmung*]. Reportando-se expressamente à decisão no caso Lüth, que acabo de referir, o Tribunal Constitucional Federal baseou-se também aqui no assim chamado efeito irradiador dos direitos fundamentais e intimou o Superior Tribunal Federal a considerar a garantia fundamental da autonomia privada, prevista no artigo 2º, inciso I, da LF, no controle de contratos aplicando o critério dos bons costumes, em conformidade com o § 138 do BGB, ou observando os parâmetros do princípio da da boa-fé, de acordo com o § 242 do BGB.

Nessa medida a decisão parece mover-se na linha da argumentação habitual, pois aduz novamente o efeito irradiador dos direitos fundamentais e permite que ele se faça sentir no Direito Privado, com ajuda de cláusulas gerais como, exemplificativamente, bons costumes ou boa-fé. Não obstante, há uma diferença essencial entre esse caso e o caso Lüth, pois no segundo a influência da Constituição fez que uma cláusula geral juscivilista – a saber, o § 826 do BGB -, *não* podia ser aplicada, contrariamente à opinião dos tribunais cíveis, pois, caso assim fosse, um direito fundamental – isto é, a liberdade de opinião do Sr. Lüth – teria sido violado. Em contrapartida, o Tribunal Constitucional Federal supõe nos casos de fiança, de modo exatamente inverso, que uma cláusula geral – a saber, § 138 ou § 242, ambos do BGB – *deve ser aplicada*, contrariamente à intenção do Superior Tribunal Federal, pois, do contrário, seria violado um direito fundamental, designadamente o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Tudo indica que a influência dos direitos fundamentais na aplicação de normas do Direito Privado é diferenciada, descoberta que foi até agora



insuficientemente considerada na jurisprudência e na doutrina e que será oportunamente retomada.

### 3. Obrigação de contratar em virtude de violação da liberdade de opinião: a concordância com o emprego da violência por parte de um aprendiz

Podemos até comungar da opinião de que no caso de fianças de pessoas sem patrimônio e rendimentos a infração dos bons costumes, no sentido do § 138, BGB, possa ser reconhecida também sem recurso à Constituição e que, nessa medida, – como, de resto, reconhece também o Tribunal Constitucional Federal – tudo depende, em última instância, das circunstâncias do caso individual. No entanto, uma outra decisão mostra que a influência da Constituição, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal pode conduzir a restrições realmente dramáticas da liberdade de contratar.

No caso em pauta, um jovem que trabalhava como aprendiz de torneiro mecânico publicara num jornal um artigo contra a construção de uma usina nuclear, recorrendo nele a formulações que o seu empregador interpretou como expressão mediata de concordância com o emprego da violência contra o empreendimento, recusando-se, em decorrência disso, a celebrar com o jovem um contrato de trabalho depois do término do período de formação profissionalizante. De acordo com o direito alemão, em princípio não assiste a uma pessoa em vias de formação o direito à celebração de tal contrato. Não obstante, no caso em tela, o jovem impetrou uma ação visando a celebração desse contrato e fundamentando a sua pretensão no argumento de que a recusa do contrato por parte do empregador equivaleria a uma discriminação em virtude do artigo no jornal, violando, por conseguinte, o seu direito à livre expressão da opinião, em conformidade com o artigo 5º, inciso I, da LF.

O Tribunal Federal do Trabalho indeferiu o pedido, alegando, na sua fundamentação, sobretudo que o artigo conteria efetivamente uma concordância mediata com o emprego da violência e que esta teria suscitado no empregador o compreensível temor de que o jovem poderia vir a concordar, em determinadas circunstâncias, com o emprego da violência também na sua própria empresa, razão pela qual o empregador não teria agido arbitrariamente ao recusar-se a assinar um contrato de trabalho. Com fundamento na violação do artigo 5º, inciso I, da LF, o Tribunal Constitucional Federal cassou a decisão do Tribunal Federal do Trabalho, entendendo que o Tribunal Federal do Trabalho deveria ter examinado mais de perto se as explanações no referido artigo de jornal não poderiam também ser interpretadas num outro sentido, de modo que não devessem ser compreendidas necessariamente como uma concordância com o emprego da violência. À guisa de cláusula geral, com cuja ajuda o direito fundamental à liberdade de opinião se faz presente no Direito Privado, o Tribunal Constitucional Federal aduziu nessa decisão uma prescrição contida na Lei relativa à Organização de Empresas [Betriebsverfassungsgesetz], segundo a qual todas as pessoas que trabalham em uma empresa devem ser tratadas conforme os princípios do direito e da equidade e que deve ser evitado todo e qualquer tratamento distinto em virtude de convicções políticas do empregado (conforme o § 75 da referida lei).

