2018 - 10 - 19
Revista de Direito Civil Contemporâneo
2018
RDCC VOL. 16 (JULHO - SETEMBRO 2018)
DOUTRINA INTERNACIONAL - FOREIGN ARTICLES
2. O EFEITO IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A AUTONOMIA DO DIREITO PRIVADO: A "DECISÃO LÜTH" E SUAS CONSEQUÊNCIAS

2. O efeito irradiante dos direitos fundamentais e a autonomia do direito privado: a "decisão Lüth" e suas consequências

Horizontal effect of fundamental rights and autonomy of Private law: the "Luth Case" and its consequences

(Autor)

MARIE-CHRISTINE FUCHS

Diretora do Programa Estado de Direito para a América Latina da Fundação Konrad-Adenauer, com sede em Bogotá. Mestre em Direito Internacional Público, em Direito da União Europeia e em Direitos Humanos pela Universidade de Saarbrücken, na Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Saarbrücken. marie-christine.fuchs@kas.de

(Tradutores)

TRADUZIDO POR PATRÍCIA CÂNDIDO ALVES FERREIRA

Doutoranda em Direito Civil e Mestra pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo. patricia.calfer@gmail.com

REVISÃO DA TRADUÇÃO POR OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.

Professor Associado de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo – USP. Doutor e Livre-Docente em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Coordenador da Área de Direito da CAPES. otavioluiz.usp@gmail.com

Sumário:

Introdução
1.Evolução histórica na Alemanha
2.A decisão Lüth
2.1.Os fatos

2.2.A decisão do Tribunal Constitucional Federal
3.Efeitos sobre o direito privado e evolução da jurisprudência
4.Perspectivas
Conclusões

Área do Direito: Constitucional

Resumo:

É de grande atualidade determinar se a eficácia dos direitos fundamentais transcende a relação vertical entre o Estado e os cidadãos ou, ao contrário, se alcança também os particulares, no sentido horizontal. Este texto tem por objetivo analisar esse problema a partir da decisão do caso Lüth.

Abstract:

It is current to determine whether the effect of fundamental rights transcends the relationship between the State and the citizens or, on the other hand, it also reaches the individuals. This article aims to analyze this problem based on case Lüth.

Palavra Chave: Direito Civil – Direito Constitucional – Direitos fundamentais – Eficácia direta – Eficácia indireta – Tribunal Constitucional Federal alemão – Decisão Lüth
Keywords: Private law – Constitutional law – Fundamental rights – Direct effect – Indirect effect – Federal Constitutional Court of Germany – Case Lüth

Introdução

A questão sobre a eficácia dos direitos fundamentais, consagrados em diversas constituições, estar limitada apenas ao poder do Estado ou, ao contrário, alcançar também os particulares – e, em caso afirmativo, qual seria o alcance de referida eficácia – é de grande atualidade não somente no Brasil, mas também na Alemanha. Trata-se de determinar se a eficácia dos direitos fundamentais transcende a relação vertical entre o Estado e os cidadãos, de modo a atuar também no sentido horizontal entre particulares de mesmo nível. É concebível que um cidadão viole um direito fundamental de outro? Diante dessa situação, este cidadão poderá interpor reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional? As respostas a essas perguntas não são evidentes e variam segundo os ordenamentos jurídicos.

Na América Latina, o instituto da eficácia (direta ou indireta) dos direitos fundamentais sobre os particulares tem sido reconhecido por várias constituições e tribunais constitucionais:

– No ano de 1958, no caso Kot, a Corte Suprema de Justiça Argentina reconheceu a existência de violação dos direitos fundamentais de propriedade, liberdade profissional e liberdade de ação de terceiros, sujeitos de direito privado, sob determinadas condições. No caso, como reação a um conflito de Direito Privado, os trabalhadores ocuparam a fábrica do empregador, impedindo, dessa forma, o ingresso na fábrica de outros trabalhadores e da família do proprietário. A decisão estabeleceu que os direitos fundamentais têm caráter diretamente vinculante não somente em relação às autoridades públicas argentinas, mas também em relação aos sindicatos, grandes empresas, consórcios e associações profissionais. [1] Entretanto, diferentemente da Alemanha, o *controle difuso* na

Argentina autoriza a todos os juízes (e não apenas aos juízes constitucionais) a verificar e determinar a existência de violações dos direitos fundamentais.

