

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULA ESCHHOLZ RIBEIRO BROFMAN

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA PRIVADA

CURITIBA  
2008

PAULA ESCHHOLZ RIBEIRO BROFMAN

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA PRIVADA

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná,

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto  
Ribeiro Nalin

CURITIBA  
2008

## TERMO DE APROVAÇÃO

PAULA ESCHHOLZ RIBEIRO BROFMAN

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA PRIVADA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do grau de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

### Banca Examinadora

Orientador:

---

**Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin**  
Professor Adjunto do Departamento de  
Direito Civil e Processual Civil da  
Universidade Federal do Paraná – UFPR

---

**Prof<sup>a</sup>. Maria Cândida Vieira do Amaral  
Kroetz**  
Professora Adjunta do Departamento de  
Direito Civil e Processual Civil da  
Universidade Federal do Paraná – UFPR

---

**Prof. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk**  
Professor Assistente do Departamento  
de Direito Civil e Processual Civil da  
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 05 de novembro de 2008

A Deus, a Nossa Senhora do Silêncio, a Nossa Senhora da Medalha Milagrosa,  
a Nossa Senhora da Cabeça e a Nossa Senhora de Fátima.

Ao meu pai e à minha mãe.

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Paulo Roberto Ribeiro Nalin, que desde o primeiro ano me ajudou a desvendar os mistérios que circundam o mundo jurídico, auxiliando-me tanto nas minhas dificuldades acadêmicas como pessoais, tornando-se um professor a ser eternamente lembrado e, desculpe-me a ousadia, um amigo querido.

Ao professor Manoel Caetano Ferreira Filho, que destarte ter sido um grande mestre, foi para quem eu pedi ajuda na famosa crise do quarto ano. Ele, com sua imensa generosidade, estendeu-me a mão e, acreditando em mim, me aconselhou “Continue!”.

Aos demais professores que encontrei nessa longa (longa??) caminhada e que contribuíram para minha formação pessoal e profissional.

Ao meu pai Paulo, que sempre admirei com tanto orgulho. À minha mãe Suely, que me faltam palavras para descrever, mas que sempre acreditou em mim. À minha irmã Mariana, pelo exemplo de força e coragem, exemplo de que o brilho de uma estrela não se abate. À minha avó Elinor, sábia e paciente, a quem tantas vezes fiz ler a minha monografia e sempre procurou entender assuntos dos quais nunca tinha ouvido falar. Ao meu avô João, com grande amor.

Ao Tio Jorge Nacli, que me abriu a primeira porta no mercado de trabalho. Ao Tio Acrísio Cançado, que me abriu a porta mais importante, a que certamente mais influenciou nas minhas decisões, a que me mostrou o que eu farei daqui para frente.

Ao padrinho querido, Biba, pelos conselhos sempre bem-vindos. Às madrinhas Marila Riella e Jandira Khury, pelo enorme carinho. Não esquecendo os demais amigos: Márcia, do Colégio Positivo; Dra. Yara, da Defensoria Pública; André Malucelli e Renato Follador, do Paraná Banco; Fernanda, Flávia, Dra. Tânia, José Renato, do Escritório Cançado Filho.

Por fim e não menos importante, muito pelo contrário, às amigas: Ana Paula Cançado e Rafaella Brites que, em diversos convites para sair, ouviram sempre a mesma resposta “Preciso fazer minha monografia”. Muito mais que isso, pelo apoio nas horas difíceis, pelas “terapias em grupo” na pizza de domingo. Aos amigos: Rodrigo Khury, Alexandre Matschinske, Felipe Yared, Rafael Milan; às amigas: Carolina Nacli, Bruna Sripes, Camila Liberato, Sofia Durscki, Raphaella Name, Juliana Brandão, Isabela Garbers, Ana Sofia Guerra, Raquel Mortatti pela sempre presente amizade. Não esquecendo jamais as amigas de todas as manhãs Maria Pia Guerra e Sarah Cardoso e as fundamentais compilações da amiga Adri.

Deixo, apenas, esses simples agradecimentos.

### O Garimpo do essencial

O garimpeiro vai à mina em busca de ouro, mas muitas vezes sai de lá com algo bem mais precioso: o sentido do esforço, do trabalho, do silêncio, da solidão. O sentido da própria existência como exercício da vontade do amor e da persistência.

Garimpe...

Garimpe no solo sagrado do espírito, busque o ouro das suas potencialidades e encontrará o sentido do “ter” e do “fazer”. Encontrará a real essência do ser!

Carlos Hilsdorf

## RESUMO

Este estudo tem como objetivo geral analisar A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: a Dignidade Humana e a Autonomia Privada. Assim, partindo da necessidade de estabelecer à hermenêutica civil-constitucional novos horizontes que ultrapassam o legado patrimonialista do Direito clássico, demonstra-se a evolução histórica dos conceitos de público e privado, o que é apresentada na primeira parte deste estudo, intitulada “A Constitucionalização do Direito Civil”, conceitos relevantes são expostos para o entendimento atual dos Direitos Fundamentais, demonstrando-se de que forma eles incidem nas relações privadas. Essas considerações se fazem presentes na segunda e na terceira parte deste estudo, intituladas, por sua vez, “Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais” e “Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia Privada”. Na tentativa de ilustrar tais conceitos, aborda-se um caso histórico e pioneiro no tocante à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, o Caso Lüth, proferida pela Corte alemã de 1958, bem como algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. Finalizando, constata-se que a dignidade da pessoa humana deixa de ser um princípio que protege apenas o cidadão do Estado, passando a incidir, também, nas relações entre particulares, diminuindo as desigualdades que inevitavelmente existem e protegendo, dessa forma, o pólo mais fraco da relação jurídica; e a autonomia privada, conceito de extrema relevância para o direito privado, vê-se diante de limitações que o superado Estado liberal não impunha, a ordem pública e os bons costumes

Palavras-chave: Autonomia Privada. Constitucionalização. Eficácia Horizontal. Dignidade da Pessoa Humana.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	6
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL</b> .....	10
2.1 A DICOTOMIA ENTRE PÚBLICO X PRIVADO: CRITÉRIOS DISTINTOS, RELEVÂNCIA E BREVES CONSIDERAÇÕES.....	10
2.2 A PRIMAZIA DO DIREITO PRIVADO EM FACE DO DIREITO PÚBLICO.....	14
2.3 A PRIMAZIA DO DIREITO PÚBLICO EM FACE DO DIREITO PRIVADO.....	16
2.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	16
<b>3 EFICÁCIA HORIZONTAL</b> .....	23
3.1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: TEORIAS.....	23
3.2 APORTES JURISPRUDENCIAIS.....	29
3.2.1 O CASO LÜTH.....	29
3.2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	31
<b>4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA</b> .....	33
4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	33
4.2 AUTONOMIA PRIVADA.....	38
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	43
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	45
ANEXO I - DECISÃO DO CASO LÜTH – PROFERIDA PELA CORTE ALEMÃ EM 1958.....	46



## 1 INTRODUÇÃO

Em tempos modernos, quando as discussões sobre o aquecimento global, a escassez de água e de combustíveis fósseis ganham relevo no cenário internacional, pode-se afirmar que os direitos fundamentais estiveram em todo o seu período histórico no centro de importantes discussões doutrinárias.

Neste contexto este estudo tem como objetivo geral analisar A Eficácia Horizontal aos Direitos Fundamentais: a dignidade humana e a autonomia privada.

Para compor essa idéia, dividi-se este estudo em três partes: no primeiro capítulo, apresenta-se uma análise histórica da Constitucionalização do Direito Privado, desde a época em que era possível contrapor o ambiente público ao ambiente privado, como duas realidades distintas e perfeitamente reconhecíveis até o presente momento, em que a legislação ordinária deve ser interpretada à luz da ordem constitucional.

Busca-se, na seqüência, mostrar algumas conseqüências que essa trajetória — do Direito Civil e do Direito Constitucional— trouxe, como, por exemplo, o surgimento da idéia de eficácia horizontal, que, certamente, não havia na época de absoluta independência dos direitos supramencionados, bem como a aplicação da dignidade da pessoa humana como princípio a ser observado também nas relações interprivadas e, não mais somente nas relações em que o Estado se faz presente. Trata-se de reconhecer a centralidade do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O ordenamento jurídico, então fundado no referido princípio, passa a se preocupar com as condições mínimas da pessoa, havendo substituição da idéia do “ter” pela idéia do “ser”. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas traz como conseqüência inevitável uma alteração significativa na idéia de autonomia privada, que antes não encontrava limites, mas, com a passagem do Estado liberal para o Estado social, viu a sua liberdade limitada pela ordem pública e pelos bons costumes.

Assim, partindo-se da necessidade de se estabelecer à hermenêutica civil-constitucional novos horizontes que ultrapassem o legado patrimonialista do Direito clássico demonstra-se a evolução histórica dos conceitos de público e privado, que é apresentada na primeira parte deste estudo, intitulada “A Constitucionalização do

Direito Civil”. A seguir, passa-se a expor conceitos relevantes para o entendimento da situação atual dos direitos fundamentais, demonstrando-se de que forma eles incidem nas relações privadas. Essas considerações se fazem presentes na segunda e na terceira parte deste estudo, intituladas, por sua vez, “Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais” e “Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia Privada”.

Na tentativa de ilustrar tais conceitos, aborda-se um caso histórico e pioneiro, o Caso Lüth, proferida pela Corte alemã de 1958, no tocante à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, bem como algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Finalizando, no item conclusão, analisam-se as idéias convergentes e divergentes abordadas neste estudo.

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A compreensão do Direito Civil Constitucional não pode prescindir do reexame da tradicional separação entre o direito público e o direito privado e do papel da Constituição para o Direito Civil, que se fará na seqüência.

### 2.1 DICOTOMIA ENTRE PÚBLICO X PRIVADO: CRITÉRIOS DISTINTOS, RELEVÂNCIA E BREVES CONSIDERAÇÕES

Nos ensinamentos de José de Oliveira Ascensão<sup>1</sup>, verifica-se que: “A ordem jurídica é una, mas seu estudo impõe a demarcação de setores. A esses setores se chama tradicionalmente os ramos do direito”. A necessidade de se distinguir o direito em público e privado para realização de um estudo mais aprofundado do tema, remete--se a Roma<sup>2</sup>, com Ulpiano e o caráter dual do direito. Assim tem - se que o direito público consistia naquele ramo que respeitava a organização do Estado romano e a disciplina da sua atividade, ao passo que o privado era aquele que respeitava a utilidade dos particulares<sup>3</sup>.

Hodiernamente tal divisão apresenta certas limitações, uma vez que não é mais possível defender o caráter dual do direito, como propunha Ulpiano. A dicotomia resiste aos séculos, sustentada por uma finalidade didática para estudo e compreensão dos sistemas jurídicos, pois, certamente, na prática, a linha divisória entre o público e o privado torna-se cada vez mais tênue; e a constitucionalização uma tendência cada vez mais forte.

---

<sup>1</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.345

<sup>2</sup> Deve-se entender que os termos *ius publicum* e *ius privatum* não correspondem à divisão atual. Sendo o *ius publicum* a aquele direito derivado do Estado, obrigatório para a comunidade, incluindo setores hoje considerados como direito privado, ao passo que o *ius privatum* representava as relações que os indivíduos estabeleciam entre si, no exercício de sua autonomia. Tal diferença perde seu sentido na Idade Média, ressurgindo com a Revolução Comercial do século XV e reafirmando-se com o direito da Revolução Francesa. AMARAL, Francisco. *Direito civil - introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 69.

<sup>3</sup> *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*. Trecho do jurisculto Ulpiano que viveu no século III d.C., sustentou a noção que alinhava como público o que dissesse respeito às coisas do Estado romano, e como privado, o que respeitasse o interesse de cada um.

Na tentativa de demarcar a classificação do direito em público e privado, surgiram diversos critérios, entre eles, destaca José de Oliveira Ascensão<sup>4</sup> o critério de interesse, o critério da qualidade do sujeito e o critério da posição do sujeito, na visão de Francisco Amaral<sup>5</sup>.

Segundo o critério de interesse, o direito público seria aquele que visaria à satisfação de interesses públicos; e o privado a satisfação de interesses privados. Nota-se, contudo, a insustentabilidade deste critério, uma vez que não há nenhuma linha radical que separe os interesses em público e privado, certamente o interesse público corresponde, pelo menos de forma indireta, aos interesses particulares, assim como a recíproca é também verdadeira. Certo é que as normas jurídicas destinam-se, em sua generalidade, à proteção de todos os interesses.

Manifesta-se ainda Francisco Amaral<sup>6</sup> reforçando que: “[...] o direito público protege, de modo imediato e direto, os interesses gerais, enquanto que o interesse privado o faz de modo indireto”<sup>7</sup>. Faz-se *Mister* salientar que procurou-se reformular esse critério, afirmando-se que: “[...] direito público seria aquele que servisse predominantemente, ou essencialmente, a prossecução de interesses públicos, e direito privado o que, nas mesmas condições de prevalência, servisse interesses privados [...]”, conforme assevera José de Oliveira Ascensão<sup>8</sup> em seu posicionamento.

