

DIREITO CIVIL E CONSTITUIÇÃO: UM BREVE PANORAMA ALEMÃO

PRIVATE LAW AND CONSTITUTION: A BRIEF GERMAN PANORAMA

CHRISTOPH A. KERN

Catedrático de Direito Privado da Universidade Ruprecht-Karl de Heidelberg (Alemanha).
sekretariat.kern@ipr.uni-heidelberg.de

TRADUÇÃO POR MÁRCIO FLAVIO MAFRA LEAL

Pós-Doutor e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Friburgo, Alemanha (2009). Juiz Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Foi Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
mafra68@yahoo.com

ÁREAS DO DIREITO: Civil, Constitucional

RESUMO: O texto faz uma breve exposição da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Alemanha (*Drittwirkung*), quando um particular exige a observância desses direitos de índole constitucional por parte de outro particular, normalmente em relação jurídica paritária e sem subordinação, como nas relações negociais civis. O texto procura demonstrar que a Ciência do Direito alemã optou por uma eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais, especialmente na interpretação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, e mostra os principais casos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão em que tal eficácia indireta foi reconhecida.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Alemanha - *Drittwirkung* - Cláusulas gerais.

ABSTRACT: The paper provides a brief overview of the so-called "third-party effect" (*Drittwirkung*) of fundamental rights in the private sphere in Germany. First and foremost, the fundamental rights embedded in the German Constitution are rights which apply in the relationship between citizens and the State; in other words, they have a "vertical" effect. However, German academics and courts have since long concluded that fundamental rights also influence the relationships between citizens, the "horizontal" effect. This "horizontal" effect is not a direct one, though: According to the general opinion of courts and academics, citizens cannot, in their relationships between each other, invoke a fundamental right as if it were a provision of the civil code. Yet fundamental rights must be considered in the interpretation of the rules of private law, and in particular with respect to the interpretation of general clauses and broad legal concepts. This is illustrated with landmark cases of the German Federal Constitutional Court.

KEYWORDS: Third-party effect in Germany - *Drittwirkung* - General clauses.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Interação imediata entre Direito Civil e Constitucional. III. Direitos fundamentais como parâmetro para as normas civilistas. 1. Constitucionalidade de leis em geral. 2. Permanente importância do controle dos direitos fundamentais. 3. Exemplos. a) Direito de família e o princípio da igualdade. b) Estatuto do casamento e a liberdade de casar. c) Determinação de paternidade. d) Resumo. IV. O efeito sobre terceiros dos direitos fundamentais. 1. A dimensão de defesa dos direitos fundamentais contra o Estado como ponto de partida. 2. A teoria da eficácia horizontal direta. 3. A ideia de uma eficácia horizontal indireta ou mediata. 4. Exemplos. a) Liberdade de expressão – o caso "Lüth": Um caso paradigmático da jurisprudência constitucional alemã é o chamado "caso Lüth". Para sua melhor compreensão, deve-se fazer uma pequena digressão. b) Fiança para pessoas entre si relacionadas. c) Violações aos direitos gerais de personalidade. d) "A criança como dano". e) Resumo. V. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

O título deste artigo une dois conceitos com a conjunção "e", o que indica que há algo em comum entre ambos. Entretanto, não se trata de uma relação que pode ser estabelecida facilmente. Isso se aplica especialmente para o tema "Direito Civil e Constituição".

O Direito Civil refere-se às pessoas privadas; ele disponibiliza o arcabouço básico para a interação de sujeitos autônomos e paritários em uma economia de mercado livre. Para as pessoas físicas, o Direito Civil compreende, ainda, a vida privada no âmbito familiar, como no casamento, na relação entre pais e filhos e na adoção, bem como na sucessão *causa mortis*.

O Direito Constitucional abriga as normas fundamentais para o ordenamento de uma comunidade estatal. Nas modernas constituições, trata-se da organização do Estado e dos direitos fundamentais dos cidadãos, normalmente formulados como direitos de liberdade frente ao Estado.

À primeira vista, os objetos do Direito Civil e do Direito Constitucional são diversos. Mas isso não é completamente verídico. Qual relação existe, afinal, entre esses dois âmbitos jurídicos?