– Na Colômbia, o artigo 86 da Constituição reconhece três tipos de eficácia perante terceiros: (1) no caso dos particulares aos quais se confiaram atividades públicas; (2) no caso de particulares cuja atuação tem impacto significativo e direto na comunidade; e (3) nas relações jurídicas entre particulares em que uma parte está em posição evidentemente inferior ou desprotegida frente à outra. Ademais, a Corte Constitucional da Colômbia ampliou significativamente a eficácia em relação a terceiros no âmbito do Direito do Trabalho, reconhecendo o caráter vinculante dos direitos fundamentais sobre sujeitos privados para além das três situações mencionadas (no caso, o empregador), por exemplo, na ocorrência de discriminação no ambiente de trabalho. [2]

– No Brasil, afirma-se também a eficácia dos direitos fundamentais. De acordo com o artigo 5º da Constituição, é possível identificar a eficácia extensiva, para além dos atores do Estado, mas também aos particulares em alguns de seus incisos. Com frequência, sustenta-se, no Direito brasileiro, que a eficácia indireta dos direitos fundamentais perante terceiros careceria de eficiência e de praticidade; a vinculação jurídico-constitucional imediata dos direitos privados aos direitos fundamentais com a finalidade de proteger outros cidadãos – em muitos casos, as partes mais vulneráveis financeira, física ou psiquicamente – seria a única opção para proporcionar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais desses cidadãos. [3]

A situação na Alemanha é diferente. A célebre decisão Lüth proferida pelo Tribunal Constitucional Federal em 1958 não dá margem a dúvidas: a vinculação jurídico-constitucional dos particulares tem caráter exclusivamente indireto. Mesmo 60 anos após essa decisão pioneira dos magistrados de Karlsruhe, seus efeitos permanecem vigentes, a despeito dos novos desafios que a doutrina da "eficácia indireta dos direitos fundamentais perante terceiros" encontra na Alemanha. Como se chegou à decisão Lüth? Qual é seu conteúdo? Quais são suas implicações? A "doutrina Lüth" sobreviverá ao decorrer do tempo?

1.Evolução histórica na Alemanha

Durante a segunda metade do século XIX, a jurisprudência concentrou-se na função de defesa dos direitos fundamentais. A denominada Constituição de Frankfurt de 1849 (*Paulskirchenverfassung*) partiu de um conceito liberal de direitos fundamentais, que se caracterizou pelo antagonismo entre Estado e Sociedade. [4] Era preciso impedir que o Estado interviesse descontroladamente nos espaços livres estabelecidos pela Constituição.

Com a aprovação da Constituição de Weimar (*Weimarer Reichsverfassung* –l WRV), vigente entre 1919 e 1933, entrou em vigor o primeiro catálogo de direitos fundamentais para toda a Alemanha. A eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros não era alheia à referida Constituição. No artigo 118, segunda frase, da WRV, havia uma disposição sobre a vinculação de terceiros particulares ao direito fundamental de liberdade de opinião no Direito do Trabalho. [5] Em contrapartida, o ilegítimo regime nacional-socialista suprimiu expressamente todos os direitos fundamentais ou, em termos práticos, esvaziou-os de significado. [6]

A Lei Fundamental de 1949 (*Grundgesetz, GG*), vigente até hoje, traz o artigo 9, (3), segunda parte, [7] como única disposição sobre a eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros. O artigo 9 da GG garante a autonomia das partes sociais e a liberdade de conduzir conflitos laborais entre sujeitos de direito privado (empregadores e trabalhadores) e o direito de greve. A Constituição alemã não traz qualquer outra norma

com caráter imediatamente vinculante em relação a particulares. A interpretação do texto da Lei Fundamental parece sugerir que lhe é estranho supor uma eficácia geral e direta perante terceiros e, por conseguinte, de submissão dos particulares aos direitos fundamentais.