Por sua vez, o critério da qualidade do sujeito baseia-se no primeiro termo da fórmula de Ulpiano. Seria público aquele direito que regulasse situações em que interviesse o Estado ou, em geral, qualquer ente público; privado, o direito que regulasse a situação dos particulares.

A esse respeito posiciona-se José de Oliveira Ascensão, demonstrando que tal critério também é inaceitável, pois é inegável que muitas vezes o Estado, ou qualquer outro ente público, atuam nos mesmos termos que qualquer outra pessoa, principalmente nos atos de gestão patrimonial<sup>9</sup>. Assim, não há sentido falar em

---

<sup>4</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Op.cit., p.346

<sup>5</sup> Na mesma esteira, Francisco Amaral propõe como sendo os critérios mais aceitos o critério do interesse dominante, o da natureza dos sujeitos, o do vínculo de subordinação entre sujeitos e o da finalidade ou função do direito. AMARAL, Francisco. Op. cit.,p.66.

<sup>6</sup> AMARAL, Francisco. Op. cit.,p.67

<sup>7</sup> Quando a lei determina a escritura pública para a venda de imóveis acima de certo valor, como dispõe o Código Civil, art.108 ou impõe uma forma para o casamento, conforme determina o Código Civil, art. 1.533, por meio de norma de direito privado visa também proteger o interesse geral, que é a segurança das relações jurídicas. AMARAL, Francisco. Op. cit.,p.67

<sup>8</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Op.cit., p.266.

diferentes qualidades do sujeito. Contudo para Francisco Amaral<sup>10</sup> “[...] basear - se nesse critério seria conferir à vontade estatal valor jurídico superior à dos demais sujeitos, o que, em um Estado de direito, é inadmissível”.

Finalmente há o critério quanto à posição do sujeito, defendido por José de Oliveira Ascensão<sup>11</sup> como o mais aceito. Segundo esse critério, o direito será o que constitui e organiza o Estado e outros entes públicos e regula a sua atividade como entidade dotada de *ius imperii*; o direito privado é o que regula as situações em que os sujeitos estão em posição de paridade.

Constata-se, dessa forma, que o direito privado não pode ser considerado o direito dos egoísmos individuais, bem como o direito público não pode ser considerado o direito das relações de dominação. “São ambos indispensáveis e entre si complementares”, como assinala José de Oliveira Ascensão<sup>12</sup> em seus ensinamentos.

Do que se expôs acima, já se constata que a distinção é difícil e de pouca nitidez, principalmente pela falta de critérios absolutos. Contudo é inegável que a dicotomia existe e, se existe, é insuficiente apenas destacá-la, sem trazer sua relevância e a necessária profícua crítica.

Assim, a importância dessa distinção se manifesta em alguns aspectos práticos, como:

- a) nas normas de direito privado, sua aplicação é deixada à iniciativa individual, cabendo ao interessado pedir a tutela do Estado, enquanto nas de direito público, esse impõe, por si só, a respectiva observância, além do privilégio de poder tomar decisões unilaterais obrigatórias<sup>13</sup>;
- b) os contratos de que o Estado participa contêm, muitas vezes, regras derogatórias do direito comum;
- c) a propriedade dos bens do Estado constitui domínio público, e tais bens são inalienáveis e insuscetíveis de aquisição pela usucapião;
- d) a responsabilidade civil do Estado é disciplinada por normas especiais;
- e) a competência para julgar conflitos em que o Estado intervém é privativa de órgãos especiais, como a Justiça Federal e as Varas da Fazenda Pública.

---

<sup>10</sup> AMARAL, Francisco. Op. cit.,p.67.

<sup>11</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Op.cit.,256.

<sup>12</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Op.cit., p.267.

<sup>13</sup> Deve-se entender por desapropriação, servidão pública, ocupação temporária, requisição de bens, etc. AMARAL, Francisco. Op. cit.,p.68

Para que se possa compreender e dar sentido à questão da origem da dicotomia público – privado, requer-se uma visão histórica do tema. Sabe-se que essa distinção foi um dos postulados do Estado liberal, bem como também foi a divisão dos três poderes: executivo, legislativo e judiciário. Tentava-se contrapor a sociedade civil, que era a natural, dirigida pelas suas próprias leis, emanadas da natureza e da razão, ao Estado, que era o organismo mantenedor da ordem econômica e social. Atenuou-se a separação entre o público e o privado com a concentração capitalista dos meios de produção.

Surge, nessa época, um novo direito, o direito da economia, que combina processos jurídicos, institutos e conceitos de direito público e de direito privado. O Estado passa, então, a intervir na economia, órbita tradicional do Direito Privado. Assim, ficou o direito público responsável por organizar as atividades políticas e sociais do Estado; e o direito privado, as atividades econômicas, quaisquer que fossem. Pode-se, dessa forma, afirmar que, nesse momento, se consolidava a passagem do Estado liberal para o Estado social, do Estado da ordem pública para o Estado promotor do bem-estar social.

Do que se expôs constata Francisco Amaral, que:

A distinção tem, assim, caráter manifestamente ideológico “O direito privado permanece, portanto, como direito comum das pessoas e da economia, disciplinando as relações jurídicas comuns de ordem pessoal e patrimonial, enquanto o direito público disciplina relações jurídicas especiais e autoritárias, criadas em função de uma atividade dirigida a fins de interesse geral”<sup>14</sup>

Diante desse quadro, Maria Celina Bodin de Moraes<sup>15</sup>, em seu artigo “*A caminho de um direito civil constitucional*” corrobora o entendimento acima transcrito: “Defronte tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”.

Por fim, esclarece, ainda, Maria Celina Bodin de Moraes<sup>16</sup>, que:

---

<sup>14</sup> AMARAL, Francisco. Op.cit., p.70.

<sup>15</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de . A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista Constitucional*. São Paulo, n.65, 1999, p.26

<sup>16</sup> Idem

[...] no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido.

## 2.2 A PRIMAZIA DO DIREITO PRIVADO EM FACE DO DIREITO PÚBLICO

Ao longo da história, observaram-se momentos de alternância entre o primado de um ramo do Direito, no caso o público/privado sobre o outro, não seguindo, contudo, uma linearidade evolutiva, o que significa que, por ora predominava o direito privado, e por oras o direito público, desobedecendo assim a uma ordem ou a uma regra.

Entretanto, na Grécia Antiga, os cidadãos reunidos na *ágora*<sup>17</sup> participavam ativamente da política, principalmente do processo legislativo, a fim de atender os anseios e necessidades da comunidade, notava-se uma intensa comunicação do público e do privado, o que se mostrou bem menos intenso em Roma, onde os cidadãos não participavam de forma tão direta na esfera pública.

Na Idade Média, por sua vez, a propriedade privada se destacava diante dos demais institutos econômicos, políticos e jurídicos, sendo possível notar um grande predomínio do direito privado. No referido período, os senhores feudais exerciam absoluto poder sobre os habitantes de seus feudos, eram eles que estabeleciam regras, criavam e arrecadavam tributos, bem como exerciam a função jurisdicional. A função pública era, então, derivada do direito de propriedade.

Com a decadência do período medieval e a subsequente ascensão da burguesia, há uma nova interpenetração entre o público e o privado. Ao mesmo tempo em que interessava à classe emergente o fortalecimento da monarquia, pois isso favoreceria o desenvolvimento do comércio, como a redução das barreiras alfandegárias, a criação de uma moeda única, etc., interessava à monarquia o fortalecimento da burguesia, pois dela se cobravam tributos e se obtinham empréstimos para as campanhas militares, assim, concomitantemente à funcionalização do público ao privado, houve a funcionalização do privado ao público.

---

<sup>17</sup> Entende-se por *ágora* praça pública das antigas cidades gregas. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p.24.

Porém, em torno do século XVIII, a dicotomia público X privado se apresenta de forma muito intensa, principalmente sobre as distinções e dela se abstraem: Sociedade Política e Sociedade Econômica, Estado e Sociedade, Direito e Moral. O direito público passa, então, a ser aquele direito que disciplina o Estado, sua estrutura e funcionamento, ao passo que o direito privado era aquele da Sociedade Civil, compreendendo suas relações intersubjetivas e o mundo econômico, sempre sob a ótica da propriedade absoluta e da plena liberdade contratual.

Nesse sentido, é relevante observar que, nesse período, o direito tornou-se estatal e burguês, afinal o legislador era quem criava as regras de direito privado de forma sistemática e abrangente, diferentemente dos períodos anteriores em que o legislativo detinha-se apenas às regras de direito público, como tributação, Direito Penal, etc., e, quando estabeleciam regras de direito privado, o faziam de forma pontual e não-sistemática. O direito privado sempre fora o reino da não-intervenção estatal, um setor deixado principalmente aos costumes e ao direito canônico.

Com o advento da Revolução Francesa, o direito privado passou a atender aos anseios e ideologias da burguesia, que era a classe que estava no poder. Surgiram os códigos, deixando para trás o pluralismo jurídico que vigorava nos períodos passados. O Estado passou a regulamentar a sociedade de forma sistemática, a partir das necessidades de apenas uma fração dessa sociedade, qual seja, a classe burguesa.

Nesse período, o individualismo ganhou grande destaque principalmente como reação ao período medieval, em que se valorizava a classe social a que se pertencia em detrimento aos indivíduos, seus valores e méritos. A ética que reinava era a da liberdade formal. A economia viveu um período de liberalismo econômico. O mundo jurídico, por sua vez, desembocava na “ética do individualismo”,

Saliente-se, nesse aspecto, que a propriedade foi centro dos códigos civis da época, que destacavam também o caráter absoluto e individualista, o voluntarismo jurídico, a liberdade e a autonomia contratual. As normas estatais voltavam-se tão-somente à proteção do espaço da liberdade econômica, protegendo, dessa forma, o cidadão da supremacia do Estado.

### 2.3 A PRIMAZIA DO DIREITO PÚBLICO EM FACE DO DIREITO PRIVADO



Diferentemente daquele período caracterizado pela segurança das codificações e das Constituições Liberais em que reinava e se destacava o direito privado, com o advento do constitucionalismo social e de uma maior intervenção estatal nas relações privadas, deu-se o primado do público sobre o privado.

Nesse período do constitucionalismo social, que nos países ocidentais ocorreu no segundo pós-guerra, o Estado buscava, sobretudo, a promoção da igualdade substancial, mesmo que isso acarretasse uma conseqüente diminuição da liberdade econômica. Procurou-se, assim, limitar os poderes não só do Executivo mas do próprio Legislativo, por meio do controle de constitucionalidade das leis. Tais poderes passaram a se submeterem à tutela dos direitos fundamentais, controlados, então, pelo Judiciário.

É relevante destacar que, no Brasil, se prefere adotar o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, de inspiração kantiana<sup>18</sup>, destarte tenha sido bastante divulgado o modelo difuso praticado nos Estados Unidos<sup>19</sup>.

Esse novo período foi marcado por uma forte limitação do poder da vontade dos particulares, principalmente em decorrência da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Abandonou-se, assim, a “ética do individualismo” dando espaço à ética da solidariedade, da mesma forma que se relativizou a tutela da autonomia da vontade, acentuando-se, por outro lado, a proteção da dignidade da pessoa humana<sup>20</sup>.

Por fim, a era das codificações foi assim substituída pela era dos estatutos, quando se notam microssistemas gravitando ao lado do Código Civil.

## 2.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Sabe-se que o público e o privado tendem a convergir, ora por meio de uma privatização do direito público, que ocorre justamente quando o Estado se utiliza de institutos jurídicos de direito privado, para estabelecer relações negociais com os particulares, abrindo mão, então, de instrumentos autoritários e impositivos típicos

---

<sup>18</sup> Immanuel Kant (1724-1804) nasceu na Alemanha. Filósofo sustentava o princípio do “mundo do ser (realidade) e do dever-ser (normatividade). REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 2.ed.São Paulo:Revista dos Tribunais, 1.999.p.56

<sup>19</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado / Aldacy Rachid Coutinho... [et. all]; org. Ingo Wolfgang Sarlet – 2.ed.rev e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 .p.24

<sup>20</sup> Idem.

do universo público, ora por meio de uma publicização do direito privado, notada, principalmente, por meio da funcionalização de institutos do direito privado, como a propriedade, o contrato, a empresa, a família, a responsabilidade civil, submetidos, então, à referida função social. Trata-se de uma forma de o Estado intervir na esfera privada, reduzindo o campo da autonomia privada na determinação do conteúdo dos negócios jurídicos.

No Estado Social, a autonomia privada cede espaço aos direitos fundamentais, contexto em que o Estado passa a se preocupar com o bem comum em detrimento à vontade dos particulares, para tanto passa a atuar de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais, como transporte, saúde, educação, e de forma indireta, por meio da disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio, tais como disciplina dos preços, do crédito, do setor de seguros e das atividades bancárias.