II. INTERAÇÃO IMEDIATA ENTRE DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL

O Direito Civil e o Constitucional intervêm um no outro de forma pontual. Esse é o caso, na Alemanha, por exemplo, da responsabilidade civil do Estado: § 839, inc. 1º, do BGB (Código Civil alemão)¹, uma clara norma civilista, que

1. *Bürgerliches Gesetzbuch*, o Código Civil alemão de 18.08.1896, Diário Oficial do Império, 1896, p. 195, em vigor desde 1º.01.1900 (daqui em diante, BGB).

KERN, Christoph A. Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão. Trad. Márcio Flavio Mafra Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

determina a responsabilidade pessoal do servidor público, que dolosa ou culposamente viola o dever de ofício a ele atribuído frente a um terceiro. Se apenas o servidor fosse responsabilizado, o lesado estaria dependente de esse agente público possuir patrimônio pessoal suficiente para indenizar os danos que lhe foram perpetrados. Em razão disso ordena a “Lei Fundamental”, como é chamada a Constituição alemã², em seu art. 34, inc. 1º, que, pelos danos causados por um servidor público, a responsabilidade compete basicamente ao Estado ou ao ente público para o qual o funcionário presta o seu serviço.

Uma regra clássica de natureza civilista também é o art. 9º, inc. 3º, frase 2, da GG. Conforme esse dispositivo, são nulas as convenções tendentes a restringir ou a impedir o direito de se constituírem associações destinadas a assegurar e promover melhores condições econômicas e de trabalho. Se o contrato de trabalho contiver uma cláusula que proíba ao empregado o ingresso em um sindicato, ela será nula;³ o empregado pode, portanto, se associar sem violar o contrato de trabalho.

Finalmente, o empregado⁴ que postula uma cadeira no Parlamento, conforme o art. 48, inc. 1º, da GG, tem o direito a se licenciar e se preparar para a eleição. Segundo o inc. 2º, frase 2, do mesmo artigo, não se admite a despedida ou a rescisão do contrato de trabalho se o empregado assumir e exercer o mandato parlamentar.

Os casos de tal interação direta entre Direito Civil e Constituição são, todavia, raros – como sugere o Direito Constitucional comparado, que nesse aspecto só pode identificar semelhanças esparsas – e devem-se mais a coincidências históricas do que a rigor dogmático. Se parássemos aí, não teríamos muito que dizer sobre o tema Direito Civil e Constituição. Porém, não é bem assim. Muito pelo contrário, o Direito Constitucional chama o Direito Civil à responsabilidade de duas formas: em primeiro lugar, os direitos fundamentais estabelecem exigências abstratas a serem cumpridas pelas normas de Direito Civil. Por outro lado, os direitos fundamentais atuam, conforme a dogmática alemã atual, sob a forma da chamada eficácia sobre terceiros (*Drittwirkung*) nas relações jurídicas civis concretas entre particulares. Sobre esses efeitos constitucionais e, especialmente, dos direitos fundamentais, vamos em seguida tratar com mais detalhe.

2. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, a Lei Fundamental alemã, Diário Oficial da República Federal, 23.05.1949, p. 1 (daqui em diante, GG).

3. Exemplo de *Guckelberger*, JuS 2003, 1151, 1152.

4. “Empregado” deve aqui ser entendido em sentido amplo, pois o art. 48 da GG se aplica a todos.

KERN, Christoph A. Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão. Trad. Márcio Flavio Mafra Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

III. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO PARA AS NORMAS CIVILISTAS

1. *Constitucionalidade de leis em geral*

É uma obviedade que normas de Direito Civil – como todas as outras – devem ser formal e materialmente constitucionais. A constitucionalidade formal, relacionada à formação da norma no processo legislativo, não traz nenhum interesse para a relação entre a Constituição e o Direito Civil como tal. Já a constitucionalidade material é diferente. Aqui se deve, sobretudo, perguntar se uma norma é compatível com os direitos fundamentais.