Entretanto, antes da inovadora decisão Lüth, tanto o Tribunal Federal do Trabalho, presidido por seu renomado presidente Hans Carl Nipperdey, quanto parte da doutrina jurídica haviam aceitado a eficácia imediata dos direitos fundamentais perante terceiros. O Tribunal Federal do Trabalho fundamentou seu posicionamento na presença crescente de grandes consórcios, cujas relações laborais entre empregados e empregadores seriam semelhantes à relação de subordinação existente entre Estado e cidadãos. Em contrapartida, seriam cada vez menos frequentes as relações entre cidadãos caracterizadas pela igualdade de posições. [8] Os direitos fundamentais estariam sujeitos a uma crescente *ressignificação* , razão pela qual sua finalidade somente poderia ser garantida por meio da eficácia imediata perante terceiros. Na ocasião, uma forte opinião da doutrina jurídica introduziu o argumento da proteção efetiva dos direitos fundamentais como *normas de grau máximo* : somente se tivessem caráter vinculante direto sobre e entre os cidadãos seria possível a proteção universal. [9]

Na Alemanha, todavia, o pressuposto da eficácia imediata perante terceiros não se conformava – e não se conforma – com o texto do artigo 1, (3), GG, segundo o qual apenas os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo submeter-se-iam aos direitos fundamentais. Inversamente, deve-se concluir que não se quis estabelecer seu caráter vinculante sobre sujeitos privados. Muito menos a eficácia direta perante terceiros poder-se-ia apoiar em uma interpretação teleológica da Constituição alemã: na linha de seus propósitos, os direitos fundamentais configuraram-se como garantias em face do Estado. Ao se afirmar a eficácia imediata dos direitos fundamentais, eles se transformariam em obrigações (por exemplo, a obrigação de aceitar outras opiniões; a obrigação de conceder liberdade a outras religiões etc.). [10] Os titulares de direitos fundamentais converter-se-iam em devedores de referidos direitos. Isso representaria uma ingerência relevante na autonomia privada, o que, ademais, não foi intencional da parte do legislador. [11]

2. A decisão Lüth

O problema da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais na Alemanha parece ter sido solucionado, em definitivo, com a decisão do Tribunal Constitucional Federal prolatada em 1958 no caso Lüth.

2.1. Os fatos

Diante da estreia do novo filme de Veit Harlan, Erich Lüth havia incentivado publicamente o boicote à obra. Veit Harlan era tido como roteirista e diretor do filme de propaganda nazista *Jud Süß* , que havia estreado durante o período nacional-socialista. Anunciava-se, então, a projeção do novo filme no contexto da Semana do Filme Alemão. Na condição de presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth havia criticado duramente essa decisão. A seu ver, o diretor de um filme de propaganda antissemita seria o menos indicado para recuperar a reputação moral do cinema alemão no pós-Segunda Guerra Mundial e, de modo algum, deveria ser visto como representante da cultura alemã dentro ou fora do país.

Tanto a companhia cinematográfica quanto o diretor tinham ajuizado uma ação inibitória em face dos atos de Erich Lüth, obtendo decisão favorável em primeiro grau de jurisdição. O Tribunal Regional de Hamburgo proibiu que Lüth reiterasse seus atos de boicote. O Tribunal Superior de Hamburgo, por sua vez, negou o recurso de apelação de Lüth. Na

sequência, Lüth interpôs reclamação constitucional contra a decisão do Tribunal Regional, invocando seu direito fundamental de liberdade de expressão, no que foi atendido pelo Tribunal Constitucional Federal.

2.2.A decisão do Tribunal Constitucional Federal

Como o litígio entre Lüth e o diretor Harlan partiu de uma ação cível inibitória e reparatória de danos materiais e imateriais, nos termos do §826 do Código Civil alemão (BGB), era preciso examinar, primeiramente, se Lüth (um particular) poderia invocar sua liberdade de expressão diante de Harlan (outro particular).