A presença estatal mais marcante na segunda metade do século XX, bem como a maior incidência do constitucionalismo social e do ideário do *Welfare State*, acarretou certo deslocamento de forças no mundo jurídico: a Carta Constitucional passou a ter mais relevo do que o mundo dos Códigos, hodiernamente é na Constituição que se busca regular a vida em sociedade. Com efeito, o Direito Civil passou a ser lido e interpretado à luz da Constituição Federal de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais, em destaque, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva.

Deixa-se de lado aquele sujeito abstrato das codificações passadas e passa-se a venerar um sujeito concreto, locatário, consumidor, arrendatário e empregado, atendo-se às peculiaridades de cada uma dessas situações e dando a elas um tratamento jurídico específico, de forma a compensar o desequilíbrio econômico que se percebe existente em tais relações. É principalmente pela necessidade de se estabelecerem relações mais justas que o legislador intervém, limitando, assim, a autonomia privada.

Defende Maria Celina Bodin de Moraes<sup>21</sup> que “[...] o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”. Registra-se o fim das dicotomias. Os interesses tornam-

---

<sup>21</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista de Direito Constitucional*, São Paulo, n.65, 1999.p.26

se predominantes e não mais exclusivos, as diferenças ainda subsistem, mas apenas de forma “quantitativa”, pois ora prevalecem interesses individuais, ainda que existam interesses da coletividade, e ora predominam os interesses da sociedade, embora funcionalizados à realização dos interesses existenciais do cidadão. Logo, não mais se pode imaginar uma incomunicabilidade entre o direito público e o direito privado.

Para Joaquim Arce Y Flórez-Valdéz<sup>22</sup>, o chamado Direito Civil Constitucional pressupõe a incidência da Constituição no ordenamento jurídico infra-constitucional, ou seja, é fruto da influência da Constituição, em seus princípios e valores, sobre as relações jusprivatistas.

Na óptica de Gustavo Tepedino<sup>23</sup>, trata-se de um dever inadiável à compatibilização do Código Civil com o texto constitucional, ou seja, para o doutrinador “[...] parece imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição” Essa tendência, tão fortalecida hodiernamente, traz ao direito privado alguns adjetivos que antes lhe pareciam estranhos e incompatíveis, tais como: socializado, publicizado, constitucionalizado, despatrimonializado. Não há que se pensar em uma absorção do direito privado pelo direito público, mas sim em uma reformulação conceitual dos institutos jurídicos, tanto do direito privado como do direito Público, como preleciona o autor<sup>24</sup> acima mencionado.

Na vigência do Código Civil de 1916, o direito privado tratava de regular a atuação dos sujeitos de direito, notadamente, o contratante e o proprietário; nessa esteira, o Código Civil assumia o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. Não havia qualquer interferência do direito público. Tal individualismo marcou o perfil das codificações do século XIX, quando nenhum ramo do direito era mais distante do Direito Constitucional do que o Direito Civil.

A falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do Direito Civil, é revista pelos recentes estudos apresentados pelos civilistas. Pois, se antes havia a disjunção, hoje destaca Paulo Lobo<sup>25</sup>, em seus ensinamentos, que:

---

<sup>22</sup> ARCE Y FLOREZ-VALDÉZ, Joaquim. *El derecho civil constitucional*.

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In: Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.l.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil. *In: Revista de Informação legislativa*, São Paulo, n.141,p.100.

[...] uma unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência.

Nessa esteira, ao se tratar do tema da Constitucionalização, faz-se suma a distinção entre Constitucionalização e publicização. Por muito tempo, ambos os temas foram tratados como sinônimos, contudo ressalta-se que são situações distintas. A chamada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado social do século XIX<sup>26</sup>. Há uma evidente diminuição do espaço da autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. Pode-se dizer que tratava de uma ação intervencionista ou dirigista do Estado.

Nesse sentido, preleciona Paulo Lôbo<sup>27</sup>:

[...] a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.

No que se refere às etapas evolutivas do Direito Civil, vale-se ressaltar um panorama histórico das diferentes concepções dadas à matéria. Sabe-se que, durante o Estado liberal, as codificações, especialmente os códigos civis, tinham como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, ou seja, o burguês livre do controle ou impedimentos públicos. A plenitude da pessoa estava pautada no domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. As constituições da época nada regulavam sobre as relações privadas, sua função era tão só a delimitação do Estado mínimo.

Nas palavras de Paulo Lobo<sup>28</sup>, verifica-se que: “[...] consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem

---

<sup>26</sup> Sabe-se que o Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada. LÔBO, Paulo. Op. cit, p.101

<sup>27</sup> Idem

<sup>28</sup> LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação legislativa*. São Paulo, n.141.p.101.

qualquer espaço para a justiça social.” Com o advento do chamado *Welfare State*<sup>29</sup>, a Constituição passou, então, a regulamentar a ordem econômica e social. Limitou - se o poder político e o econômico, projetando, assim, para além dos indivíduos, a tutela dos direitos, incluindo: o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegável reflexo nas dimensões materiais do Direito Civil.

Todavia, embora tenha ocorrido mudança na concepção de Estado e de sociedade, bem como uma alteração substancial na Constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico. Com isso, os códigos tornaram-se obsoletos, constituindo verdadeiros obstáculos ao desenvolvimento do Direito Civil. A Revolução Industrial, assim como os movimentos sociais, constituíram-se verdadeiras arenas de exigência de liberdades e igualdades materiais e de emersão de novos direitos, para o que a então codificação se apresentou inadequada.

Se antes a codificação civil tinha como valor necessário da realização da pessoa a propriedade, tal realidade tornou-se incompatível. A prevalência do patrimônio como valor individual a ser tutelado nos códigos submergiu à pessoa humana, que passou a figurar como pólo de relação jurídica. A patrimonialização é evidentemente incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana. A nova tendência que se delineava colocou a pessoa humana no centro do Direito Civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante. A nova realidade trouxe a necessidade de restaurar a primazia da pessoa humana nas relações civis, “[...] a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais”, como assevera Paulo Lôbo<sup>30</sup>.

Entretanto, para Gustavo Tepedino<sup>31</sup>, essas transformações foram ocasionadas por uma crise entre o instrumental teórico e as formas jurídicas do individualismo pré-industrial, de um lado, e, de outro, a realidade econômica industrial ou pós-industrial, que repelem o individualismo. Nessa esteira, os textos constitucionais passaram, paulatinamente, a definir princípios relacionados aos

---

<sup>29</sup> Entende-se por *Welfare State* - Estado social.

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação legislativa*, São Paulo, n. 141. p.103.

<sup>31</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.6

temas antes reservados unicamente ao Código Civil e ao império da vontade. Temas, então, típicos do direito privado passam a integrar uma nova ordem pública constitucional<sup>32</sup>.

À guisa de constatação, tem-se que a constitucionalização do Direito Civil vai além de um critério hermenêutico formal, constituindo uma relevante etapa do processo de transformação ou mudança de paradigma pelo qual passou o Direito Civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. Aquele indivíduo proprietário defendido pelas legislações vigentes no Estado liberal sai de cena, dando espaço à pessoa humana. A afetividade desponta como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não apenas como limite da propriedade; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco no contrato.

Dentro do contexto ora exposto, pretende-se analisar a questão da constitucionalização do direito privado, deve-se atentar para o fato de que a supremacia constitucional precisa se harmonizar com a realidade fática que pretende regular, devendo ser analisada com parcimônia e não como um verdadeiro e indiscutível dogma, assim preleciona Rogério Magnus Varela Gonçalves<sup>33</sup>.

Na mesma esteira, o doutrinador<sup>34</sup> acima defende, ainda, que não se trata de uma luta de forças entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, não se falando em uma superação de um pelo outro, mas sim em um pensamento convergente e sistemático.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>35</sup>, por sua vez, defende que, atualmente, é uma ilusão acreditar na aplicação mecânica do direito, aquela que se resume no trabalho de verificar se os fatos correspondem aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto deixou de ensejar uma simples aplicação de um artigo de lei ou de mera argumentação de lógica formal.

Assim, a norma ordinária passou a ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para sua aplicação naquele caso concreto.

---

<sup>32</sup> Temas como função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, etc. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.7

<sup>33</sup> Assim defende Rogério Magnus Varela Gonçalves, em seu artigo “*Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas*”. Disponível em: <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n5/direitos.pdf>. Acesso em: dia 12 set.2008.

<sup>34</sup> Assim defende GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas*. Disponível em: <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n5/direitos.pdf>. Acesso em: dia 12 set.2008.

<sup>35</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op.cit., p. 29.

As referidas técnicas defendidas pela autora, são reforçadas pela possibilidade que o ordenamento jurídico concede ao juiz, de apreciar insubsistentes normas ordinárias contrárias à Carta Magna por meio do chamado controle difuso de constitucionalidade.

Finalmente, Luis Roberto Barroso<sup>36</sup> apresenta, de forma simples, os momentos caracterizadores da relação público-privada, afirmando que o primeiro momento da relação do Direito Civil com o Direito Constitucional é caracterizado pela independência, uma vez que a Revolução Francesa deu ao Direito Civil seu objeto, o *Code*; e ao Direito Constitucional, a Constituição francesa: “Você para lá e eu para cá”. Num segundo momento, afirma o doutrinador que houve a publicização do Direito Civil, que se configura numa situação em que o Estado e o ente privado passam a interagir buscando a liberdade material: “Podemos ser amigos, simplesmente”. Por fim, o momento da constitucionalização caracteriza-se pela passagem da Constituição Federal para o centro do ordenamento jurídico, havendo, portando, um encontro do Direito Civil com o Direito Constitucional: “Sem você não sou ninguém”.

---

<sup>36</sup> Conforme palestra proferida no Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro – nos dias 21, 22 e 23 de setembro de 2006.

### 3 EFICÁCIA HORIZONTAL

Para melhor compreensão do tema Eficácia Horizontal, pretende-se aludir à distinção entre eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

#### 3.1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: TEORIAS

Os direitos fundamentais, para doutrina liberal clássica, limitar-se-iam à regência das relações públicas, aquelas em que um dos pólos é ocupado pelo Estado. Tais direitos se configuravam, dessa forma, como limites ao exercício do poder estatal, não se projetando, assim, ao cenário das relações privadas.

Todavia, parece indiscutível que a opressão e a violência não provêm tão-somente do Estado, mas também de uma multiplicidade de atores privados, como o mercado, a família, a sociedade civil, etc., o que torna a incidência dos direitos fundamentais entre particulares um imperativo incontornável.

Nessa vertente, determina Daniel Sarmento<sup>37</sup> que essa incidência não se daria simplesmente transplantando o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, uma vez que o indivíduo, diferente do Estado, é titular de direitos fundamentais e está investido, pela própria Constituição, em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados. Foram esses questionamentos que criaram a celeuma em torno da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da projeção desses direitos para relação entre particulares.

Dessa forma, deve-se buscar um ponto de compatibilização entre a tutela efetiva dos direitos fundamentais, por um lado, e a salvaguarda da autonomia privada, de outro.

O debate acerca do tema teve início na Alemanha, logo após o advento da Lei Fundamental de Bonn, em que foram concebidas as teorias da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais entre terceiros, e a teoria da eficácia indireta ou mediata desses direitos.

---

<sup>37</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional – ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.194.



A Teoria da Eficácia Mediata dos Direitos Fundamentais foi desenvolvida originalmente na doutrina alemã por Günter Dürig, com sua obra publicada em 1956, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico. Trata-se, assim, de uma construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e aquela que sustenta a incidência direta desses direitos na esfera privada, segundo assevera Daniel Sarmiento<sup>38</sup> em seus ensinamentos.

Para a Teoria da Eficácia Mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos que possam ser invocados a partir da Constituição Federal. A proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem aos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que é inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Dessa forma, certos atos, contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do direito privado, como enfatiza o doutrinador<sup>39</sup> acima mencionado.

Dürig admite que se devem construir certas pontes entre o direito privado e a Constituição Federal. Essas pontes são, então, representadas pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador, os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes, sempre em conformidade com a ordem de valores subjacentes aos direitos fundamentais.

É notório que a referida teoria liga-se à concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, deve-se deixar claro que essa teoria nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que isso acarretaria no extermínio da autonomia privada, desfigurando, assim, o direito privado.

Nesse sentido é possível se analisar que, para os adeptos da Teoria da Eficácia Mediata dos Direitos Fundamentais, esses direitos exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive sobre o direito privado, cujas normas têm que ser interpretadas ao seu lume, conforme

---

<sup>38</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p 210

<sup>39</sup> Ibidem, p.210-211.

preleciona Daniel Sarmento<sup>40</sup>. Assim, tem-se que os direitos fundamentais devem ser protegidos no campo privado não por meio de instrumentos do Direito Constitucional, mas sim por meio de mecanismos típicos do próprio direito privado. A atuação do legislador é o meio pelo qual a força jurídica dos preceitos constitucionais estende-se aos particulares de forma mediata.