2. *Permanente importância do controle dos direitos fundamentais*

Poder-se-ia pensar que a conformidade das normas de Direito Civil com a Constituição ganhara alguma importância nos primeiros anos da República Federal Alemã, pois, nesse período, existiam praticamente só leis ordinárias anteriores à promulgação da Lei Fundamental – e que hoje é raro deparar-se com uma norma civilista com ela incompatível, tornando o tema “Direito Civil e Constituição” apenas de interesse histórico. Tal pressuposição não é de todo incorreta, mas seria prematura. Afinal, não há um controle de constitucionalidade completo de todas as normas pré-constitucionais, tampouco a compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais é de tal modo estática, que um exame já realizado tenha sempre de prevalecer. Sobretudo novas leis civilistas ou a falta de uma disciplina legal exigível podem efetivamente violar direitos fundamentais.

3. *Exemplos*

Alguns exemplos da história da Lei Fundamental e da jurisprudência da Corte Constitucional devem esclarecer esse ponto.

a) *Direito de família e o princípio da igualdade*

O art. 3º, inc. 2º, frase 1, da GG diz: “homens e mulheres têm direitos iguais.” Esta curta sentença foi altamente controversa no Conselho Parlamentar – grêmio que de 1º de setembro 1948 a 8 de maio de 1949 elaborou a Lei Fundamental. Primeiro, a proposta de *Elisabeth Selberts*, uma das apenas quatro representantes femininas dos setenta membros do Conselho, foi rejeitada pela maioria⁵. Após

5. 17ª. Sessão da Comissão Principal de 17.12.1948 (Conselho Parlamentar 1948-1949, Arquivos e Protocolos, v. 14/1, Munique, 2009, p. 517).

KERN, Christoph A. Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão. Trad. Márcio Flavio Mafrá Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

uma mobilização pública, a frase foi finalmente integrada à Constituição⁶, embora se tenha previsto no art. 117, inc. 1º, da GG uma *vacatio legis* até 31 de março de 1953 para entrar em vigor⁷, a fim de evitar a imediata nulidade de várias disposições do BGB e de outras leis. Com isso, deu-se tempo ao legislador para adaptar as normas tradicionais à nova situação constitucional. O legislador, no entanto, não cumpriu o prazo de reforma estipulado. Em 18 de dezembro de 1953, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que, desde o fim daquele prazo, homens e mulheres eram iguais em matéria de casamento e família⁸. Assim, normas ofensivas à igualdade tornaram-se inaplicáveis, e os operadores do direito tiveram de encontrar, sem orientação na legislação ordinária, em cada caso concreto, por meio “integrativo de colmatação” de lacunas⁹, uma solução que correspondesse ao mandamento isonômico. Essa situação jurídica durou até a promulgação do Estatuto da Igualdade, no ano de 1957¹⁰. Entretanto, mesmo a nova posição legal criada pelo Estatuto da Igualdade não atendeu plenamente às exigências constitucionais. Isso porque, com a prevalência da decisão paterna, no caso de desacordo entre pai e mãe em matéria de poder parental,¹¹ e a representação legal dos filhos somente pelo pai¹², inseriam-se preceitos violadores da isonomia. O Tribunal Constitucional Federal declarou tais disposições nulas, mas somente dois anos depois¹³. Os tribunais foram novamente chamados a decidir casos importantes sem parâmetro em legislação ordinária conforme a Constituição. Só mais tarde o legislador converteu as soluções da jurisprudência em formato legal¹⁴.

A igualdade foi desenvolvida de forma mais vacilante ainda nas regras sobre o direito de nome de família. Originalmente, o nome de família e do casal era o do marido. Com o Estatuto da Igualdade de 1957, a mulher ganhou o direito de

6. *Franzius*, Bonner Grundgesetz und Familienrecht, Frankfurt/Main, 2005, p. 27.

7. “O direito contrário ao art. 3º, inc. 2º, permanece em vigor até ser adaptado a esta disposição da Lei Fundamental, mas não após 31 de março de 1953.”

8. BVerfG, acórdão de 18.12.1953, 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225.

9. BVerfG (nota de rodapé 8), juris-Tz. 41.

10. Estatuto da Igualdade de Direitos entre o Homem e Mulher em Direito Civil (“*Gleichberechtigungsgesetz*”) de 18.06.1957, Diário da República Federal. I, p. 609.