Nessa altura ainda não pretendo discutir se a decisão do Tribunal Constitucional Federal merece a nossa concordância. Deve-se, porém, enfatizar que de acordo com essa decisão a violação de um direito fundamental pode até conduzir a uma obrigação de contratar (*Kontrahierungszwang*). Isso é especialmente digno de menção porque a liberdade de recusar a *celebração* de um contrato constitui, por assim dizer, o núcleo da liberdade de contratar e goza, de qualquer modo, de uma dignidade hierárquica superior à da liberdade de determinação do *teor* do contrato, em pauta nos casos relativos à fiança, anteriormente referidos.

#### 4. O direito de uma criança ao conhecimento do seu pai biológico

Até agora falei apenas da violação dos direitos fundamentais por força de decisões de *tribunais*. Mas, ao lado de violações dessa espécie, desempenha também um papel muito importante a problemática relativa à violação da Constituição pelas *leis* do Direito Privado. O Tribunal Constitucional Federal não raras vezes respondeu afirmativamente a essa pergunta, sobretudo no campo do Direito de Família.

a) Menciono, como exemplo de especial atualidade, a pergunta de se um filho tem direito a conhecer a pessoa do seu pai biológico. O Tribunal Constitucional Federal respondeu a ela de modo em princípio afirmativo, aduzindo como fundamento o assim chamado direito geral de personalidade, que deriva do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, reconhecido no artigo 2º, inciso I, da LF em combinação com a dignidade da pessoa humana, esta assegurada no artigo 1º, da LF. Disso o Tribunal Constitucional Federal inferiu que determinadas prescrições do BGB sobre a posição jurídica de uma criança ilegítima violam a Constituição. De acordo com a pertinente regulamentação só é possível sustentar sob pressupostos muito estritos que uma criança nascida durante o matrimônio não descende do cônjuge-varão, mas de outro pai; enquanto subsistir o matrimônio, isso somente é possível em casos excepcionais, extremamente raros (§§ 1593 e 1596, BGB). Assim, a criança é impedida mesmo depois de ter atingido a sua maioridade a determinar, por via de decisão judicial, quem é o seu pai biológico. De acordo com o direito alemão, tal determinação normalmente é possível (§ 1600 BGB n).

Por um lado, o Tribunal Constitucional Federal confirmou essa regulamentação como sendo em princípio constitucional, pois ela serve à proteção do matrimônio da mãe e do seu cônjuge contra perturbações decorrentes do processo em torno da pessoa do verdadeiro pai. Declarou, não obstante, a inconstitucionalidade

parcial das pertinentes prescrições, por serem excessivamente rigorosas e, conseqüentemente, violarem o *princípio da proporcionalidade*, pois no caso decidendo a mãe da criança e o seu cônjuge estavam inteiramente de acordo com a intenção da criança de constatar por via judicial que não o cônjuge da mãe, mas um terceiro era seu verdadeiro pai. De acordo com o teor literal do BGB os cônjuges somente poderiam ter facultado à criança o acesso a essa solução caso se separassem duradouramente ou mesmo se divorciassem. Tal conseqüência naturalmente é absurda, razão pela qual parece realmente plausível que o BGB nesse tocante restringe inconstitucionalmente o direito da criança ao conhecimento de quem é seu pai biológico.

b) A referida problemática ainda apresenta uma segunda dimensão, muito instrutiva. Com efeito, é de se indagar qual a situação jurídica, se a *mãe* de uma criança nascida fora do casamento nega a esta a informação sobre a pessoa do seu pai biológico? Pensemos sobretudo nos casos nos quais a mãe nunca esteve casada ou a criança nasceu muito tempo antes do seu matrimônio atual. Alguns tribunais alemães condenaram a mãe à *prestação da informação sobre a pessoa do pai*, implementando no Direito Civil o direito constitucionalmente assegurado da criança ao conhecimento da pessoa do seu pai biológico, com ajuda de uma cláusula geral do Direito Privado, segundo a qual os “pais e filhos se devem mutuamente ajuda e consideração” (§ 1618, letra “a”, do BGB).