Os magistrados do Tribunal de Karlsruhe determinaram que os direitos fundamentais não poderiam exercer efeito vinculante sobre os cidadãos pelas razões acima expostas e, mais precisamente, pelo texto da Lei Fundamental. Entretanto, na relação entre particulares (empresa cinematográfica/Harlan contra Lüth), os direitos fundamentais exerceriam o denominado efeito irradiante ou "eficácia indireta perante terceiros". Os direitos fundamentais não se restringiriam ao direito de autonomia, mas representariam uma ordem objetiva de valores, que atua como orientação jurídica constitucional fundamental para todas as áreas do direito e transmite-se *por irradiação* ao ordenamento jurídico privado. Por conseguinte, deve-se estabelecer uma concordância prática (Konrad Hesse), ou seja, harmonizar os bens protegidos pelo Direito Constitucional, de modo a que se alcance a maior liberdade social e individual possível para os cidadãos. Assim, as disposições do Direito Civil – pelo menos nos casos que veremos doravante – também devem ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais.

No caso em comento, o § 826 do BGB é uma norma de Direito Civil que obriga à reparação aquele que viole premeditadamente os bons costumes. Todavia, a expressão "bons costumes" representa um conceito jurídico determinado, sem definição clara, aberto a interpretações, atuando como uma norma-ponte entre o Direito Civil e a Lei Fundamental. Logo, conceitos jurídicos indeterminados desse tipo devem ser interpretados à luz dos direitos fundamentais e, concretamente, da liberdade de expressão de Lüth. Como a interpretação da norma reparatória pelo Tribunal Regional de Hamburgo não levou em consideração a liberdade de expressão, o Tribunal Constitucional Federal considerou provida a reclamação constitucional e anulou a sentença do Tribunal Regional.

Consequentemente, o Tribunal Constitucional Federal deu interpretação conforme à Constituição ao § 826 do BGB, cuja análise foi objeto de omissão no Tribunal Regional de Hamburgo, integrando, assim, a decisão. Para a determinação dos limites da liberdade de expressão, fez-se especial referência aos valores morais e sociais cambiantes em uma sociedade como a alemã nos idos de 1950 em relação a *o que se faz* e o que era considerado de boa educação ou reprovável na época. Poucos anos depois do fim da ditadura nazista, o lançamento do filme gerou fortes controvérsias e manifestações na Suíça, mas também em algumas cidades alemãs. Devido ao passado do diretor Harlan, o filme e seu impacto no exterior foram objeto de debate no plenário do *Bundestag* alemão em 1952. Por esses motivos, os juízes de Karlsruhe chegaram à conclusão de que a posição do recorrente Lüth e a opinião manifestada por ele, consubstanciada na convocação ao boicote, não contrariavam, por certo, o espírito da época, razão pela qual era impossível que atentassem contra os bons costumes. A convocação para o boicote, portanto, não deveria ter sido proibida.

Nada obstante, o Tribunal Constitucional Federal também assentou que o efeito irradiante dos direitos fundamentais e o dever do juiz de primeiro grau de interpretar o Direito Privado em conformidade com a Constituição somente será aplicável nos casos em que o legislador se abstenha de concretizar as normas da legislação ordinária e, desse modo,

obrigue o julgador cível a interpretar e a desenvolver os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais do Direito Privado. Dada a ausência de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, a eficácia indireta dos direitos fundamentais não teria espaço.

O Tribunal Constitucional Federal esclareceu, em linhas gerais, que a vinculação do juiz de primeira instância aos direitos fundamentais (artigo 1, (3), GG) inclui a obrigação de examinar se os direitos fundamentais influenciariam nas disposições aplicáveis do direito ordinário:

> Se ele omite esses critérios, e sua sentença exclui essa influência do Direito Constitucional sobre as normas de Direito Civil, violaria, então, não apenas o Direito Constitucional objetivo, por desconhecer o conteúdo da norma que contempla o direito fundamental (como norma objetiva), mas também, como detentor de poder público, violaria com sua sentença o direito fundamental, cujo respeito é um direito constitucional do cidadão, no tocante ao poder jurisdicional. [12]

3.Efeitos sobre o direito privado e evolução da jurisprudência

Na Alemanha, a decisão Lüth gerou efeitos profundos na interpretação e configuração do Direito Privado pósteras.