11. § 1628, inc. 1º, frase 1, do BGB (versão revogada do Estatuto da Igualdade de 1957).

12. § 1629, inc. 1º, BGB (versão revogada do Estatuto da Igualdade de 1957).

13. BVerfG, acórdão de 29.07.1959, 1 BvR 205/58, BVerfGE 10, 59.

14. §§ 1628 e 1629 (versão revogada da Lei de Reforma da Guarda Parental, v. Diário da República Federal I, p. 1061).

deixar o seu nome de solteira após o casamento¹⁵. Somente a partir de 1977 pôde o nome do casal ser tanto o do marido quanto o da esposa¹⁶; atualmente podem ambos manter os seus nomes de solteiros¹⁷. A discussão constitucional em torno do nome de família ainda prossegue. Em 2004, o Tribunal Constitucional Federal considerou a proibição em se optar pela manutenção do nome de família obtido no casamento anterior, em caso de novas núpcias, uma violação ao direito de personalidade e da isonomia¹⁸. O Tribunal determinou ao legislador a criação de uma lei até 31 de março de 2005 e foi atendido¹⁹. Entretanto, a limitação efetuada pelo BGB de se utilizarem nomes de família duplos ou múltiplos foi considerada recentemente conforme a Constituição pelo Tribunal²⁰.

De modo geral, o direito de casamento, família e de nome de família no BGB estão bem longe de se “pacificarem”.

b) *Estatuto do casamento e a liberdade de casar*

Não apenas o Direito Civil alemão, mas também os preceitos de Direito Internacional Privado e a aplicação do direito estrangeiro por eles reenviados são aferidos conforme os direitos fundamentais no caso concreto. O acórdão mais importante nessa área foi a chamada “decisão do espanhol” do Tribunal Constitucional em 1971²¹.

Segundo a antiga regra alemã de Direito Internacional Privado, a questão dos requisitos relativos à capacidade dos nubentes para o casamento era julgada conforme o direito do país de origem. Os fatos relativos ao acórdão referiam-se a um espanhol e a uma alemã que pretendiam se casar. A alemã já tinha sido casada na Alemanha e o seu divórcio foi julgado por um tribunal também

15. § 1355, frase 2, do BGB versão revogada do Estatuto da Igualdade de 1957.

16. § 1355, inc. 2º, frase 1, do BGB (versão revogada da primeira Lei de Reforma do Direito de Família e do Casamento (1. EheRG) de 14.06.1976, v. Diário da República Federal I, p. 14210.

17. § 1355 do BGB (versão revogada da Lei de Reforma do Direito sobre o Nome de Família (Lei do Nome de Família – FamNamRG) de 16.12.1993, Diário da República Federal I, p. 2054).

18. BVerfG, acórdão de 18.02.2004, 1 BvR 193/97, BVerfGE 109, 256.

19. Lei de Reforma do Direito de Nome do Casamento e União Estável de 06.02.2005, Diário da República Federal I, 203.

20. BVerfG, acórdão de 05.05.2009, 1 BvR 1155/03, BVerfGE 23, 90.

21. BVerfG, decisão de 04.05.1971, 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58.

alemão. O espanhol requereu a isenção da certidão que atestasse capacidade de casar²²; esse pedido foi, todavia, rejeitado sob o fundamento de que o direito espanhol não reconhecia o divórcio, de modo que ele não poderia se casar validamente com uma mulher divorciada, mesmo no exterior.

A Corte Constitucional estabeleceu claramente, em primeiro lugar, que as normas de conflito de DIPri alemãs, por serem direito interno, submetiam-se integralmente ao exame de compatibilidade com os direitos fundamentais. Além disso, decidiu que o reenvio a direito material estrangeiro não tinha por consequência a inaplicabilidade dos direitos fundamentais alemães. A Corte rejeitou, com isso, a opinião segundo a qual o alcance pessoal e territorial do Direito Constitucional seria delimitado pelas normas de DIPri e que os direitos fundamentais só teriam relevância num quadro restritivo de controle da ordem pública. Em suas razões, o Tribunal Constitucional estabeleceu que a aplicação dos direitos fundamentais não depende da maneira como uma determinada matéria estivesse disciplinada por lei ordinária, inclusive normas de colisão, mas decorre diretamente das próprias normas constitucionais. Nisso, não há extensão indevida do âmbito de validade da Constituição, pois objeto de controle constitucional foi apenas o ato jurídico interno do poder público alemão.