Não obstante, o Tribunal Constitucional Federal decidiu há pouco tempo no sentido contrário. Fundamentou a decisão sobretudo no argumento de que por meio de tal direito à informação ocorreria uma intervenção nos direitos fundamentais da mãe, de modo que os tribunais disporiam, na ponderação desses direitos fundamentais com o conflitante direito fundamental da criança, de uma margem muito ampla de apreciação. Por um lado, na perspectiva do Tribunal Constitucional Federal, dos direitos fundamentais decorre um dever do Estado no sentido de proteger os

titulares dos mesmos; por outro, o conteúdo desses direitos seria em princípio *indeterminado* e estes exigiriam uma *determinada* atitude do Estado somente se os direitos fundamentais fossem aplicados para a defesa contra uma intervenção do Estado.

c) A problemática em pauta ilustra, dessarte, dois fenômenos distintos. Uma coisa é constatar se um direito fundamental é violado por uma *lei* jusprivatista – no caso, por prescrições do BGB –; outra, se essa lesão do direito fundamental se dá por intermédio de uma *pessoa* que atua no campo do Direito Privado – no caso, por intermédio da mãe da criança. Além disso cabe distinguir se o direito fundamental se aplica na sua função de *proibição de intervenções* ou na sua função de *mandamento para a proteção* do seu titular. Tais diferenciações dogmáticas merecem um aprofundamento do qual me ocuparei logo mais.

## 5. A proteção contra demissões e a sua restrição em pequenas empresas

Antes de adentrar o mérito das diferenciações dogmáticas acima referidas, gostaria de comentar brevemente a decisão mais recente do Tribunal Constitucional Federal, de relevância para o tema aqui tratado. O Tribunal teve de decidir sobre a pergunta se a proteção legal de assalariados contra demissões atende às exigências da Constituição. De acordo com a pertinente lei alemã, a demissão de um assalariado reclama, em princípio, uma justificativa especial, vinculada à sua pessoa, ao seu comportamento ou mesmo de necessidades urgentes da empresa (Lei de Proteção contra Demissões, § 1). Todavia, isso não se aplica quando o assalariado estiver trabalhando em uma pequena empresa, sendo que a redação do texto legal julgado pelo Tribunal Constitucional Federal fixava como limite para o enquadramento nesta categoria (pequena empresa) o de cinco assalariados, ao passo que a redação

atual fixa esse limite em dez (Lei de Proteção contra Demissões, § 23 inciso I, nº 2). A decisão do Tribunal Constitucional Federal teve por objeto a pergunta se essa prescrição excepcional para pequenas empresas seria compatível com a Constituição.

O Tribunal Constitucional Federal respondeu em princípio afirmativamente, partindo do pressuposto de que o direito ao livre exercício da profissão, em conformidade com o artigo 12 da LF, teria como consequência um dever do Estado no sentido de proteger assalariados contra demissões. Na opinião do Tribunal Constitucional Federal, o Estado cumpriu esse dever mediante a edição da referida lei. A exceção para pequenas empresas não alteraria essa situação em nada. Uma vez mais o Tribunal Constitucional Federal ressalta que o Estado dispõe de ampla margem de discricção no cumprimento do dever de tutela. Tal margem não é transcendida na regulamentação que admite a exceção em pequenas empresas, pois por um lado o empregador seria aqui especialmente merecedor de tutela, já que aqui o desempenho da empresa depende de modo significativo do rendimento de cada empregado individualmente considerado, a cooperação com o empregador é, conforme costuma ocorrer em pequenas empresas, especialmente estreita, sendo que as pequenas empresas, em regra, são mais afetadas do que as grandes pelos ônus financeiros da proteção contra demissões. Por outro lado, os empregados também não estão inteiramente desprotegidos contra demissões, pois para eles valem, de qualquer modo, as proibições da violação dos bons costumes (§ 138 do BGB) e da violação da boa-fé (§ 242 do BGB).

O que se percebe, é que o raciocínio aqui adotado segue um percurso distinto da argumentação subjacente à discussão em torno de uma regulamentação no âmbito do direito de família, antes referida, quando estava em pauta uma *intervenção* do legislador no direito da criança ao conhecimento do seu pai biológico, ocasião na qual o Tribunal Constitucional Federal aduziu o rigoroso *princípio da proporcionalidade*. No caso presente, como se constata, está em pauta

tão-somente o dever do legislador à *proteção* do direito ao livre exercício da profissão, tendo o Tribunal Constitucional Federal enfatizado correspondentemente a ampla *margem de apreciação* do legislador.