O Direito Privado caracteriza-se, no mundo inteiro, pela relação horizontal e pela oposição entre dois sujeitos privados de mesmo nível (e não entre o Estado e o cidadão). A doutrina constitucional tradicional havia, em contrapartida, assimilado a relação entre o cidadão e o Estado como uma relação de superioridade/subordinação. Entretanto, o que entra em conflito nas relações jurídicas entre sujeitos de direito privado são os direitos fundamentais com igual validade para ambos os particulares. Por isso, na configuração clássica, a proteção dos direitos fundamentais torna-se efetiva por meio do legislador que, ao se submeter aos direitos fundamentais de conformidade com o artigo 1, (3), GG, tem a obrigação de concretizar as disposições jurídico-constitucionais nas normas de Direito Civil. Deve configurar essas normas de modo tal que se conciliem adequadamente os interesses privados em conflito. Em geral, o legislador dispõe de ampla margem de definição para fazê-lo; logo, em contrapartida, a configuração de uma norma específica do Direito Civil que tenha cunho decisório terá efeito vinculante sobre o julgador cível.

Os particulares geralmente estão habilitados a recorrer à justiça ordinária para tornar efetivos seus direitos, porque no Direito Civil a autonomia privada constitui um dos principais pilares do Código Civil . Os particulares estão livres para gerir assuntos legais por sua conta e sob sua responsabilidade. [13] A autonomia privada tem sua base jurídica constitucional nos artigos 1, 2, 9 e 14 da GG, isto é, a dignidade humana e a liberdade de ação em geral, assim como a liberdade de associação e coligação e a garantia de propriedade. A autonomia privada e a relação horizontal próprias do Direito Privado tornam-se, contudo, afetadas se, na relação entre dois particulares, uma das partes está em posição de evidente superioridade financeira, intelectual, psíquica e física diante da outra. Nesse caso, gera-se um desequilíbrio da relação de forças, similar à relação entre o cidadão e o Estado. Sob a perspectiva do cidadão que está em posição inferior, a parte *superior* , mesmo em se tratando de um particular, ocupa posição dominante similar à do Estado. Nos anos seguintes à decisão Lüth, o Tribunal Constitucional Federal reformulou sua jurisprudência sobre a eficácia indireta dos direitos fundamentais para também alcançar aqueles que estão em posição de superioridade.

Seguindo essa linha, o Tribunal, ao proferir sua decisão referente às fianças (*Bürgschaftsentscheidung*), declarou incompatível com a autonomia privada e o princípio

do Estado Social o contrato em que uma mulher de 21 anos, destituída de conhecimentos sobre negócios, prestou fiança solidária no montante aproximado de 120.000 dólares como garantia de empréstimos bancários contraídos por seu pai, renunciando ao benefício de ordem e outras exceções possíveis. Os juízes constitucionais fundamentaram a decisão na superioridade estrutural do banco e nas condições específicas da negociação no caso. [14] Vale dizer: quando se protege a autonomia privada contra óbices ou discriminações baseados em uma posição de poder, não há ingerência na liberdade de quem discrimina, mas, sim, se garante a autodeterminação do cidadão dependente de uma empresa com predomínio no mercado – nesse caso, o banco – conforme o artigo 2, (1), GG (liberdade de ação). [15]

Assim, o Tribunal afirma que a lei do mais forte não deve prevalecer nas relações jurídicas privadas. Os interesses conflitantes das partes devem ser conciliados por meio da concordância. [16] No tocante à fiança, os tribunais cíveis tinham sido omissos. [17] Em um conjunto em que uma das partes contratantes goza de predomínio tal que, de fato, pode ditar o conteúdo dos contratos, o Direito tem o dever de interceder em favor da preservação dos direitos fundamentais específicos de ambas as partes, a fim de impedir que, para uma delas, a autonomia ceda a uma imposição alheia. [18]