No caso concreto, o Tribunal considerou que, embora as normas de DIPri alemão fossem compatíveis com o art. 6º, inc. 1º, da GG — que protege a liberdade de núpcias —, a consequente aplicação do direito espanhol violava justamente esse direito fundamental de ambos os nubentes. Isso é construtivo se a questão da continuidade de um casamento dissolvido pelo divórcio não for tomada de outro modo, seja reconhecendo nos direitos fundamentais uma barreira à aplicação direta das normas alemãs sobre colisão de direitos, seja pelo emprego da regra da *ordre public*, que deve ser compreendida “como ‘ponto de abertura’ dos direitos fundamentais no Direito Internacional Privado”.

Como consequência, mudou-se a interpretação da *ordre public* para uma consideração integral dos direitos fundamentais. Por outro lado, o Tribunal Constitucional declarou nulas diversas regras sobre conflito de normas que unilateralmente impunham o direito do país de origem do marido.²³ O legislador aproveitou essa oportunidade em 1986 para reformar o DIPri alemão. Para o casamento, pode-se agora, sob determinados pressupostos, aplicar o direito

22. § 1309 BGB (antes, § 10 EheG).

23. BVerfG, decisão de 22.02.1983, 1 BvL 17/81, BVerfGE 63, 181; de 08.01.1985, 1 BvR 830/83, BVerfGE 68, 384.

KERN, Christoph A. Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão. Trad. Márcio Flavio Mafra Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

alemão se, conforme o direito do país de origem dos nubentes, o casamento não possa ser celebrado²⁴. Com o reconhecimento do divórcio em todos os membros da UE – finalmente em Malta em 2011 – essa norma perdeu, no entanto, o seu significado prático.

c) *Determinação de paternidade*

Inovações tecnológicas podem também ser causa de eficácia constitucional no direito privado. Exemplo atual é o teste de paternidade por exame de DNA, que hoje está disponível e é relativamente barato.

Um homem pretendeu por meio da ação de nulidade de paternidade – que, no direito alemão, é proposta contra o filho – a declaração de não ser o pai de determinada criança. Ele se baseou no resultado de um teste de DNA pelo qual ele, com 100% de segurança, não podia ser o pai da criança-ré. Ele providenciou o teste sem conhecimento e concordância da mãe, que, por sua vez, criava o filho sozinha. Ele afirmou que a base material para o teste tinha sido a sua própria saliva e uma goma de mascar usada pelo filho. O Superior Tribunal de Justiça alemão (BGH) considerou o teste de DNA às escondidas uma violação ao direito de personalidade na modalidade direito à autodeterminação das próprias informações (art. 2º, inc. 1º, da GG) e, assim, inadmitiu a sua apreciação como meio de prova²⁵. O Tribunal Constitucional Federal confirmou esse acórdão, mas incumbiu ao legislador a criação de um processo próprio e adequado para a declaração de paternidade, a fim de implementar o direito do pai de saber se o filho, de fato, procede dele próprio (art. 2º, inc. 1º c/c art. 1º, inc. 1º, da GG)²⁶. O legislador satisfez à incumbência por meio da promulgação de lei respectiva²⁷.

d) *Resumo*

Os exemplos acima ilustram como os direitos fundamentais atuam permanentemente sobre as normas de Direito Civil. Não é coincidência que os exemplos decorrem todos da seara do direito de família em seu sentido mais amplo,

24. O art. 13, inc. 2º, da EGBGB, versão revogada da Lei de Reforma do Direito Internacional Privado de 25.07.1986, Diário da República Federal I, p. 1142.