### III. Fundamentos teóricos e sistemáticos

Cheguei, agora, ao momento do aprofundamento dogmático, isto é, teórico e sistemático, já várias vezes anunciado. Na minha opinião, a compreensão da relação entre direitos fundamentais e Direito Privado seria extraordinariamente facilitada se distinguíssemos entre *três perguntas*. Em primeiro lugar: quem é o *destinatário* dos direitos fundamentais – apenas o Estado ou também os sujeitos jusprivatistas? Em segundo lugar: de quem é o comportamento *objeto do exame* realizado com base nos direitos fundamentais – o comportamento de um órgão público ou o de um particular? E, por fim: em que *função* se aplicam os direitos fundamentais – como proibições de intervenção e direitos de defesa contra o Estado [Abwehrrechte] ou como mandamentos (deveres) de proteção?

#### 1. A distinção segundo os destinatários dos direitos fundamentais

A primeira das três perguntas constitui o pano de fundo da controvérsia mantida há décadas na Alemanha sob as deixas da “eficácia externa imediata” e da “eficácia externa mediata” [“unmittelbare” und “mittelbare Drittwirkung”]. O termo “eficácia externa” [“Drittwirkung”]; literalmente: eficácia em relação a terceiros] designa aqui a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relação entre os sujeitos de Direito Privado, em oposição ao efeito próprio das relações entre os cidadãos e o Estado. A expressão “imediate” significa aqui que os

próprios sujeitos do Direito Privado – e não somente o Estado – são destinatários dos direitos fundamentais, tanto dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos quanto dos direitos fundamentais na condição de normas objetivas.

a) Aplicada coerentemente, a conseqüência da doutrina da, “eficácia externa imediata” implica que todos os direitos fundamentais conduzem, *sem mais nem menos*, a proibições de intervenções no âmbito das relações jusprivatistas e a direitos de defesa em face de outros sujeitos jusprivatistas. Assim eles não mais carecem de nenhuma implementação no próprio sistema de regras do Direito Privado. Mais especificamente, o recurso às cláusulas gerais se torna inteiramente supérfluo. Muito pelo contrário, estatui-se nessa perspectiva, para cada direito fundamental, uma proibição no sentido do § 134 do BGB, que, em princípio, veda a sua restrição por meio de um contrato, e um direito subjetivo no sentido do § 823, inciso I, do BGB, cuja lesão obriga, em princípio, à indenização pelos danos causados.

Salta aos olhos que uma aplicação conseqüente dessa doutrina poderia destruir tanto o direito contratual quanto também o direito da responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo direito constitucional. Isso contradiz a autonomia do Direito Privado, desenvolvida organicamente no decorrer de muitos séculos, contrariando, também no que diz com o direito alemão, a função dos direitos fundamentais que, em princípio, de acordo com a sua gênese e em consonância com a formulação do seu suporte fático, têm por destinatário direto apenas o Estado e não um particular. É por esta razão que a teoria da “eficácia externa imediata” não se impôs na Alemanha, embora ainda conte com seguidores.

No entanto, é evidentemente possível que a própria Constituição estabeleça a aplicação imediata de um direito fundamental nas relações entre particulares. Isso ocorreu na Alemanha no artigo 9º, inciso III,



alínea. 2, da LF, onde restou expressamente afirmada a nulidade de acordos para a restrição da liberdade de coalizão de empregados ou empregadores, assim como a ilegalidade de medidas que visam tais acordos. Na Constituição italiana, por exemplo, o artigo 36, segundo o qual “il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro [...]” está formulado de maneira a sugerir a aplicação imediata dessa prescrição à relação entre empregados e empregadores; e, com efeito, o artigo 36 é considerado pela *Corte di Cassazione* “norma precettiva, di immediata applicazione”.

b) Para além de tais exceções, somente o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, de acordo com a opinião prevalente na Alemanha. Não obstante elas também produzem efeitos sobre as relações entre sujeitos jusprivatistas, embora apenas “mediatamente”. Conforme já afirmei várias vezes, os direitos fundamentais devem ser considerados na concretização das cláusulas gerais juscivilistas. Porém, ainda não está inteiramente esclarecido como esse efeito “mediato” pode ser explicado de forma dogmáticamente precisa. Mais especificamente, não se compreende sem mais nem menos se e por que os direitos fundamentais possuem eficácia no quadro das cláusulas gerais juscivilistas como *direito constitucional específico* e não apenas atuam como *outros* recursos da concretização – e.g. regras da moral social. Aproximar-nos-emos de uma resposta a essa pergunta se nos ocuparmos com as duas outras perguntas antes formuladas.