Em suas decisões mais recentes, o Tribunal Constitucional Federal foi mais além e ampliou o efeito irradiante dos direitos fundamentais a todas as normas de Direito Civil, e não apenas àquelas que compreendam cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. [19] Paralelamente, diminui-se a utilização da terminologia *eficácia indireta* perante *terceiros* ou *efeito irradiante* . Por outro lado, fala-se mais frequentemente de uma *interpretação conforme a Constituição* do Direito Privado – agora, em sua totalidade. Para realizá-la, o Tribunal costuma proceder em dois passos. No primeiro passo, verifica se os métodos tradicionais da interpretação (gramatical, sistemático, teleológico e histórico) permitem uma exegese da norma do direito ordinário tratado em sentido tal que seja compatível com os comandos da Lei Fundamental. Em outras palavras, cada norma jurídica deve ser estudada com a finalidade de entender como se adapta melhor aos valores constitucionais para formar parte dela. No segundo passo, o Tribunal avalia a interpretação das normas ordinárias pelos tribunais da via ordinária, comparando-a com a interpretação que havia adotado no primeiro passo. [20]

4.Perspectivas

Atualmente, o problema do efeito vinculante dos direitos fundamentais *sobre* e *entre* terceiros particulares é mais presente do que nunca. [21] Apesar do conceito da eficácia indireta dos direitos fundamentais perante terceiros, o efeito vinculante desses direitos sobre os sujeitos privados na Alemanha é menor do que o exercido sobre o Estado, mesmo com a crescente transferência de competências públicas – portanto, estatais – ao setor privado. Mencionemos, por exemplo, a contratação de serviços de previdência privada e a privatização de hospitais e presídios. Se as competências estatais são transferidas ao setor privado, estas não deveriam estar submetidas igualmente aos direitos fundamentais? Do contrário, o Estado poderia desfazer-se de sua vinculação aos direitos fundamentais pela delegação de suas competências e suas atribuições ao setor privado. Para evitar essa *liquidação de direitos fundamentais* , deve-se impedir a transferência de competências e funções soberanas estatais ao setor privado ou gerar uma maior integração dos sujeitos privados ao sistema de garantias dos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Federal reconheceu o dilema e, há alguns anos, começou a reagir, ampliando paulatinamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Um exemplo é a denominada decisão Fraport. Nessa decisão de 2011, os juízes de Karlsruhe reconheceram o caráter vinculante dos direitos fundamentais sobre

uma sociedade de economia mista. A sociedade empresária Fraport-AG é a operadora do Aeroporto de Frankfurt-am-Main. Na condição de sociedade anônima, é constituída como sociedade de direito privado; porém, está dominada pelo setor público, que detinha 52% das participações da sociedade anônima Fraport-AG à época da interposição do recurso. O restante da participação acionária estava em mãos privadas. Um grupo de manifestantes pretendia organizar uma manifestação contra deportações de refugiados e distribuir panfletos. A empresa Fraport-AG proibiu a manifestação e negou aos participantes o direito de ingressar no aeroporto. Estes interpuseram reclamação constitucional no Tribunal Constitucional contra a violação da liberdade de reunião (art. 8, GG). O Tribunal confirmou o efeito vinculante dos direitos fundamentais sobre a sociedade empresária Fraport-AG e conheceu do recurso. Antes dessa decisão, somente havia sido reconhecido o efeito vinculante sobre sociedades empresárias de propriedade exclusiva do Estado, ou seja, com participação estatal de 100%. [22]

Com a chamada decisão dos Nibelungos (Nibelungen-Beschluss) de 2015, o Tribunal foi ainda mais longe e reconheceu o efeito vinculante dos direitos fundamentais sobre uma sociedade empresária inteiramente privada. Esta havia proibido o ingresso de um *flash mob* que pretendia realizar uma atividade, sem autorização prévia, em um prédio privado da empresa. Tal prédio ficava ao fim de uma área de pedestres e estava cercado de consultórios médicos, cafés e estacionamentos. Segundo o Tribunal, o espaço – apesar de inteiramente privado, e não estatal – era tão convidativo quanto um espaço público. Devido a essa *identidade de funções* , a sociedade empresária privada submetia-se aos direitos fundamentais – à liberdade de reunião do *flash mob* –, os quais não deveria restringir. Cuidava-se de uma decisão muito controversa entre os magistrados, que também levantaram fortes críticas, porquanto se assinalara um peso muito limitado ao direito fundamental de propriedade da empresa, que quase não foi considerado na ponderação dos direitos fundamentais em conflito.