Assim, cumpre ao legislador a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, de forma que os referidos direitos sejam protegidos e a tutela da autonomia privada não seja descuidada. Ao Judiciário resta apenas o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, tendo em vista os direitos fundamentais e rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos, enfatiza o doutrinador<sup>41</sup> acima.

Ressalte-se, todavia, que a Corte Constitucional não deve, a pretexto de proteção dos direitos fundamentais, converter - se em uma instância de revisão geral dos julgados da jurisdição ordinária para analisar a correção das decisões de aplicação da legislação privada. Assim, somente quando a decisão judicial do litígio privado desconsiderar o efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito privado é que o recurso constitucional deve ser admissível, como constata Daniel Sarmento<sup>42</sup> em seus ensinamentos.

O Caso Lüth, que se analisa na seqüência, foi uma das mais importantes decisões que aplicaram a doutrina da Eficácia Mediata dos Direitos Fundamentais às relações privadas.

Por fim, cumpre-se destacar que a Teoria da Eficácia Mediata dos Direitos Fundamentais pode ser alvo de críticas. Há quem afirme que a impregnação das normas no direito privado pelos valores constitucionais pode causar erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança das normas civis e comerciais<sup>43</sup>. Por outro lado, a doutrina é criticada por não proporcionar uma

---

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 212.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 214. O autor defende que apenas em casos excepcionais, como o de lacuna do ordenamento privado e de inexistência de cláusula geral ou de conceito indeterminado que possa ser preenchido em harmonia com os valores constitucionais, é que se permite ao juiz a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, independentemente da intermediação do legislador.

<sup>42</sup> SARMENTO, Daniel. Op.cit.,p. 215.

<sup>43</sup> Crítica do jurista austríaco A. Khol, exposta em artigo intitulado The protection of human rights em relationship between private individuals: the Austrian situation, conforme BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Madrid: Centro de Estudios

tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário. Ainda, há quem aponte o caráter supérfluo dessa construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada da interpretação, conforme dispõe a Constituição Federal<sup>44</sup>.

A Teoria da Eficácia Direta e Imediata dos Direitos Fundamentais na esfera privada, por sua vez, foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50. Para ele, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, por sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independente de qualquer intermediação do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.

Hans Carl Nipperdey defende, ainda, que os perigos que espreitam os direitos fundamentais hodiernamente não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais.

A referida doutrina foi, então, retomada e desenvolvida na doutrina germânica por Walter Leisner, em tese,, que advogou a idéia de que, pela unidade do ordenamento, não seria admissível conceber o direito privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais, segundo assevera Daniel Sarmiento<sup>45</sup>.

Contudo, a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão adotou, em algumas decisões, essa doutrina, sendo célebre o caso julgado em 1957<sup>46</sup>.

No entanto, vale ressaltar que os adeptos da Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas não negam a necessidade de

---

Constitucionales. Apud: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e *no Brasil*. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 219

<sup>44</sup> BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Apud: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e *no Brasil*. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 219

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. Op.cit.,p. 220.

<sup>46</sup> O referido caso citado se reconhece, com base em preceitos constitucionais, sem a invocação de nenhuma norma ordinária da legislação trabalhista, a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio. SARMENTO, Daniel. Op.cit, p. 221

ponderação do direito fundamental em jogo com a autonomia privada. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical.

Essa teoria logrou grande aceitação na Alemanha, mas, majoritariamente, é aceita na Espanha e em Portugal.

Bilbao Ubillos, autor espanhol da mais longa e completa obra sobre o assunto, afirma que existem direitos fundamentais na Constituição espanhola cuja própria estrutura pressupõe a eficácia horizontal imediata, como preleciona Daniel Sarmiento<sup>47</sup>.

Todavia, segundo advoga Bilbao Ubillos, não existe uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, de forma que se faz suma uma análise de cada direito, a fim de se verificar a existência e extensão de sua eficácia horizontal. Há, também, uma necessidade de se ponderar o direito fundamental com a autonomia privada do particular.

Na jurisprudência espanhola, a questão matéria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais interprivados acabou se confundindo com a questão processual, referente à possibilidade de julgamento, pelo Tribunal Constitucional, de recurso de amparo<sup>48</sup> concernente a litígios privados. Assim, para se justificar a utilização do recurso de amparo envolvendo a violação de direitos fundamentais nas relações privadas, elaborou-se a tese de que a ofensa tutelada não provém da conduta do particular, mas sim do Poder Judiciário, quando esse não tiver protegido adequadamente tais direitos na prestação jurisdicional<sup>49</sup>. Por meio desse artifício, tornou-se possível levar ao Tribunal Constitucional da Espanha demandas envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Logicamente, não se pode imputar unicamente ao Judiciário uma omissão censurável pela não-proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas, se tais direitos não se estendem a essas relações. É preciso ir além e analisar o conteúdo dos julgados.

Já no direito português, a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas foi prevista direta e genericamente pelo próprio constituinte, por meio do artigo 18.1 da Lei Maior lusitana, que reza: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades

---

<sup>47</sup> <sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. Op.cit., p. 222.

<sup>48</sup> Instrumento processual de defesa dos direitos fundamentais. Previsto apenas nos casos de violação ou ameaça de direitos constitucionais por parte dos Poderes Públicos. SARMENTO, Daniel. Op. cit, p.224

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel. Op.cit.,p.224.

públicas e privadas”. Dessa forma, parece incontrariável, diante do teor literal da Constituição, a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas em Portugal.

Contudo, existe uma corrente minoritária na doutrina composta por nomes como, Francisco Lucas Pires<sup>50</sup> e Carlos Alberto da Mota Pinto, que insistem na tese da eficácia, apenas indireta dos direitos fundamentais no plano privado, conforme assevera Daniel Sarmento<sup>51</sup>. Mas a corrente dominante é mesmo aquela defendida por autores como o jurista J.J.Gomes Canotilho<sup>52</sup>, que, com algumas nuances, inclina-se para a teoria da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.

Todavia, José Carlos Vieira de Andrade<sup>53</sup> adotou posição intermediária entre as duas teorias. Inicialmente registrou o autor que o preceituado no artigo 18.1 da Constituição de Portugal, que vincula as entidades privadas aos direitos fundamentais, não contém em si a solução para o problema do modo como se dá essa vinculação. Segundo o doutrinador acima, é necessário conciliar dois componentes importantes da ordem constitucional portuguesa: sua preocupação com justiça social e a tutela da autonomia privada.

Dentro dessa moldura, que, nas relações entre particulares e os chamados “poderes privados”, opera-se a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. Vale dizer que, quando for manifesta a desigualdade de poder entre as partes, e uma delas estiver submetida a uma situação de sujeição à outra, a primeira vai tornar-se detentora de direitos subjetivos fundamentais oponíveis à segunda. Isso, no entanto, não exclui o fato de que a entidade privada detentora de poder social seja também titular dos direitos fundamentais, razão pela qual pode ser necessário, em certas circunstâncias, proceder a uma ponderação entre tais direitos e os invocados pela parte mais frágil da relação jurídica em questão, conforme preleciona Daniel Sarmento<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> O constitucionalista luso defende que a adoção da eficácia direta conduziria a uma excessiva “rigidez da vida social”. SARMENTO, Daniel. Op cit, p.226

<sup>51</sup> SARMENTO, Daniel. Op.cit., p. 226.

<sup>52</sup> CANOTILHO, J.J. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.492.

<sup>53</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Apud: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luis Roberto Barroso (organizador) – 2 ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.230

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel. Op.cit., p. 230 - 231

Por outro lado, defende José Carlos Vieira de Andrade que, se não fosse notória a assimetria de poder, a eficácia dos direitos fundamentais seria apenas indireta, conforme assevera Daniel Sarmiento <sup>55</sup>.

Quanto à jurisprudência portuguesa, tem-se que o Tribunal Constitucional de Portugal ainda não se manifestou conclusivamente sobre a forma e a extensão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, não tendo decidido a favor de qualquer das correntes doutrinárias já expostas ou contra, como adverte o doutrinador<sup>56</sup> acima mencionado.

### 3.2 APORTES JURISPRUDENCIAIS

#### 3.2.1 O Caso Lüth

Em 2008, o famoso Caso Lüth completou cinqüenta anos. Trata-se de um importante caso na história não só do constitucionalismo alemão no período pós-guerra, mas da própria história do direito.

Os fatos que originaram a discussão jurídica foram considerados banais. Era para ser apenas uma “briguinha” de direito privado entre um judeu e um alemão. O alemão Veit Harlan era um produtor cinematográfico que ganhava a vida fazendo filmes. Nos anos 50, dirigiu um filme chamado “Amada Imortal”. Até então não havia nada de mais, a película do cineasta parecia ser apenas mais um filme romântico. O problema, no entanto, era o histórico do diretor. Veit Harlan, no auge do nazismo, foi o responsável pelos filmes de divulgação das idéias nazistas, principalmente do filme *Jud Süß*<sup>57</sup>. Para Veit Harlan, isso eram “coisas” do passado, mas para os judeus alemães era algo difícil de se apagar de suas memórias.

Assim, nas vésperas do lançamento de “Amada Imortal”, diversos judeus com prestígio e influência na mídia resolveram boicotar o artista, embora o filme não tivesse nada que remetesse ao nazismo ou ao anti-semitismo. À frente do boicote estava Eric Lüth, um judeu que presidia o Clube de Imprensa. Eric Lüth, então,

---

<sup>55</sup> SARMENTO, Daniel. Op.cit.,p. 231.Os direitos fundamentais não valeriam , então, como direitos subjetivos, mas como valores que devem ser concretizados pelo legislador ordinário.

<sup>56</sup> SARMENTO, Daniel. Op.cit., p.232.

<sup>57</sup> O filme de 1941 foi considerado uma das mais odiosas e negativas representações dos judeus no cinema. CASO LUTH. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra>. Acesso em: 02 set.2008.

escreveu um pesado manifesto contra o cineasta, conclamando os judeus “decentes” a não assistirem ao filme. Evidentemente o filme foi um fracasso de público, resultando em um grande prejuízo.

Em decorrência desse posicionamento, Veit Harlan e os empresários que estavam envolvidos na produção e investimento do filme resolveram ingressar com uma ação judicial alegando que a atitude de Eric Lüth violava o Código Civil Alemão, pedindo, então, que os prejuízos e danos fossem reparados. A tese do cineasta prevaleceu em todas as instâncias ordinárias, revoltando Eric Lüth, que questionava a sua punição, afinal a Lei Fundamental alemã garantia a liberdade de expressão. Com base nisso, recorreu à Corte Constitucional alemã.

Foi justamente a decisão da Corte Constitucional alemã que tornou o referido caso tão significativo para o direito, a ponto de ser lembrado e estudado em diversos países 50 anos depois do fato ocorrido. O que parecia ser um simples conflito de egos e orgulhos contribuiu, de forma significativa, para o estudo do direito, tornando o caso um verdadeiro marco na saga dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que a Corte Constitucional alemã desenvolveu conceitos que atualmente podem ser considerados vigas-mestras na teoria dos direitos fundamentais, como, por exemplo: a) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais; b) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; c) a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos<sup>58</sup>.

O juiz federal George Marmellstein, em seu artigo intitulado “50 anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra”<sup>59</sup> afirma que o jurista alemão Robert Alexy, na decisão do Caso Lüth contém três idéias que serviram para moldar fundamentalmente o Direito Constitucional alemão:

A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’. Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio,

---

<sup>58</sup> É possível perceber que tais conceitos prenunciados pela Corte Constitucional alemã chegaram ao Brasil sob o tema de constitucionalização do Direito Privado.

<sup>59</sup>CASO LUTH. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra>. Acesso em: 02 set.2008.

pode-se dizer que a primeira idéia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, a 'todas as áreas do Direito'. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um "efeito irradiante" sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*ubiquitous*). A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: "Um 'balanceamento de interesses' torna-se necessário."<sup>60</sup> [grifo no original]

### 3.2.2 Supremo Tribunal Federal

Analisando-se a jurisprudência brasileira, é possível notar que ela vem decidindo por aplicar diretamente os direitos fundamentais às relações privadas, como se pode notar nas jurisprudências selecionadas na seqüência:

**1) EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I.** - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. STF- RE 161.243, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 29/10/1996.[grifo no original]

**2) EMENTA: DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM.** A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a

---

<sup>60</sup> Idem.



caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. STF- RE 158.215, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 30/04/1996.[grifo no original]

**3) EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU " DEBAIXO DE VARA".** Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, " debaixo de vara" , para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. STF-HC 71373, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 10/11/1994. [grifo no original]

A partir do exposto, verifica-se que o exame da jurisprudência dominante traz a constatação de que, no Brasil, é inegável que existe uma vinculação entre os particulares e os direitos fundamentais; há, portanto, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

## 4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA

Os direitos humanos, por serem essenciais à pessoa humana, devem ser hierarquicamente superiores a outros direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, prevalecendo, assim, a supremacia daqueles quando entrarem em conflito com estes.