## 2. A distinção segundo o objeto do exame com base nos direitos fundamentais

Se os direitos fundamentais se dirigem, em regra, contra o Estado e não contra os cidadãos, a coerência impõe que se discuta, numa próxima etapa do raciocínio, qual é o objeto propriamente dito do exame com

base nos direitos fundamentais: o ato de um órgão público ou tão-somente o comportamento de um sujeito jusprivatista.

a) No contexto da presente argumentação, entram em consideração, como atos do Estado, sobretudo as leis e as sentenças dos tribunais. Com efeito, leis jusprivatistas devem em princípio ser medidas, segundo a tese prevalente na Alemanha, do mesmo modo com base nos direitos fundamentais como ocorre com a legislação no âmbito do Direito Público, pois tanto as primeiras quanto as segundas podem violar o cidadão nos seus direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional Federal adotou naturalmente essa tese, tendo em conta a sua evidência. Mencionei como exemplos as decisões nas quais o Tribunal Constitucional Federal examinou, com base nos direitos fundamentais, a regulamentação do Direito Familiar relativa à constatação do pai biológico e a regulamentação justrabalhista da restrição da proteção contra demissões.

Ao que tudo indica, as posições adotadas pelos juristas italianos são similares, pois a *Corte Costituzionale* considerou, no contexto da célebre problemática do *danno biologico* ou do *danno alla salute*, possível que a restrição da capacidade repositiva do *danno non patrimoniale*, em conformidade com o artigo 2059, do Codice Civile (Código Civil Italiano) viole a Constituição, mormente o dever de proteção da saúde, previsto no artigo 32, evitando essa consequência apenas por meio de uma interpretação conforme a Constituição do artigo 2043, do Codice Civile. Isso mostra com clareza que, de acordo com a *Corte Costituzionale*, normas de Direito Privado podem ser aferidas com base na Constituição. Também a *Corte Costituzionale* examinou a proteção legal de empregados contra demissões, declarando a sua inconstitucionalidade com base no artigo 4º da Constituição Italiana, especialmente valendo-se do argumento de que os empregados, de acordo com a situação legal da época, eram excetuados dessa

proteção também depois de terem completado 65 anos de idade, não tendo direito sequer a uma pensão.

Em tais casos normas jusprivatistas são aferidas diretamente (isto é, sem *mediações*) com base nos direitos fundamentais. Na minha opinião, não faz sentido falar aqui da sua “eficácia externa” – como não raras vezes ocorre na Alemanha.

b) Ao contrário do que ocorre com as leis, verifica-se que contratos, negócios jurídicos e outros atos de sujeitos jusprivatistas não constituem objeto de um exame direto com base nos direitos fundamentais, pois as pessoas que executam esses atos não são, como já foi exposto, destinatários dos direitos fundamentais. Não obstante, os direitos fundamentais também exercem sua influência nestes casos. A razão disso pode ser explicada na discussão da terceira pergunta por mim formulada.

### 3. A distinção segundo a função dos direitos fundamentais

a) Com essa pergunta objetiva-se elucidar em que função os direitos fundamentais são aplicados no âmbito do Direito Privado e das relações entre particulares. Segundo a tese prevalente na Alemanha, eles servem, em primeiro lugar, à defesa de intervenções por parte do Estado nos bens jurídicos dos seus cidadãos; são designados, sob esse aspecto, como *proibições de intervenção e direitos de defesa em relação ao Estado [Eingriffsverbote und Abwehrrechte]*. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, endossada pela doutrina, eles possuem adicionalmente a função de obrigar o Estado à proteção dos seus cidadãos; fala-se, nesse tocante,

dos direitos fundamentais enquanto *mandamentos de tutela ou deveres de proteção* [*Schutzgebote*].