Criticava-se, ainda, a supressão da importância da reserva legal, porque uma intervenção relevante no direito de propriedade da empresa de tal magnitude extrapolava as faculdades do Tribunal Constitucional Federal. Registrou-se que o Poder Legislativo criara as bases para uma ampliação desta envergadura de caráter vinculante dos direitos fundamentais, a qual, então, poderia, em uma situação extrema, chegar ao patamar da eficácia imediata perante terceiros. [23]

Apesar das críticas manifestadas contra essa jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, incluindo as críticas internas, é evidente que o Tribunal se ocupa cada vez mais do poder crescente de atores não estatais e almeja garantir os direitos fundamentais de terceiros por meio da ampliação da eficácia perante terceiros. Entretanto, diante da mudança das relações de poder no país e o avanço das privatizações, o Poder Legislativo alemão é chamado a ampliar as bases legais para a proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, dispõe de ampla margem de valoração e decisão. A interpretação conforme a Constituição não chega exatamente a autorizar os tribunais a, fazendo referência à dita interpretação, interpretar as normas legais em um sentido evidentemente contrário à vontade do legislador. Nesse caso, os juízes estariam reclamando competências que são privativas do Poder Legislativo. Estaríamos, assim, diante de uma violação do princípio da separação de poderes.

Conclusões

Em síntese, todos concordam que as Constituições deveriam garantir o nível de proteção mais alto possível dos direitos fundamentais. Nada obstante, proteger mais o direito fundamental de um é proteger menos o direito fundamental de outro. Consequentemente, como vimos acima, submeter um terceiro a um efeito vinculante direto e imediato dos

direitos fundamentais para proteger menos os direitos fundamentais de outro significará sempre uma ingerência do Estado na livre relação de forças entre terceiros. Trata-se de uma redistribuição de forças entre particulares pelo Estado e, logo, uma interferência na liberdade pessoal. Por fim, tudo se reduz à questão: *O quanto necessitamos do Estado?* e *vale mais a igualdade ou a liberdade absoluta?* .

Essa é minha opinião diante dos crescentes desafios da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos por fenômenos como a privatização de funções estatais e o poder ascendente de grandes empresas multinacionais, que implicam desequilíbrio entre particulares: a solução não seria submeter diretamente os terceiros *poderosos* aos direitos fundamentais. Isso significa atribuir a particulares obrigações que deveriam estar a cargo do Estado. Deveríamos buscar a solução na linha de uma gradativa obrigação de proteção por parte do Estado – mais precisamente, do legislador –, em favor dos direitos fundamentais dos menos poderosos para equilibrar o extravasamento mais evidente do poder crescente de outros particulares. Ao fim e ao cabo, ficaria vinculado aos direitos fundamentais apenas o Estado, de modo a atribuir ao cidadão o grau mais alto de liberdade e autonomia privada possível no Estado Social de Direito.

Pesquisas do Editorial

- EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS:, de Deyse dos Santos Moinhos - RT 954/2015/193
- DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO – NOTAS SOBRE A INFLUÊNCIA DA DOGMÁTICA ALEMÃ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL A CONTRIBUIÇÃO DE CLAUS-WILHELM CANARIS, NO DIREITO BRASILEIRO , de Ingo Wolfgang Sarlet - RDCC 12/2017/63
- A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE OS PARTICULARES NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA, de Francisco Dias de Oliveira Junior - RDCC 14/2018/131

FOOTNOTES

1

SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulare* s. La Rioja: Universidad de la Rioja, 2008. p. 165 e ss.

2

SARAZÁ JIMENA, Rafael. Op. cit., p. 173 e ss.