### 4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na sociedade atual, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é um axioma da civilização ocidental, podendo ser até mesmo considerado um dos poucos consensos teóricos da contemporaneidade<sup>61</sup>.

Na evolução do princípio, destacam-se quatro momentos fundamentais: o Cristianismo, o Iluminismo-Humanista, a obra de Emmanuel Kant e o refluxo dos horrores da Segunda Guerra Mundial<sup>62</sup>.

A mensagem de Jesus Cristo<sup>63</sup> marcou o mundo antigo, enfatizando não apenas o indivíduo, mas também o valor do outro:

Amarás o Senhor teu Deus de todo seu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento. Este é o primeiro e grande mandamento. E o segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos depende toda a lei e os profetas.

A conseqüência que disso se pode extrair diz respeito à liberdade essencial dos homens, afirmada, também, na seguinte declaração: "Nisto não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea, porque todos vós sois um em Cristo Jesus<sup>64</sup>".

Mais tarde o movimento iluminista foi responsável por desalojar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem. A ascensão do humanismo foi relevante para o desenvolvimento da idéia de dignidade da pessoa humana.

<sup>61</sup> Ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso.

<sup>62</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p.104.

<sup>63</sup> SÃO MATEUS. Português. In: *Bíblia sagrada*. Tradução de Padre de Figueiredo. Rio de Janeiro: Enciclopédia Britânica, 1980. cap.22, ver.37-40, p.389-412.

<sup>64</sup> Idem.

Para São Tomás, a dignidade humana deve ser pensada sob dois prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe só no homem enquanto indivíduo, passando, dessa forma, a residir na alma de cada ser humano. O homem não mais deve olhar na direção de Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível, como adverte Maria Celina Bodin de Moraes<sup>65</sup> em seus ensinamentos.

Em terceiro lugar, o pensamento de Emmanuel Kant traz a idéia de que “[...] o homem é um fim em si mesmo” revelando, assim, a formulação mais consistente da natureza do homem e das suas relações consigo próprio, com o próximo e com as suas criações e as da natureza. De acordo com Emmanuel Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Ao passo que o preço representa o valor exterior — de mercado, e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior — moral e, é de interesse geral. Assim, diante dessa filosofia, as coisas têm preços; as pessoas, dignidade, como assevera Maria Celina Bodin de Moraes<sup>66</sup>.

Por fim, a revelação dos horrores da Segunda Guerra Mundial transformou, completamente, as convicções defendidas até então. A terrível facilidade com que milhares de pessoas aderiram aos movimentos de extermínio de seres humanos ainda choca.

Para Hannah Arendt<sup>67</sup>, na Segunda Guerra Mundial as próprias vítimas perderam em boa medida a compreensão do valor inerente à vida humana.

Foi justamente a reação à barbárie do nazismo e dos fascismos, em geral, que levou, no período pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno, como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais, segundo assevera Ana Paula de Barcellos<sup>68</sup>.

Entretanto, com o fim da Segunda Guerra Mundial, o reconhecimento do dever de respeitar e promover a dignidade da pessoa humana parecia ser o único

---

<sup>65</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado / Aldacy Rachid Coutinho ... [et.al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet – 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre; Livraria do Advogado Ed., 2006. p.113.*

<sup>66</sup> *Ibidem*, p.115.

<sup>67</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*. Apud: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.108

<sup>68</sup> *Idem*.

ponto de acordo teórico entre os países divididos pela Guerra Fria. Na expressão de José Carlos Vieira de Andrade<sup>69</sup>, verifica-se que:

[...] realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.

Notou-se, a partir de então, que diversos países introduziram em suas constituições, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado. Com o Brasil não foi diferente, inseriu pela primeira vez na Constituição brasileira em 1988<sup>70</sup> o referido princípio, como adverte Ana Paula de Barcellos<sup>71</sup>.

Mas afinal, o que é o princípio da dignidade da pessoa humana?

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos<sup>72</sup>, verifica-se que:

[...] de forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.

A autora<sup>73</sup> defende, ainda, que se deve observar, de forma filosófica, que o princípio da dignidade é uma característica inerente ao homem, que a norma não concede, mas apenas reconhece, daí porque muito autores registram que não há um “direito” à dignidade, mas sim, o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção. A importância dessa observação reside no fato de que o indivíduo continua digno, nada obstante a violação das normas que pretendem assegurar condições de dignidade. No caso de violar, portanto, ocorrerá que a pessoa estará sendo submetida a uma situação indigna e incompatível com a sua dignidade essencial.

---

<sup>69</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa* Apud: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.102

<sup>70</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op.cit., p.109.

<sup>71</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição*: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. (CF/88, art.1º,III).

<sup>72</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op.cit., p.111.

<sup>73</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op.cit., p.108.

Por sua vez, Maria Celina Bodin de Moraes<sup>74</sup> advoga que, quando se trata de definir “quem” somos, só é possível enumerar qualidades e características do “que” somos, revelando-se, então, a notória incapacidade filosófica de se chegar a uma definição de pessoa humana, de se revelar a sua essência viva.

Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>75</sup> ressalta que o ideário da dignidade da pessoa humana constitui uma categoria de contingência histórica e cultural, ou seja, que não se acha determinada em dimensão absoluta, uma vez que se sujeita à evolução do processo civilizatório e à visão do homem e da sociedade, de seus direitos e deveres, em cada tempo e lugar.

O princípio da dignidade da pessoa humana faz-se presente em inúmeras disposições constitucionais, a exemplo das normas do artigo 170, que inclui dentro das finalidades da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna; do artigo 226, parágrafo 7º, proclamando que o planejamento familiar funda-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; do artigo 227, impondo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade; do artigo 230, que enuncia que o dever de amparo às pessoas idosas deve assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe direito à vida, como relata Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>76</sup>.

Assim, assevera Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>77</sup> que o Estado Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano.

Dessa forma, nota-se que o referido princípio ingressou no direito positivo brasileiro desde logo com a estatura inexorável de norma de princípio constitucional, alçada em fundamento do Estado brasileiro que, sem dúvida, irradia para o plano infraconstitucional um padrão de interpretação e execução normativa. Tal fato, pode-

---

<sup>74</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p.112.

<sup>75</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.135.

<sup>76</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. cit., p. 143.

<sup>77</sup> Idem. O autor acima faz uso da expressão “constituição aberta”, utilizada por Paulo Bonavides para se referir à necessidade de revisão doutrinária de alguns institutos consagrados pelo classicismo constitucional.

se afirmar, conduz à então já mencionada constitucionalização das normas infraconstitucionais.

Prossegue Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>78</sup>:

[...] o postulado da dignidade humana impõe ao Estado, pelo menos, três ordens distintas de postura a fim de emprestar a conseqüente e radical eficácia aos direitos fundamentais. Primeiramente, condena, com a mácula da inconstitucionalidade, os atos estatais atentatórios a tal princípio. Além disso, impõe ao Poder Público o dever de se abster de praticar atos que desafiem o valor maior da dignidade humana. Por fim, induz a que os órgãos e autoridades competentes, em todos os níveis de governo, e no exercício de suas constitucionais e apropriadas competências, adotem iniciativas conducentes à eliminação das desigualdades sociais e que promovam condições sociais e econômicas propícias à existência, digna de todos os serem humanos sujeitos à circunscrição da soberania do Estado.

A partir do exposto, conclui o autor<sup>79</sup> que, por tratar-se de uma categoria aberta e abrangente, aplicável tanto às relações da esfera pública quanto às relações da esfera privada, a dignidade há de ser considerada o princípio dos princípios constitucionais. Por isso nada deve escapar do crivo de sua incidência, seja no terreno das ações e omissões do Poder Público, seja na órbita das relações e dos negócios privados, afirmando a sua missão edificante de uma ordem jurídica, comprometida com os direitos humanos e os valores da solidariedade.

Todavia, destaca Maria Celina Bodin de Moraes<sup>80</sup> que a dignidade humana não é uma criação da ordem constitucional, embora seja por meio dela, respeitada e protegida. Observa-se, portanto, que é o alicerce sobre o qual a ordem jurídica — democrática — se apóia e se constitui. O princípio constitucional em questão visa garantir o respeito e a proteção do indivíduo não apenas assegurando um tratamento humano e não degradante, mas por meio, também, de uma transformação do Direito Civil, por exemplo, que não mais encontra nos valores individuais de outrora o seu fundamento axiológico. A vulnerabilidade humana passa a ser tutelada, de modo que terão precedência os direitos e prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis, como são

---

<sup>78</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O. cit., p.161.

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.p.117.

as crianças, os idosos, os portadores de deficiências, os não-proprietários, os consumidores, dentre outros, segundo assevera Maria Celina Bodin de Moraes<sup>81</sup>.

Considera-se, assim, que se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza; “desumano”, contrário à dignidade humana, será tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de objeto, conforme preleciona a autora<sup>82</sup> acima.

Por sua vez, Eros Roberto Grau trata do princípio da dignidade da pessoa humana concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 1º, III, e, como fim da ordem econômica, como reza o artigo 170, *caput*.

Afirma o artigo 1º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: “A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o Poder Público”. Na mesma esteira, traz o artigo 1º da Constituição de Portugal: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana [...]”. Nota-se, dessa forma, que o referido princípio se faz presente em diversas Constituições, afirmando, assim, que sua relevância é mundialmente reconhecida.

Todavia, para Eros Roberto Grau<sup>83</sup>, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos, sendo somente plenamente assegurada se e enquanto for viabilizado o acesso de todos às chamadas liberdades reais.

## 4.2 AUTONOMIA PRIVADA

Inicialmente Francisco Amaral<sup>84</sup> faz uma breve distinção entre vontade, liberdade, autonomia da vontade e, por fim, autonomia privada. Para o autor a vontade deve ser analisada sob diversos prismas: o da psicologia, o da ética, o da filosofia e o do direito. Assim, tem - se que, para a psicologia, a vontade constitui uma faculdade espiritual do homem que traduz uma tendência, um impulso para algo, a realização de um valor intelectualmente conhecido.

---

<sup>81</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op.cit.*, p. 118.

<sup>82</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op.cit.*, p. 119.

<sup>83</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. Apud: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica*. p.196-197. 11ª edição. Editora Malheiros

<sup>84</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.343.

Para a ética, representa uma atitude ou disposição moral para querer algo. Para os princípios filosóficos, é uma entidade a que se atribuiu absoluta subsistência e se converte, por isso, em substrato de todos os fenômenos.

Finalmente, tem-se que, para o direito, a vontade representa um elemento fundamental do ato jurídico, pois é capaz de produzir determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas<sup>85</sup>.

Por sua vez, a liberdade se configura diante da possibilidade de a pessoa agir com sua vontade, podendo fazer ou deixar de fazer algo. No âmbito jurídico, a liberdade é a possibilidade de uma pessoa atuar com eficácia jurídica. Sob o ponto de vista do sujeito, ela se realiza no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Objetivamente, pode-se dizer que é o poder de regular tais relações, dando-lhes conteúdo e efeitos determinados, com o reconhecimento e proteção do direito.

A liberdade para o direito privado recebe a denominação de autonomia, consistindo, então, a autonomia da vontade no “[...] princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, segundo assevera Francisco<sup>86</sup> em seus ensinamentos<sup>87</sup>.

Para Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>88</sup>, isso significa que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas. A autonomia da vontade encontra seu campo de aplicação no direito obrigacional. Especificamente quando ela se manifesta no poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento diz-se, ao invés de autonomia da vontade, autonomia privada.

Dessa forma, insta que autonomia da vontade é a manifestação da vontade individual, revelando-se como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas.

---

<sup>85</sup> O autor ainda destaca que a vontade psicológica em nada se confunde com a vontade jurídica, pois enquanto a psicologia conhece a vontade como um tipo especial de tendência psíquica, associada à representação consciente de um fim e de meios eficientes para realizá-lo, o direito aprecia-a como um fator de eficácia jurídica nos limites e na forma que ele mesmo estabelece. Nessa esteira, é possível afirmar que a psicologia estuda a vontade no campo do *ser*, enquanto o direito reconhece-a no campo do *dever-ser*.

<sup>86</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução. Rio de Janeiro:Renovar, 2003. p.347

<sup>87</sup> Na mesma esteira Carlos Alberto da Mota Pinto qualifica a autonomia privada como “a autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação de seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 1993.p.89

<sup>88</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op.cit.*,p.89.



Constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado.

Nessa vertente, Francisco Amaral<sup>89</sup> adverte que:

A autonomia privada é a mais importante manifestação do princípio da liberdade jurídica, um dos princípios fundamentais do direito civil. Seu instrumento de realização é o negócio jurídico. As normas privadas são autônomas no sentido de que são os próprios particulares, interessados, que as estabelecem.