25. BGH, acórdão de 12.01.2005, XII ZR 227/03, BGHZ 162, 1.

26. BVerfG, acórdão de 13.02.2007, 1 BvR 421/05, BVerfGE 117, 202.

27. Lei de Esclarecimento da Paternidade Independentemente de Processo de Anulação de 26.03.2008, Diário da República Federal I, p. 441.

pois exatamente aqui se experimentou uma forte mudança de valores nas últimas décadas, principiada pelo desenvolvimento social, pelas imposições dos direitos fundamentais e, ainda, pelo progresso tecnológico, que foram se incorporando gradualmente em lei ordinária.

Por outro lado, em nenhuma área específica do valorativamente dependente e sensível direito de família se constata o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso não surpreende, pois se trata aqui da interpretação e da aplicação do direito infraconstitucional em casos concretos e não de controle de constitucionalidade abstrato de normas. Com esse pensamento em mente, vamos agora tratar mais de perto do efeito sobre terceiros dos direitos fundamentais.

IV. O EFEITO SOBRE TERCEIROS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora na Constituição de Weimar de 1919²⁸ já estivessem estatuídos direitos fundamentais²⁹, a ideia de uma eficácia horizontal destes na relação entre particulares – logo, no mais essencial objeto de disciplinamento do Direito Civil – só pôde se concretizar sob a vigência da Lei Fundamental de 1949.

1. *A dimensão de defesa dos direitos fundamentais contra o Estado como ponto de partida*

A ideia de um efeito horizontal não é de modo algum evidente. Afinal, segundo a sua concepção, os direitos fundamentais são primeiramente direitos de liberdade e de defesa contra o Estado. Como tais, eles são arquitetados a partir de uma relação vertical de superioridade de um sobre o outro. Nessa relação, eles pretendem assegurar um espaço de liberdade aos cidadãos inferiorizados. Intervenções estatais no âmbito de proteção de um direito fundamental se submetem, conforme a dogmática alemã, a um exame de proporcionalidade: elas são conformes à Constituição somente se a medida estatal servir a uma finalidade legítima, se for adequada para atingir tal objetivo e, para isso, exige-se que não haja nenhuma outra medida equivalente mais branda e, em sentido estrito, proporcional, isto é, razoável.

Nas relações entre cidadãos juridicamente iguais entre si, essas reflexões não se ajustam facilmente. Para que os direitos fundamentais tivessem um papel mesmo nas relações privadas, era imperativo alargar o seu conteúdo: um efeito também contra terceiros, não apenas contra o Estado. O efeito vinculante dos direitos

28. Constituição do Império Alemão de 11.08.1919, Diário do Império 1919, p. 1383.

29. Segunda Parte: Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães, art. 109 e ss.

KERN, Christoph A. Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão. Trad. Márcio Flavio Mafrá Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

fundamentais, determinado pelo art. 1º, inc. 3º, da GG, dirigido aos tribunais e aos órgãos da jurisdição³⁰, não era suficiente. Obviamente não pairam dúvidas de que os tribunais estão vinculados aos direitos processuais fundamentais, como o contraditório³¹. Nesse aspecto, os tribunais, como parte do Estado, são destinatários diretos de tais normas constitucionais. Entretanto, deve-se aqui diferenciar isso do chamado conteúdo da decisão, quando os tribunais se vinculam aos direitos fundamentais para decidir a lide civil concreta posta. Essa vinculação dos tribunais não responde à questão da “aplicabilidade direta” de tais direitos nas relações entre particulares.

2. *A teoria da eficácia horizontal direta*

Na Ciência do Direito alemã foi defendido, logo após a entrada em vigor da Constituição, que os direitos fundamentais não eram apenas de defesa contra o Estado, mas teriam um efeito absoluto por conterem os valores mais caros da comunidade e, por isso, prevaleceriam nas relações entre particulares³². Não é de espantar que a “teoria do efeito imediato dos direitos fundamentais entre terceiros” teve como ponto de partida o direito trabalhista. Apesar da igualdade *jurídica* dos trabalhadores, mostra-se na *realidade da vida* uma relação de subordinação com o empregador, pondo em risco a liberdade do empregado.