Na Alemanha essa distinção foi pela primeira vez conscientemente adotada por ocasião da discussão em torno da constitucionalidade da legislação que, em larga escala, previu a abolição da punição, na esfera criminal, da prática do aborto. Como aqui justamente não se trata de *intervenção do Estado*, por meio de um de seus órgãos, num bem jurídico, esse problema não pode ser apreendido pelos conceitos da proibição de intervenção e do direito de defesa em face do Estado. Muito pelo contrário, estamos diante de uma hipótese na qual os *cidadãos* – a saber, a mulher grávida e o médico que realiza o aborto – intervêm no bem jurídico, isto é, na vida da criança ainda não nascida, e no qual o Estado *deixa de proteger* esse bem jurídico contra tal intervenção com os meios do Direito Penal. Temos assim, com efeito, um problema vinculado à função dos direitos fundamentais na sua condição de mandamentos de tutela.

b) Conforme se reconheceu entrementes na Alemanha, essa função desempenha um papel central também no que diz com a pergunta em torno dos efeitos dos direitos fundamentais no Direito Privado, pois aqui os direitos fundamentais amiúde não são aplicáveis na sua função de proibição de intervenção e direitos de defesa contra o Estado, já que, conforme foi exposto, eles, de regra, não se dirigem diretamente contra o cidadão e o assunto em pauta é justamente o controle da constitucionalidade de atos dos particulares. Em contrapartida, a função dos direitos fundamentais como mandamentos de tutela também aqui é muito adequada, pois a problemática consiste, com efeito, em verificar se o ordenamento jurídico *deve proteger um cidadão contra o outro* – quer dizer, exemplificativamente, contra o fato de um banco exigir de um indivíduo sem patrimônio uma fiança em garantia do pagamento de uma dívida elevada, contra o fato de um empregador não estabelecer um vínculo empregatício com um aprendiz por este ter externado a sua opinião em matéria política, ou mesmo contra o fato de uma mulher

não informar ao seu filho sobre a identidade do pai biológico da criança, entre outros exemplos que aqui poderiam ser citados.

Com isso encontramos uma boa explicação teórica para a assim chamada “eficácia externa mediata”, pois não abandonamos a constatação de que o destinatário dos direitos fundamentais é apenas o Estado (já que a este incumbe um dever de proteção nesta seara). Por outro lado, fica simultaneamente claro por que isso afeta outros cidadãos e por que os direitos fundamentais produzem efeitos também nas relações interprivadas, e isto, de certo modo, por via oblíqua: precisamente porque o Estado ou o ordenamento jurídico estão, em princípio, obrigados a proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si.

#### IV. Algumas conseqüências de ordem prática

À guisa de conclusão, quero extrair algumas conseqüências práticas dessas constatações no plano teórico.

##### 1. Violações dos direitos fundamentais pelo legislador na área do Direito Privado e possibilidades de remediá-las por meio da jurisprudência

Conforme vimos, o legislador também está vinculado sem mediações aos direitos fundamentais no campo do Direito Privado. Por isso ele não pode restringi-los desmedidamente. Quando o faz, a regulamentação em espécie é inconstitucional. A título de exemplo, lembro a excessiva restrição do direito ao conhecimento da pessoa do pai biológico por parte do Direito de Família alemão.

Em outros casos, em contrapartida, o problema reside no fato do Direito Privado permanecer aquém da medida de proteção ordenada pela Constituição. Aqui o legislador viola, portanto, um direito fundamental

e isto não na sua função de proibição de intervenção, mas sim na sua função de mandamento de tutela. Um célebre exemplo disso é a falta de uma proteção da personalidade no direito delitivo alemão. É sabido que o Supremo Tribunal Federal eliminou esse déficit incluindo o assim chamado “direito geral de personalidade” no grupo dos direitos tutelados pelo direito dos delitos (direito da responsabilidade aquiliana), de acordo com o § 823 inciso I, do BGB, e concedendo além disso, no caso de violações desse direito sob determinados pressupostos adicionais, uma indenização em espécie por danos imateriais. Ambos os passos constituem ousados desenvolvimentos judiciais do direito, pois os autores do BGB tinham rejeitado conscientemente uma proteção abrangente da personalidade contra atos ilícitos. Note-se que uma indenização em espécie por danos imateriais existe, em conformidade com o § 253, BGB, “somente nos casos definidos em lei”, portanto, bem à semelhança do artigo 2059 do Código Civil Italiano. Vale frisar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu desde o princípio uma legitimação para esse desenvolvimento judicial do direito no que diz com a garantia do direito da personalidade com base nos artigos 1º e 2º, da LF. A perspectiva atual permite-nos argumentar com maior precisão dogmática e afirmar que se trata aqui de uma efetivação da função desse direito fundamental como mandamento de tutela, implementada pelos tribunais cíveis. Ocorre que isso, por si só, ainda não contém nenhuma fundamentação suficiente para sustentar que ordenamento jurídico deve cumprir a sua função tutelar justamente pela concessão de uma indenização por danos imateriais. Neste contexto, devemos, muito pelo contrário, complementar o argumento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que muitas violações da personalidade ficariam sem qualquer sanção e que a tutela jurídica seria assim ineficaz, caso abrísssemos mão de uma indenização em espécie pelo dano imaterial.