Destarte, esteja a autonomia privada diretamente ligada ao princípio da liberdade, essa liberdade não pode ser reconhecida como plena, uma vez que encontra limites na ordem pública e nos bons costumes, segundo afirma o doutrinador<sup>90</sup> acima mencionado.

Contudo deve-se ressaltar que não há qualquer semelhança com a autonomia pública, visto que essa se refere a um poder atribuído ao Estado para que crie direitos nos limites de sua competência, a fim de proteger os interesses da sociedade. Trata-se de objetivo e natureza públicos. A autonomia privada, em sua esfera, está ligada aos interesses do particular, e seu exercício é a manifestação da liberdade. Seu instrumento, dessa forma, é o negócio jurídico<sup>91</sup>, conforme adverte Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>92</sup> em seus ensinamentos.

Nesse sentido, Francisco Amaral<sup>93</sup> afirma que o fundamento da autonomia privada, em termos imediatos, é a liberdade como valor jurídico, e, mediamente, a concepção de que a pessoa<sup>94</sup> é a causa do sistema social e jurídico e de que a sua vontade pode ser instrumento de realização da justiça<sup>95</sup>. Sabe-se que o Direito Civil caracteriza-se por ser aquele setor do ordenamento jurídico cuja autonomia

---

<sup>89</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil – introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.71.

<sup>90</sup> Francisco Amaral coloca a ordem pública como sendo um conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado. Bons costumes, por sua vez, é tratado pelo autor como um conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, dos contratos matrimoniais, etc.

<sup>91</sup> Destaca-se que o intervencionismo neoliberal, contudo, não se opõe à liberdade contratual, nem a livre concorrência.

<sup>92</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto expõe que o auto-governo da esfera jurídica dos particulares manifesta-se na realização de negócios jurídicos, atos pelos quais os particulares ditam a regulamentação de suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo. Porém, defendendo o autor, que ela também se manifesta no poder de livre exercício de seus direitos ou de livre gozo de seus bens pelos particulares, ou seja, na soberania do querer, que caracteriza o direito subjetivo. p. 89.

<sup>93</sup> AMARAL, Francisco. Op.cit.,p.351.

<sup>94</sup> Para Carlos Alberto da Mota Pinto essas pessoas, a princípio, são consideradas iguais.

<sup>95</sup> AMARAL, Francisco. Op.cit., p. 351.

reconhecida aos sujeitos de direito é manifestada, limitada, como já mencionado, pela ordem pública e pelo bem comum.

A liberdade de opção é a grande característica que circunda o princípio da autonomia privada. Sob o ponto de vista jurídico a liberdade se constitui no poder de praticar ou não todo ato-ordenado nem proibido por lei, ou seja, trata-se do poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não-exercício de seus direitos subjetivos. São, no entanto, configuradas duas facetas dessa liberdade: uma que se constitui na liberdade de criar, modificar ou extinguir relações; outra que estabelece as normas jurídicas disciplinadoras dessa atividade, nos limites das normas de direito.

Constata Francisco Amaral<sup>96</sup> que:

A autonomia privada significa, assim, o espaço livre que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica, reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são os particulares os melhores a saberem de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente.

Retomando o conceito de autonomia privada ao longo de sua configuração e transformações, tem - se que o individualismo<sup>97</sup> pode ser considerado uma das suas principais raízes. O individualismo, como uma tendência de colocar as instituições políticas, jurídicas e sociais a serviço dos interesses particulares, ora se confunde com o liberalismo, que, por sua vez, considera que o indivíduo deve ter a máxima liberdade no campo da economia. Trata-se do livre jogo da atividade econômico-individual, com a menor intervenção estatal.

Mudanças econômicas e sociais decorrentes da Revolução Industrial e tecnológica, no entanto, causaram grandes alterações no sistema do direito privado. Surgiram novos institutos, como a empresa, os contratos-tipos, etc. O individualismo, então, se opõe às tendências sociais da época. O homem, como elemento que compõe a sociedade, passou a sofrer inevitáveis restrições na sua capacidade de agir.

Nesse contexto, a igualdade perante a lei é meramente formal, uma vez que as desigualdades são profundas. Isso se reflete também no princípio da liberdade. A

---

<sup>96</sup> AMARAL, Francisco. Op.cit.,p.352.

<sup>97</sup> Individualismo considerado sob a óptica de que o indivíduo é a fonte e a causa final de todo o direito. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4.ed.São Paulo:Atlas, 2002.p.45.

desigualdade, por exemplo, pode levar segmentos sociais mais carentes de recursos a acentuados desníveis econômicos, o que acarreta uma necessidade de intervenção estatal, a fim de equilibrar o poder das partes contratantes, estabelecendo normas imperativas em matéria de ordem pública e bons costumes. O limite à autonomia privada surge como um mecanismo de proteção aos pólos mais fracos da relação jurídico-patrimonial. A fim de colocar em paridade as forças econômicas e sociais em conflito, a realização dos valores fundamentais da ordem pública exige uma intervenção cada vez maior do Estado. Não mais se admite uma economia liberal do século XIX, a intervenção do Estado tornou-se suma para proteger as categorias sociais menos favorecidas.

Relevante questão trazida por Francisco Amaral<sup>98</sup> refere-se à autonomia privada, que encontra sua razão de ser na expressão mais pura do liberalismo econômico, numa época em que o Estado tinha uma função mais política do que econômica ou social. Com a Revolução Industrial e tecnológica e, principalmente, com os problemas sociais advindos dela, surge o Estado Social, que busca proteger os mais desfavorecidos, promovendo iguais oportunidades de acesso aos bens e às vantagens da sociedade contemporânea.

Assim, tem-se que o individualismo do século XIX, que se positivou no Código de Napoleão e no Código Civil alemão (BGB) e consagrou a pessoa humana com sua liberdade e autonomia, foi se reduzindo gradativamente a partir do começo do século XX, principalmente com a Segunda Guerra Mundial, com a progressiva intervenção estatal, que passou a limitar a autonomia privada.

Configurou-se a superação do liberalismo econômico e político do século XIX. O predomínio dos interesses gerais sobre os particulares, bem como o espírito da sociedade e da justiça social se sobrepôs ao do puro individualismo. A passagem do Estado liberal para o Estado social conduziu o declínio na concepção liberal da economia, ao passo que a liberdade de iniciativa econômica passou a ser reconhecida constitucionalmente.

O referido contexto implica a redução do âmbito de atuação da autonomia privada, que teve seu auge na época do individualismo; contudo, com as tendências sociais, assiste-se à redução de seu campo, embora permaneça como princípio fundamental do direito privado.

---

<sup>98</sup> AMARAL, Francisco. Op.cit., p.363.

## 5 CONCLUSÃO

Para compreender todo o processo de constitucionalização do Direito Civil, requer-se uma reflexão doutrinária e filosófica intensa. As mudanças que ocorreram na sociedade, principalmente aquelas advindas com o Estado social, modificaram intensamente a hermenêutica civil-constitucional.

Para desenvolver o tema em pauta, analisou-se, na primeira parte do estudo, o panorama histórico da relação do direito público com o direito privado. Notou-se que três diferentes períodos se destacaram: o da absoluta independência, o da convergência e, finalmente, o chamado de constitucionalização, que consiste numa leitura do Direito Civil à luz das normas constitucionais.

Atualmente tem-se um Código Civil que, embora date de 2002, a sua elaboração se deu em 1974, em uma época em que ainda era vigente o patrimonialismo, racionalidade herdada por Napoleão, remetida ao século XIX. Tal racionalidade, no entanto, encontra-se em discordância e afrontava a tábua axiológica, calcada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da ordem constitucional de 1988. É nesse contexto que se faz necessário interpretar o Código Civil à luz da Constituição Federal, como forma de adequar os institutos privados às novas demandas sociais.

Os direitos fundamentais, por sua vez, surgiram para proteger o cidadão da força do Estado, mas com o advento de um Estado preocupado com o bem - estar social, um Estado social, tais direitos passaram a incidir, também, nas relações entre os particulares, como forma de proteger o pólo mais fraco da relação jurídica.

A Dignidade da Pessoa Humana passou a exercer um relevante papel que é justamente o de colocar os contratantes no mesmo patamar. Os cidadãos são iguais, independente da posição em que eles se encontrem nesta sociedade. Quando a Dignidade da Pessoa Humana é respeitada na sua totalidade, esses direitos são iguais tanto para o empregador quanto para o empregado, assim como, para o proprietário e o não-proprietário, etc.

A teoria parece perfeita, mas o legado patrimonialista e individualista, em uma sociedade capitalista, sem dúvida, constitui um dos grandes entraves para a eficácia dos direitos fundamentais.

Contudo, o objetivo do presente estudo é o de demonstrar a teoria, suas mudanças de concepção e como o tema se encontra na doutrina contemporânea. A questão da prática é, sem dúvida, relevante, mas, na presente pesquisa, tratada superficialmente nas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, em que se pôde notar que os tribunais brasileiros têm reconhecido a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, têm-se utilizado dos princípios constitucionais para solucionar conflitos interprivados.

Por derradeiro, tratou-se da idéia de autonomia privada. O referido princípio tem extrema relevância para o Direito Civil, principalmente para a matéria das obrigações. Notou-se que, no contexto do Estado liberal, a autonomia privada era plena, não encontrando limites. Os contratantes poderiam regulamentar seus negócios jurídicos, evidentemente até onde o ordenamento jurídico permitisse. O limite era distante, a legalidade parecia óbvia, agir em desconformidade com a ordem jurídica sempre foi ilegal.

No entanto, com o advento do Estado social, a autonomia privada viu seu campo de atuação reduzido. A ordem pública e os bons costumes aparecem para limitar aquilo que era limitado apenas pelas leis expressas. Os princípios, que antes apareciam apenas nas relações de subordinação, como Estado-indivíduo, passam a se fazer presentes também entre os particulares.

A autonomia privada agora tem também que respeitar a ordem pública e os bons costumes, seus limites e, aqui, por que não se acrescentar a dignidade da pessoa humana também como limite? Deixa-se uma proposta e as portas abertas para continuidade do estudo em questão e as considerações da indagação.

## REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução e teoria geral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. edição.
- ARCE Y FLOREZ – VALDEZ, Joaquim. *El derecho civil constitucional* .
- ARENDDT, Hannah. *A condição humana* – tradução de Roberto raposo, posfácia de Celso Lafer. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos- apresentação*. Rio de Janeiro: UFPR, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. (CF/1988, art. 1º, III).
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988
- CASO LUTH. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.net.2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-ocaso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra>. Acesso em: 02. set. 2008.
- CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Dignidade da pessoa: o princípio dos princípios- homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.
- GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas*. Disponível em:

<http://www.cci.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n5/direitos.pdf>. Acesso em 12 set 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 - interpretação e crítica* 11ª edição. Editora Malheiros

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil. In: *Revista da Informação Legislativa*. São Paulo, nº141, janeiro.março 1999

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARMELSTEIN, George. *50 Anos do Caso Lüth; o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/> Acesso em 02 set 2008.

MARQUES, Cláudia Lima (org). *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4.ed.São Paulo:Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista Constitucional.São Paulo,n.65,1999.

\_\_\_\_\_. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2006

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – introdução ao Direito civil-constitucional – tradução Maria Cristina de Cicco*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto de Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

REALE, Miguel. *Fundamentos dos direitos*. 2.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1999

ROPPO, Enzo. *O contrato – tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. 8ª edição. Porto Alegre:Livraria do Advogado Ed., 2007

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais do direito comparado no Brasil. *In: BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional – ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. trad. Leonardo Martins *et al.* Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SÃO MATEUS. Português. *In: Bíblia sagrada*. trad. Padre de Figueiredo. Rio de Janeiro: Enciclopédia, 1980. cap. 22, v. 22, ver. 37-40, p. 389-412.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil – tomo II*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)



ANEXO 1 – DECISÃO DO CASO LÜTH –  
PROFERIDA PELA CORTE ALEMÃ EM 1958

ANEXO 1 - Íntegra da decisão do Caso Lüth, proferida pela Corte Constitucional alemã, em 1958<sup>99</sup>.

**BVERFG 7, 198**

**(LÜTH-URTEIL)**

**RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DECISÃO JUDICIAL**

15/01/1958

**MATÉRIA:**

O cidadão alemão Erich Lüth conclamou, no início da década de cinquenta (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “Jud Süß”, de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Essa ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5 I 1 GG.

O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou

---

<sup>99</sup> SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudências do tribunal constitucional alemão*. trad. Leonardo Martins et al. Montevideo: Korad Adenauer Stiftung, 2006.

ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.

1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional.

2. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por intermédio das normas de direito privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente e é realizável pelo juiz, sobretudo pela via das cláusulas gerais.

3. O juiz de varas cíveis pode, por meio de sua decisão, violar direitos fundamentais (§ 90 BVerfGG), quando ignorar a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil. O Tribunal Constitucional Federal revisa decisões cíveis somente no que tange a tais violações de direitos fundamentais, mas não no que tange a erros jurídicos em geral.