3

LEITE, Samuel Pinheiro. O efeito perante terceiros dos direitos fundamentais e sua aplicação na ordem constitucional brasileira. *Revista Direito e Liberdade – ESMARN* , v. 13, n. 2, p. 313-338, jul.-dez. 2011.

4

Schwab/Bethge. *GG-Kommentar* , 2014, art. 5º, n. 2.

5

Art. 118, 1ª e 2ª partes, WRV: "Todo alemão terá direito, dentro dos limites traçados pelas leis gerais, à livre emissão de suas ideias, de palavra, por escrito ou mediante a imprensa, gravada ou qualquer outro meio análogo. Este direito não será restringido em virtude de sua condição de trabalhador ou empregado, tampouco alguém lhe poderá prejudicar por haver exercido esse direito" (Tradução em português de excerto de: AA.VV. *Textos constitucionales y extranjeros* . Ed. Athenaeum, Zaragoza, 1930).

6

TERWIESCHE, Michael. Konstitutionalismus e National-sozialismus: Beginn und vorläufiges Ende der Grundrechte. *Juristische Rundschau – JR,* 1997, 227 (231).

7

Art. 9º, (3), 2ª parte, GG: "Os acordos que restrinjam ou tendam a obstar este direito serão nulos, e ilegais as medidas que se adotem para este fim. As medidas adotadas de acordo com os Artigos 12a, 35, (2) e (3), 87a, (4), e 91 não poderão voltar-se contra os conflitos laborais organizados por associações no sentido da primeira parte deste tópico com o fim de manter e fomentar as condições econômicas e de trabalho" (Tradução em português de excerto extraído de: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania* , Berlin, 2010. Disponível em: [www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf].

8

BAGE [Decisões do Tribunal Federal do Trabalho] 1, 185 (193 f.), Bage 4, 274. p. 276 e ss..

9

NIPPERDEY, Hans Carl. Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung: Ein Beitrag zur Auslegung

der Grundrechte . *Recht der Arbeit - RdA* , p. 121-128, 1950. p. 124 e ss.

10

DE WALL, H.; WAGNER, R. Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. *JA* 2011, 734.

11

TERWIESCHE, Michael. Op. cit.

12

Decisão BVerfGE 7, 198 e ss. – Lüth, n. 28. “Por conseguinte, é aceitável a lesão de um direito fundamental conforme o direito subjetivo que habilita a interposição de um recurso de amparo constitucional nos termos do Art. 93 (1), n. 4ª, GG” (Tradução da citação: DS; tradução do excerto da decisão baseada em: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* . Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Fundación Konrad Adenauer, México, 2009. p. 205. Disponível em: [www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf]).

13

PAULUS, Christoph; ZENKER, Wolfgang. Grenzen der Privatautonomie. *JuS* , fascículo 1, p. 1-9, 2001. p. 1.

14

Decisão BVerfGE 89, 214 (232 e ss.), cit. Segundo Sachs/Murswiek, *GG-Kommentar* , 2014, Art. 2, n. 108b.

15

AA.VV. *Münchner Kommentar zum BGB* , Introdução, n. 60-69.

16

Decisão BVerfGE 89, 214.

17

As cláusulas gerais de Direito Civil, que atuam como normas-ponte do Direito Constitucional, são

os artigos 242, 138 (2) e 307 do BGB.

18

Decisão BVerfGE 103, 89 (100 e ss.).

19

Decisão BVerfGE 192, 78 (101); decisão BVerfGE 112, 332 (358); decisão BVerfGE 142, 74.

20

KULICK, Andreas. “Drittwirkung” als verfassungskonforme Auslegung – Zur neueren Rechtsprechung des BverfG. *NJW* 2016, 2236.

21

TERWIESCHE, Michael. Op. cit.

22

Finalmente, o Tribunal Constitucional Federal considerou justificada a intervenção no direito de reunião, pois um aeroporto é especialmente propenso às interferências e deve ser regido por parâmetros distintos dos vigentes para o espaço público geral. Denegou-se, portanto, a reclamação constitucional. Decisão BVerfGE *NJW* 2015, 2485.

23

Decisão BVerfGE *NJW* 2015, 2485.

© edição e distribuição da EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.