Saltam aos olhos as convergências com o caso do tratamento do *danno biologico* ou *danno alla salute* pela jurisprudência e expressiva parcela da doutrina jurídica italianas, pois também elas evitaram a tese de uma

violação da Constituição pelo artigo 2059, do Código Civil, mediante a interpretação extensiva de outra prescrição, a saber o artigo 2043, do mesmo diploma legal. Parece-me que se trata aqui de um exemplo especialmente representativo da função de um direito fundamental como mandamento de tutela. Isso já resulta do teor literal do artigo 32, da Constituição Italiana, de acordo com o qual: “La Repubblica *tutela* la salute come fondamentale diritto dell’individuo [...]”. Alguns artigos da Constituição italiana desempenharam também um papel importante para o desenvolvimento da tutela da personalidade, especialmente do “diritto alla riservatezza”, mas por falta de tempo não posso abordar esse tópico.

Genericamente falando, vejo-me obrigado a prescindir da análise pormenorizada desses problemas assaz complexos. De qualquer modo, pode-se constatar, porém, como traço comum dos pensamentos jurídicos italiano e alemão, que os direitos fundamentais podem conduzir a uma complementação e correção do Direito Privado pela via do desenvolvimento judicial do direito e que eles exercem essa influência também na sua função enquanto mandamentos de tutela.

## 2. Intervenções em direitos fundamentais mediante a aplicação e interpretação de normas do Direito Privado

É um problema inteiramente diferente saber se pode ocorrer também uma violação dos direitos fundamentais por parte dos tribunais cíveis e se os direitos fundamentais, por essa razão, constituem limites para a jurisprudência na aplicação e interpretação de leis jusprivatistas. Na Alemanha essa pergunta é respondida afirmativamente, sem maior discussão, já pelo simples fato de existir até mesmo a possibilidade de um recurso constitucional contra sentenças de tribunais cíveis, conforme mostrei no início. Mas mesmo quando esta não entra em cogitação, parte-se na Alemanha, genericamente, do fato de que os tribunais cíveis estão vinculados à Constituição. O problema consiste somente em determinar a natureza dessa vinculação.

Os reflexos concretos dessa pergunta podem ser mostradas muito bem no já mencionado caso “Lüth”. Nele um tribunal cível condenara o Sr. Lüth a deixar de fazer um apelo ao boicote, pois reconhecia neste a causação de um dano, contrário aos bons costumes, no sentido do estabelecido pelo § 826 do BGB. O Tribunal Constitucional Federal decidiu em sentido contrário, pois a sentença do tribunal cível teria violado o direito fundamental da liberdade de opinião. Na sua fundamentação, o Tribunal Constitucional desenvolveu sobretudo a tese de que os direitos fundamentais “irradiam” Direito Privado adentro. Esse, porém, não é um conceito jurídico, mas apenas uma expressão imagética da linguagem coloquial que pouco explica em termos dogmáticos. Por essa razão considero melhor a argumentação de que a aplicação do § 826 do BGB, por um tribunal cível representou aqui uma *intervenção* no direito fundamental da liberdade de opinião, pois os tribunais cíveis tinham desenvolvido a partir do referido dispositivo legal, uma norma não-escrita que proibia ao Sr. Lüth a manifestação de uma determinada opinião, restringindo dessarte o seu direito fundamental à liberdade de opinião. Estivesse essa norma expressamente contida no BGB, ela deveria ser aferida sem delongas e sem mediações (isto é, diretamente) com base nos direitos fundamentais, devendo, por conseguinte, ser examinada a ocorrência de uma restrição excessiva da liberdade de opinião, notadamente, de uma *violação do princípio da proporcionalidade*. Por outro lado, o fato dessa norma não estar contida expressamente na lei, mas ter sido derivada pelos tribunais da cláusula geral contida no § 826, do BGB, não pode alterar a natureza do exame constitucional, pois o efeito prático de uma norma legal é muito semelhante ao de uma norma “de direito jurisprudencial”, no tocante à restrição de direitos fundamentais. Assim estes, na minha opinião, são aplicáveis aqui na sua função de *proibições de intervenção e direitos de defesa contra o Estado*, de modo que a idéia nada clara de uma “irradiação” dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado não é aqui necessária nem apropriada. Por conseguinte, a pergunta em torno do tipo de eficácia que os direitos fundamentais



exercem aqui deve ser respondida nos seguintes termos: trata-se da sua eficácia “normal” e não apenas de uma “efeito por irradiação”.