4. As normas do direito civil também podem ser “leis gerais” na acepção do Art. 5 II GG e, destarte, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento.

5. As “leis gerais” têm que ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento para o Estado livre e democrático.

6. O Direito fundamental do Art. 5 GG não protege somente a expressão de uma opinião enquanto tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão.

7. Uma expressão do pensamento que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede da ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento.

Decisão (Urteil) do Primeiro Senado de 15 de janeiro de 1958

— 1 BvR 400/51 —

Dispositivo da decisão:

A decisão (Urteil) do Tribunal Estadual de Hamburgo, datada de 22 de novembro de 1951 (...), viola o direito fundamental do reclamante decorrente do art 5 I GG, sendo, por isso, revogada. A matéria será devolvida ao Tribunal Estadual de Hamburgo [para nova decisão] .

RAZÕES:

A.

O reclamante, à época diretor do conselho e gerente do órgão da imprensa estatal da Cidade Livre e Portuária de Hamburgo, declarou, a 20 de setembro de 1950, por ocasião da abertura da “Semana do Filme Alemão”, como presidente do Clube da Imprensa de Hamburgo, perante produtores e distribuidores de filmes, o seguinte:

“Depois que a cinematografia alemã no terceiro Reich perdeu sua reputação moral, um certo homem é com certeza o menos apto de todos a recuperar esta reputação: Trata-se do roteirista e diretor do filme ‘Jud Süß’. Poupemo-nos de mais prejuízos incomensuráveis em face de todo o mundo, o que pode ocorrer, na medida em que se procura apresentar justamente ele como sendo o representante da cinematografia alemã. Sua absolvição em Hamburgo foi tão-somente uma absolvição formal. A fundamentação daquela decisão (já) foi uma condenação moral. Neste momento, exigimos dos distribuidores e proprietários de salas de cinema uma conduta que não é tão barata assim, mas cujos custos deveriam ser assumidos: caráter. E é um tal caráter que desejo para a cinematografia alemã. Se a cinematografia alemã o demonstrar, provando-o por meio de fantasia, arrojado óptico e por meio da competência na produção, então ela merece todo apoio e poderá alcançar aquilo que precisa para viver: Sucesso junto ao público alemão e internacional”. A firma Domnick-Film-Produktion GmbH, que naquele tempo estava produzindo o filme ‘Unsterbliche Geliebte’ (A Amante Imortal) segundo o roteiro e sob a direção do diretor de cinema Veit Harlan, exigiu do reclamante que ele desse uma explicação sobre que legitimidade (legal) teria ele ao realizar as declarações supra reproduzidas contra Harlan. O reclamante respondeu, com a Carta de 27 outubro de 1950, entregue à imprensa como “carta aberta”, entre outras coisas, o seguinte:

“O Tribunal do júri não negou o fato de que Veit Harlan foi, por um grande período, o “diretor nº 1 da cinematografia nazista” e que seu filme ‘Jüd Süß’ foi um dos expoentes mais importantes da agitação assassina dos nazistas contra os judeus. Pode ser que dentro da Alemanha e no exterior existam empresários que não fiquem

repudiados com um retorno de Harlan. A reputação moral da Alemanha não pode, entretanto, ser novamente arruinada por pessoas inescrupulosas, ávidas por dinheiro. Com efeito, a volta de Harlan irá abrir feridas que ainda não puderam sequer cicatrizar e provocar de novo uma terrível desconfiança que se reverterá em prejuízo da reconstrução da Alemanha. Por causa de todos esses motivos, não corresponde somente ao direito do alemão honesto, mas até mesmo à sua obrigação, na luta contra este representante indigno do filme alemão, além do protesto, mostrar-se disposto também ao boicote.”

A Domnick-Film-Produktion GmbH e a Herzog-Film GmbH (esta como distribuidora nacional do filme ‘unsterbliche Geliebte’) ajuizaram, junto ao Tribunal Estadual de Hamburgo, uma ação cautelar com pedido de medida liminar contra o reclamante, liminar esta que lhe proibia:

1. pedir aos proprietários de salas de cinema e empresas de distribuição de filmes que não incluíssem em seus programas o filme “Unsterbliche Geliebte”,
2. Conclamar o público alemão a não assistir a este filme.

O Superior Tribunal Estadual de Hamburgo indeferiu a apelação do reclamante contra a decisão (Urteil) do Tribunal Estadual.

Consoante o pedido do reclamante, foi fixado às sociedades cinematográficas um prazo para o ajuizamento da ação (principal). Ajuizada a ação, o Tribunal Estadual de Hamburgo prolatou, no dia 22 de novembro de 1951, a seguinte decisão (Urteil):

“Condena-se o acusado, sob pena pecuniária a ser fixada judicialmente ou pena de prisão, a deixar 1. de pedir aos proprietários de anfiteatros e empresas de distribuição de filmes que não incluam o filme “Unsterbliche Geliebte”, que fora produzido pela autora “1”, cuja distribuição nacional fora confiada contratualmente à autora “2” em seus programas, 2. de conclamar o público alemão a não assistir a este filme. (...)”.

O Tribunal Estadual enxerga nas expressões do reclamante uma convocação imoral ao boicote. Seu objetivo teria sido impedir a apresentação de Harlan como “criador de filmes representativos”. A convocação do reclamante acarretaria até mesmo “que na prática Harlan seria desligado da produção de filmes normais de ficção, pois qualquer filme deste tipo poderia, através do seu trabalho de direção, transformar-se num filme representativo”. Uma vez, entretanto, que Harlan por causa de sua participação no filme ‘Jud Süß’ fora absolvido, tendo essa absolvição transitada em julgado, e, em função da decisão no processo de desnazificação (Entnazifizierung),

segundo a qual ele não precisaria mais se submeter a nenhuma limitação no exercício de sua profissão, essa atitude do reclamante se chocaria com a “democrática concepção moral e jurídica do povo alemão”.

Não se teria acusado o reclamante porque ele teria expressado uma opinião negativa sobre a reapresentação de Harlan, mas porque ele convocou o público a, por meio de um certo comportamento, tornar impossível o retorno de Harlan [ao mercado] como diretor de cinema. Tal convocação ao boicote se teria voltado contra as autoras, sociedades civis do setor cinematográfico, pois se a produção do filme em pauta não tivesse retorno financeiro, elas estariam ameaçadas por um sensível prejuízo patrimonial. Os elementos objetivos do tipo de uma ação não permitida [delito civil] do § 826 BGB estariam, portanto, presentes no caso, existindo o direito [do autor] à fixação da obrigação do réu de abstenção [das expressões].

O reclamante apelou desta sentença junto ao Superior Tribunal Estadual de Hamburgo. Ao mesmo tempo, impetrou sua Reclamação Constitucional, na qual argúi violação de seu direito fundamental à livre expressão do pensamento (Art. 5 I 1 GG). [Segundo sua petição], ele teria feito crítica moral e política em face do comportamento de Harlan e das sociedades cinematográficas. Para tanto, ele teria o direito, pois o Art. 5 GG não garantiria somente a liberdade do discurso sem a intenção de provocar um efeito, mas justamente a liberdade para a provocação do efeito através da palavra. Suas expressões teriam representado juízos de valor. O tribunal teria erroneamente julgado se a expressão seria correta no que tange ao seu conteúdo e se poderiam ser aceitas, ao passo que relevante seria tão-somente julgar se ela seria juridicamente permitida. Isso elas seriam, pois o direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento teria um caráter social e garantiria um direito público subjetivo à tomada de influência na formação da opinião pública por ação intelectual e à participação na “conformação do povo para com o Estado”. Este direito encontraria seus limites tão-somente nas “leis gerais” (Art. 5° II GG). Quando por meio da expressão do pensamento se quisesse influenciar a vida pública e política, só poderiam ser consideradas como “leis gerais” aquelas que contivessem normas de direito público, não podendo destas participarem as normas do Código Civil sobre delitos (unerlaubte Handlungen). Ao contrário, aquilo que, na esfera do direito civil, não seria permitido poderia ser justificado na esfera do direito público por meio do direito constitucional; os direitos fundamentais, enquanto direitos

subjetivos com dignidade constitucional, seriam para o direito civil “causas [normativas] superiores de justificação”. (...)

B. - I.

A Reclamação Constitucional é admitida (...).

II.

O reclamante afirma que o Tribunal Estadual feriu seu direito fundamental à livre expressão do pensamento fundado no Art. 5 I 1 GG por meio de sua decisão [condenatória].

1. A decisão do Tribunal Estadual, um ato do poder público na forma especial de ato do Poder Judiciário, só pode violar por seu conteúdo um direito fundamental do reclamante se este direito fundamental tivesse que ser observado no momento da formação da convicção judicial.

A decisão proibiu ao reclamante expressões por meio das quais ele pudesse induzir outros a se juntarem à sua concepção sobre a volta ao mercado de Harlan, condicionando suas condutas diante de filmes por ele feitos de acordo com essa concepção [ou seja: fazendo com que o público não fosse assistir ao novo filme de Harlan]. Isso significa objetivamente uma limitação na livre expressão de pensamento do reclamante. O Tribunal Estadual fundamenta a sua decisão com o fato de ter considerado as expressões do reclamante como uma ação não permitida [delito civil] segundo o § 826 BGB em face das autoras e reconhecendo a estas, por isso, e com fulcro nas normas do direito civil, o direito à proibição das expressões. Destarte, o direito decorrente da lei civil reconhecido pelo Tribunal Estadual levou, por meio de sua decisão, a uma determinação do poder público que limitou a liberdade de expressão do reclamante. A decisão só pode violar o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG, se as normas aplicadas do direito civil fossem, pela norma de direito fundamental, de tal sorte influenciadas e modificadas em seu conteúdo, que elas não pudessem mais justificar aquela decisão do Tribunal. A questão fundamental, de se saber se normas de direito fundamental exercem um efeito sobre o direito civil e como esse efeito precisaria ser visto em cada caso, é controvertida (...). As posições mais extremas nesta discussão apresentam-se, de um lado, pela tese de que os direitos fundamentais seriam exclusivamente direcionados contra o Estado; por outro lado, apresenta-se a concepção de que os direitos fundamentais, ou pelo menos alguns, no mínimo os mais importantes entre eles, também valeriam nas relações jurídico-privadas, vinculando a todos. (...).

Também agora não existe motivo para discutir exaustivamente a questão controvertida sobre a “eficácia horizontal”. Para se chegar aqui a uma conclusão adequada ao presente problema, basta o seguinte: sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da Grundgesetz também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente [dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos], a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para a proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público. Da mesma forma é correto, entretanto, que a Grundgesetz, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 et seq., 197 et seq.]; 6, 32 [40 s.]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Dessa forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais enquanto normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (Medium) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito preexistente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito preexistente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais



do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição.

A influência dos critérios axiológicos do direito fundamental se faz notar sobretudo em face daquelas normas do direito privado que encerrem direito cogente e que constituam assim uma parte da *ordre public lato sensu*, i.e., junto aos princípios, os quais, em razão do bem comum, devam ser vigentes também na formação das relações jurídicas entre os particulares e por isso sejam retirados do domínio da vontade privada. Estas normas têm, em razão de seu propósito, um grau de parentesco próximo ao direito público, ao qual elas se ligam de maneira complementar. Elas precisam estar submetidas de modo intenso à influência do direito constitucional. A jurisprudência serve-se sobretudo de “cláusulas gerais” para a realização desta influência, que, como § 826 BGB, remetem para o julgamento do comportamento humano a critérios extra-cíveis ou até a critérios extrajurídicos, como os “bons costumes”. Pois, para a decisão a respeito da questão sobre o que tais mandamentos sociais exigem no caso concreto, tem-se que, em primeiro lugar, partir do conjunto de concepções axiológicas, as quais um povo alcançou numa certa época de seu desenvolvimento cultural e que foram fixadas em sua Constituição. Por isso foram as cláusulas gerais com propriedade alcunhadas de “pontos de entrada” (Einbruchstellen) dos direitos fundamentais no direito civil (Dürig, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner, *die Grundrechte*, Tomo II, p. 525).