A ideia de uma eficácia horizontal imediata suscitou, todavia, forte resistência, que argumentava com base na teoria do Estado e não na dogmática jusfundamentalista. Foi parte, assim, de uma discussão que expressava as inseguranças centrais da jovem República Federal diante do pano de fundo histórico alemão e da situação política mundial³³. Entretanto, estava-se de acordo, em vista das experiências com o nacional-socialismo, que a proteção da liberdade individual e da igualdade também deveria ser garantida no tráfego jurídico privado.

3. *A ideia de uma eficácia horizontal indireta ou mediata*

Nessa conjuntura, foi inovadora a ideia de uma eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais. Por essa tese, embora estes sejam, de fato, concebidos como

30. “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.”

31. Art. 103, inc. 1º, GG: “Todos têm direito ao devido processo perante o tribunal.”

32. Especialmente *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 124 e ss.; *Leisner*, *Grundrechte und Privatrecht*, Munique, 1960, p. 52 e ss.

33. Sobre isso, *Poscher*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 49 e ss.

KERN, Christoph A. Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão. Trad. Márcio Flavio Mafra Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

“direitos de defesa”, estabelecem ao mesmo tempo uma ordem valorativa objetiva, que deve ser considerada na interpretação e na aplicação do direito ordinário, especialmente na interpretação de cláusulas gerais de Direito Civil e conceitos jurídicos indeterminados como “boa-fé” ou “bons costumes”³⁴. Essa teoria fala, assim, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados como “portões de acesso” do Direito Constitucional. Quanto ao conteúdo, o cumprimento dos direitos fundamentais não se determina pela via de um teste de proporcionalidade, como é usual na função de defesa em relações verticais, mas com base na igualdade das partes por meio de uma ponderação de seus direitos fundamentais respectivos.

A doutrina dominante e a prática seguem essa opinião. É notável que, apesar do caráter dos direitos fundamentais como ordem de valores *objetiva*, se admite nesse caso a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), que exige a violação de uma posição jusconstitucional *subjativa*. Isso porque, conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a má compreensão do conteúdo (jurídico-objetivo) de um direito fundamental na interpretação e aplicação da legislação ordinária subjaz, ao mesmo tempo, uma violação do próprio direito fundamental. A intensidade do controle é somente reduzida: a Corte Constitucional examina apenas se um tribunal se baseou numa visão essencialmente equivocada sobre o significado de um direito fundamental, especialmente a extensão do seu âmbito de proteção³⁵.

4. Exemplos

Para melhor esclarecer, deve-se novamente complementar com alguns exemplos.

- a) *Liberdade de expressão – o caso “Lüth”*: Um caso paradigmático da jurisprudência constitucional alemã é o chamado “caso Lüth”. Para sua melhor compreensão, deve-se fazer uma pequena digressão³⁶.

No tempo do nacional-socialismo, foram produzidos na Alemanha filmes de propaganda, entre eles um antissemita de título “*O Judeu Süß*” (*Jud Süß*), que, com sua narrativa negativa do judaísmo, supostamente levaria o público alemão

34. Dürig, in: Maunz (ed.), *Festschrift für Hans Nawiasky*, Munique, 1956, p. 157, 176 ss.

35. Cf. p. ex. BVerfG, decisão de 10.06.1964, 1 BvR 37/63, BVerfGE 18, 85, 92 e ss.

36. V. também Frenzel, *Zugänge zum Verfassungsrecht*, p. 19 e ss.; Maik Raap, Veit Harlan-Prozess, in: FISCHER/LORENZ (ed.), *Lexikon der “Vergangenheitsbewältigung”*, Bielefeld, 2007. p. 96 e ss.

KERN, Christoph A. *Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão*. Trad. Márcio Flavio Mafrá Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

a concordar com as medidas de perseguição e repressão do regime contra os judeus. O diretor e roteirista deste filme foi Veit Harlan. Após a Segunda Guerra Mundial, Veit Harlan foi processado por participação em crimes contra a humanidade³⁷. No entanto, em abril de 1950, foi absolvido sob alegação de estado de necessidade, uma vez que não poderia se furtar a trabalhar no filme sem ameaça física e à própria vida. A primeira produção de Veit Harlan no pós-guerra foi o filme *Amada Imortal*, para o qual ele havia dirigido e escrito o roteiro.