### 3. Proteção deficiente dos direitos fundamentais na aplicação e interpretação de normas do Direito Privado

Resta-nos examinar ainda o caso inverso, no qual os tribunais violam um direito fundamental deixando de protegê-lo suficientemente. Nisso residuiu, segundo o juízo do Tribunal Constitucional Federal, a falha do Supremo Tribunal Federal na decisão sobre o fiador sem patrimônio, já que o Tribunal não considerara suficientemente o direito do fiador ao livre desenvolvimento da sua personalidade, tal qual previsto no artigo 2º, inciso I, da LF. O meio mais simples para considerar esse ponto de vista é a aplicação de § 138 do BGB, que prevê a nulidade dos contratos que violam os bons costumes. Se, portanto, na Alemanha essas cláusulas gerais são referidas sempre de novo, isso ocorre sobretudo porque a sua aplicação constitui a possibilidade mais simples de uma interpretação em conformidade com a Constituição. Contrariamente à tese do Tribunal Constitucional Federal, também no presente contexto não há necessidade de recorrer à imagem do efeito de „irradiação” dos direitos fundamentais. Basta, muito pelo contrário, a explicação de que o direito fundamental foi violado na sua função de mandamento de tutela.

Para além disso, convém referir que seria possível aplicar-se o § 138 do BGB, mesmo sem recurso à Constituição, especialmente em casos como o de uma fiança prestada por familiares sem patrimônio, tese que efetivamente já foi sustentada na ciência jurídica alemã mesmo antes da decisão do Tribunal Constitucional Federal, já que a proteção da pessoa contra imposições contratuais excessivamente onerosas se constitui em uma das mais antigas tarefas do Direito Privado, notadamente quando ocorre uma violação da liberdade efetiva de decisão. Isso, contudo, não altera em nada o

fato de que quando a decisão judicial permanece aquém do mínimo de proteção imposto pela Constituição nos encontramos diante de uma genuína violação de um direito fundamental.

Devemos admitir, todavia, que esse mínimo em proteção, de regra, situa-se num nível bastante baixo. Já lembrei repetidas vezes que a legislação e jurisprudência em princípio dispõem, segundo a posição do Tribunal Constitucional Federal, de uma ampla liberdade de conformação quando aplicam os direitos fundamentais na sua função de mandamentos de tutela. Penso que a razão mais profunda disso reside no fato de se tratar aqui de um problema de *omissão*, sendo que problemas desta natureza sabidamente carecem de uma argumentação especial para fundamentação de um dever jurídico de agir. Por essa razão, o Tribunal Constitucional Federal – como já foi referido – recusou-se a derivar da Constituição um dever genérico de uma mãe no sentido de informar ao seu filho sobre o seu pai biológico. Já no caso do aprendiz – igualmente mencionado – o Tribunal Constitucional Federal afirmou, sem razão, a existência de um dever do empregador no sentido de celebrar um contrato de trabalho com esse aprendiz, pois se até o Tribunal Superior do Trabalho vira nesse artigo uma concordância com o emprego da violência, o empregador também podia compreender o artigo nesses termos. Na minha opinião, o argumento segundo o qual aqui a Constituição estaria impondo ao empregador uma obrigação de contratar, com o objetivo de proteger a liberdade de opinião do aprendiz, tal qual como assegurada pelo artigo 5º, da LF, não encontra fundamentação convincente, além de ser incompatível com a orientação consagrada pelo próprio Tribunal Constitucional Federal, no sentido de que em tais casos existe uma ampla liberdade de conformação por parte do legislador infraconstitucional.

## V. Observação conclusiva

À guisa de conclusão, gostaria de ressaltar, mais uma vez, o objetivo precípua das minhas explicações. Com efeito, procurei demonstrar que a influência da Constituição pode ser apreendida com algumas poucas figuras argumentativas, em verdade bastante simples. Elas presumivelmente são utilizáveis na maioria dos ordenamentos jurídicos, o que lhes confere uma dimensão internacional. Mas o perfil da solução dos problemas de cunho material, concretos e individuais, continua sendo em larga escala uma questão a ser solvida no âmbito do respectivo direito nacional.

Tradução de Peter Naumann