O juiz tem que, por força de mandamento constitucional, julgar se aquelas normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental da forma descrita; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta desta influência junto à interpretação e aplicação daquelas normas. Este é o sentido da vinculação do juiz cível aos direitos fundamentais (Art. 1, III, GG). Se ele falhar na aplicação destes critérios e se sua sentença se basear na inobservância desta influência constitucional sobre as normas de direito civil, ele irá não somente infringir o direito constitucional objetivo, na medida em que ignorará o conteúdo da norma de direito fundamental (enquanto norma objetiva), mas também violará, por meio de sua decisão e uma vez investido do poder público, o direito fundamental a cuja observância pelo Judiciário o cidadão também tem o direito subjetivo constitucional. Contra uma tal decisão, o Tribunal Constitucional Federal pode ser acionado pela via da Reclamação Constitucional

sem afetar o afastamento do erro de direito [que é da competência exclusiva das instâncias ordinárias] pelas instâncias cíveis. O tribunal constitucional tem que julgar se o tribunal ordinário avaliou de maneira procedente o alcance e a eficácia dos direitos fundamentais na área do direito civil. Disso resulta ao mesmo tempo a limitação de seu exame revisional: não é da competência do tribunal constitucional julgar as decisões dos juízes cíveis em sua plenitude no que tange a erros de direito; o Tribunal Constitucional precisa avaliar tão-somente o chamado “efeito de radiação” (Ausstrahlungswirkung) dos direitos fundamentais no direito civil e fazer valer também para aquele ramo jurídico o conteúdo axiológico da prescrição constitucional. O sentido do instituto da Reclamação Constitucional é fazer com que todos os atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possam ser avaliados no que tange à sua consonância com os direitos fundamentais (§ 90 BVerfGG). Tampouco o Tribunal Constitucional Federal é competente para agir contra os tribunais cíveis enquanto instância revisional ou mesmo super-revisional; tampouco pode ele isentar-se em geral do exame superveniente destas decisões e passar ao largo de uma em si já praticada inobservância de normas e critérios de direito fundamental.

2. A problemática da relação dos direitos fundamentais com o direito privado parece colocada de maneira diferente no caso do direito fundamental da livre expressão do pensamento (Art. 5 GG). Esse direito fundamental é garantido pela Constituição – assim como o fora na Constituição de Weimar (lá, pelo seu Art. 118) somente dentro dos limites das “leis gerais” (Art. 5, II, GG). Mesmo antes de perscrutar quais leis são “leis gerais” neste sentido, poder-se-ia defender a posição de que em tal caso a Constituição mesma, por meio da remição ao limite das leis gerais limitou, desde o início, a vigência dos direitos fundamentais àquela área à qual os tribunais, por sua interpretação destas leis, ainda os deixa. A conclusão desta interpretação precisaria ser aceita, ainda que ela representasse uma limitação do direito fundamental, não podendo, por isso, jamais ser considerada como uma “violação” do direito fundamental.

Este não pode ser, no entanto, o sentido da referência às “leis gerais”. O direito fundamental à livre expressão do pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes (un des droits les plus précieux de l’homme, segundo o Art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ele é elemento constitutivo, por

excelência, para um ordenamento estatal livre e democrático, pois é o primeiro a possibilitar a discussão intelectual permanente, a disputa entre as opiniões, que é o elemento vital daquele ordenamento. (BVerfGE 5, 85 [205]). Ele é, num certo sentido, a base de toda e qualquer liberdade por excelência, “the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom” (Cardozo).

Deste significado primordial da liberdade de expressão do pensamento resulta para o Estado livre e democrático que, partindo da visão deste sistema constitucional, não seria procedente deixar o alcance material, principalmente deste direito fundamental, passível de qualquer relativização por parte da lei ordinária (e com isso necessariamente por meio da jurisprudência dos tribunais que interpretam as leis). Pelo contrário, aqui também vale o princípio que foi acima desenvolvido genericamente para a relação dos direitos fundamentais com o ordenamento de direito privado: as leis gerais precisam ser interpretadas, no que tange ao seu efeito limitador dos direitos fundamentais, de tal forma a garantir que o conteúdo axiológico deste direito, que, na democracia liberal, fundamenta uma presunção a favor da liberdade do discurso em todas as áreas, vale dizer, sobretudo na vida pública, seja sempre protegido. A relação recíproca entre o direito fundamental e a “lei geral” não deve ser entendida, portanto, como uma limitação unilateral da vigência do direito fundamental por meio das ‘leis gerais’; ocorre, pelo contrário, um efeito de troca recíproca ou sinalagmático (*Wechselwirkung*) no sentido de que se as “leis gerais” colocam, de um lado, limites ao direito fundamental segundo o teor do dispositivo constitucional, por outro, elas mesmas precisam ser por sua vez interpretadas e, devido ao reconhecimento do significado axiológico deste direito fundamental no Estado livre e democrático, limitadas naqueles pontos nos quais manifestarem seus efeitos limitadores do direito fundamental. (...).

3. O conceito da “lei geral” sempre foi controverso. Não se faz necessário saber se o termo chegou ao Art. 118 da Constituição de 1919 (*Weimarer Reichsverfassung*) por causa de um lapso de redação (cf. sobre isso: Häntzchel, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, 1932, Tomo II, p. 658). Em todo caso, ele foi interpretado, durante o período de vigência daquela Constituição, de tal sorte que sob o termo deveriam ser entendidas todas as leis que “não proibissem uma opinião em si, que não se voltassem contra a expressão da opinião em si”, mas que, ao contrário, “servissem à proteção de um bem jurídico por excelência, sem ocupar-se de uma opinião específica”, que servissem à proteção de um valor coletivo que tivesse prevalência

sobre a liberdade de expressão (cf. a junção das formulações de conteúdo convergentes feita por Klein e v. Mangoldt, op. cit., p. 250 s., assim como as “Publicações da Associação dos Professores Alemães de Direito Público” – Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer, Vol. 4, 1928, p. 6 et seq., principalmente p. 18 et seq., 51 et seq.). A esta tese anuem também os intérpretes da Grundgesetz (cf. Ridder, in: Neumann – Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte, Tomo II, p. 282: “Leis que não inibam o puro efeito da pura expressão do pensamento”). Em sendo o conceito de “leis gerais” assim entendido, então conclui-se como sendo o sentido da proteção do direito fundamental, resumidamente, o seguinte:

A concepção segundo a qual somente a expressão de uma opinião é protegida pelo direito fundamental, mas não o efeito pretendido sobre as outras pessoas por meio dela, tem que ser recusada. O sentido da expressão da opinião é justamente deixar o “efeito intelectual atuar sobre o meio”, “mostrar-se convincente e formador de opinião frente à coletividade” (Häntzchel, HdbDStR II, p. 655). Por isso é que os juízos de valor, que sempre têm um efeito intelectual, isto é, objetivam o convencimento dos interlocutores, são protegidos pelo Art. 5 I 1 GG; a proteção do direito fundamental se baseia, em primeira linha, no posicionamento do falante que expressa um juízo de valor, por meio do qual ele procura influenciar outras pessoas. Uma separação entre expressão protegida e efeito não protegido da expressão não faria sentido.

A assim entendida expressão da opinião como tal, ou seja, no seu efeito puramente intelectual, é livre. Se por ela, entretanto, um bem jurídico de outra pessoa, protegido por lei, cuja proteção merece a prevalência em face da liberdade de expressão, for violado, então a intervenção não deixará de ser permitida, porque ela se efetivou por meio de uma expressão de opinião. Faz-se necessário proceder a uma “ponderação de bens jurídicos”:

O direito da liberdade de expressão não pode [no caso concreto, n. do org.] se impor, se interesses dignos de proteção de outrem e de grau hierárquico superior forem violados por intermédio do exercício da liberdade de expressão. Para se verificar a presença de tais interesses mais importantes, tem-se que analisar todas as circunstâncias do caso.

4. Partindo deste entendimento, não existe problema em reconhecer também, em relação a normas de direito civil, a qualidade de “leis gerais” na acepção do Art. 5 II

GG. Se isso ainda não aconteceu na literatura (o que também fora apontado por Klein, v. Mangoldt, op. cit., p. 251), quer dizer que os autores só viam os direitos fundamentais em seu efeito havido entre o cidadão e o Estado, pois coerentemente com essa postura só eram consideradas leis gerais limitadoras aquelas que regravam a ação do Estado em face do indivíduo, ou seja, leis de direito público. Se, no entanto, o direito fundamental da livre expressão do pensamento também tem um efeito nas relações jurídicas de direito privado, e sua importância se revela aqui em prol da admissibilidade de uma expressão do pensamento também em face de cada co-cidadão, então precisa ser também observado de outro lado o eventual efeito contrário, qual seja: o efeito limitador do direito fundamental, próprio de uma norma de direito privado, desde que ela exista para a proteção de bens jurídico superiores. Não se poderia aceitar o fato de prescrições do direito civil que protejam a honra ou outros bens jurídicos substanciais da personalidade humana não poderem ser consideradas suficientes para colocar limites ao exercício do direito fundamental da livre expressão do pensamento sem que, para o mesmo propósito, prescrições penais tivessem que ser fixadas. O reclamante teme que, através da limitação da liberdade da expressão em face de um indivíduo, se pudesse trazer o risco de o cidadão ver a sua possibilidade de influenciar a opinião pública pela expressão de sua opinião reduzida a um grau ínfimo e por isso a liberdade indispensável da discussão pública de questões importantes para a coletividade não restaria mais garantida. Este perigo existe de fato (v. a respeito Ernst Helle, *Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht*, 1957, p. 65, 83-85, 153). Para enfrentá-lo, não é necessário, entretanto, que o direito civil seja no geral tirado deste grupo das leis gerais. Necessário é aqui também tão-somente que o conteúdo de liberdade do direito fundamental seja defendido com consequência. O direito fundamental terá que pesar na balança, sobretudo naqueles casos em que seu uso não se realizar em função de desentendimentos privados, mas naqueles casos nos quais aquele que se expressa quer, em primeira linha, contribuir para a formação da opinião pública de modo que o eventual efeito de sua expressão nas relações jurídicas privadas de um outro seja somente uma consequência inevitável, mas não represente o escopo por excelência de sua expressão. Justamente neste contexto é relevante a relação entre o propósito e o meio. A proteção de bem jurídico privado pode e deve ser afastada quanto mais a expressão não for diretamente voltada contra este bem jurídico privado, nas relações privadas,

principalmente nas relações econômicas e na busca de objetivos egoísticos, mas, pelo contrário, se trate de uma contribuição para a luta intelectual das opiniões no contexto de uma questão essencial para a opinião pública, feita por uma pessoa legitimada para tanto; neste ponto existe a presunção pela admissibilidade da livre expressão.

Conclui-se, portanto: mesmo decisões de um juízo cível, que com fundamento em “leis gerais” do direito civil chegue, em conclusão, a uma limitação da liberdade de expressão, podem violar o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG. Também o juiz cível tem que sempre ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral para aquele que por meio da expressão fora supostamente ferido. A decisão só pode brotar desta visão completa do caso concreto, observando-se todos os fatores substanciais. Uma ponderação incorreta pode violar o direito fundamental e assim fundamentar a Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal.

III.

O julgamento do presente caso a partir das exposições gerais supradesenvolvidas traz como conclusão que a arguição do reclamante é fundamentada (...).

1. (...).

2. (...).

Para a solução da questão de se saber se a convocação ao boicote segundo esses critérios é imoral [“sittenwidrig” – por violar os “bons costumes”], faz-se necessário verificar os motivos, o objetivo e a finalidade das expressões. Além disto, deve-se examinar se o reclamante, na busca de seus objetivos, não ultrapassou a medida necessária e adequada do comprometimento dos interesses de Harlan e das sociedades cinematográficas.

a) Com certeza não têm os motivos que levaram o reclamante às suas expressões nada de imoral. O reclamante não perseguiu nenhum interesse de natureza econômica; ele não se encontrava em uma relação de concorrência nem com as sociedades cinematográficas, nem com Harlan. Até mesmo o tribunal estadual verificou, em sua decisão nos autos do processo da ação cautelar, que a audiência não revelou nada no sentido de se concluir que o reclamante teria agido em função de “motivos indignos ou egoísticos”. Isto não foi contestado por nenhuma das partes.

b) O objetivo das expressões do reclamante foi, como ele mesmo afirma, impedir que Harlan se firmasse como representante significativo da cinematografia alemã;

ele queria impedir que Harlan fosse de novo apresentado como criador de filmes alemães e com isso surgisse a impressão de que um novo crescimento da cinematografia alemã tivesse que ser necessariamente ligado à pessoa de Harlan. Os tribunais não podem julgar se a fixação deste objetivo é aceitável do ponto de vista material, mas tão-somente se a sua manifestação na forma escolhida pelo reclamante fora juridicamente admissível.

As expressões do reclamante precisam ser observadas no contexto de suas intenções políticas gerais e de política cultural. Ele agiu em função da preocupação de que o retorno de Harlan pudesse ser interpretado – sobretudo no exterior – como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado desde o tempo nacional-socialista: Como naquele tempo, Harlan seria também novamente o diretor representativo da cinematografia alemã. Estas preocupações correspondiam a uma questão muito substancial para o povo alemão; em suma: a questão de sua postura moral e sua imagem no mundo naquela época. Nada comprometeu mais a imagem alemã do que a perseguição maldosa dos judeus pelo nacional-socialismo. Existe, portanto, um interesse decisivo de que o mundo saiba que o povo alemão abandonou essa postura e a condena, não por motivos de oportunismo político, mas por causa do reconhecimento de sua hediondez, reconhecimento este firmado sobre uma guinada axiológica intrínseca.

c) – d)(...).

IV.

O Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG. Portanto, deve ser revogada.