Nesse contexto, o então diretor e chefe da Secretaria de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, como presidente do Clube de Imprensa Hamburguês, em discurso proferido em 20 de setembro de 1950, perante produtores e distribuidores de filmes e donos de cinema, exigiu-lhes “caráter” e enfatizou seus comentários numa carta aberta em que conclamou também o público alemão a um boicote. A produtora e a financiadora do filme *Amada Imortal* obtiveram uma medida cautelar contra o Sr. Lüth, pela qual foi proibida a convocação ao boicote por ele feita, com fundamento no § 826 do BGB. Segundo essa norma de responsabilidade civil, obriga-se a indenizar aquele que atentar dolosamente contra bons costumes; se houver ameaça de lesão, abre-se a possibilidade de pretensão inibitória.

Em reclamação constitucional impetrada pelo o Sr. Lüth, o Tribunal Constitucional Federal anulou a cautelar³⁸. O Tribunal *a quo* teria interpretado mal o sentido da liberdade de expressão (art. 5º, inc. 1º, frase 1, da GG). Ela deve ser considerada inclusive na relação entre particulares. Afinal, a ordem de valores objetiva, que o capítulo dos direitos fundamentais erige, forma um sistema axiológico que obviamente influencia também o Direito Civil; nenhum preceito civilista deve se colocar em contradição a ele e cada um deve ser interpretado sob esse espírito. Sobretudo as cláusulas gerais apresentam-se à jurisprudência para concretização da autoridade dos direitos fundamentais, que se refere, como o § 826 BGB, a parâmetros metacivilistas e até metajurídicos para o julgamento do comportamento humano a exemplo dos “bons costumes”.

Com esse acórdão, o Tribunal Constitucional Federal aderiu à doutrina da eficácia horizontal indireta. Assim, deu-se início a uma série de acórdãos de Direito Constitucional de importância central para o Direito Civil³⁹.

37. Art. II, inc. 1º, “c”, da Lei do Conselho de Controle n. 10 – Punição de pessoas culpadas de crimes de guerra, crimes contra a paz e contra a humanidade, de 20.12.1945.

38. BVerfG, acórdão de 15.01.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

39. V. sobre “alternativas” *Frenzel* (Nota de rodapé 36), p. 122 e ss.

KERN, Christoph A. Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão. Trad. Márcio Flavio Mafra Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

b) *Fiança para pessoas entre si relacionadas*

No âmago do Direito Civil, sobretudo o contratual, a Corte Constitucional interveio em 1993 com uma decisão sobre fiança entre parentes⁴⁰. Foi respectivamente grande a atenção que esse acórdão causou na doutrina civilista⁴¹. A sua ementa foi a seguinte:

“Os tribunais civis devem – especialmente na concretização e aplicação de cláusulas gerais como o § 138 e o § 242 do BGB – observar a garantia fundamental da autonomia privada do art. 2º, inc. 1º, da GG. Dela decorre o seu dever de controle do conteúdo de contratos que onerem demasiadamente um dos contratantes e que sejam o resultado de partes com capacidade negocial estruturalmente desiguais.”

Quanto aos fatos que deram base ao acórdão⁴², tratou-se de uma filha de 21 anos — e sem patrimônio — de um corretor de imóveis que afiançou todas as dívidas presentes e futuras do pai, incluindo aquelas sob condição e a termo, junto à Caixa Econômica. Inicialmente foi garantido apenas um empréstimo de 100.000 marcos; assim que o pai abandonou a atividade de corretagem e passou a operar como armador, recebeu ele um empréstimo adicional de 1,3 milhões de marcos para a aquisição de um navio. Tempo depois, a Caixa Econômica constituiu em mora todos os créditos dados ao pai e acionou também a filha como fiadora. Esses créditos alcançavam a essa altura a casa dos 2,4 milhões de marcos.

Os tribunais cíveis consideraram a fiança válida. Uma pessoa com mais de 18 anos, capaz perante a lei, sabe, mesmo sem experiência específica no tráfego jurídico, que prestar fiança acarreta o risco da responsabilização. No momento da fiança, a solvabilidade do devedor principal era boa. A evolução dos negócios do pai e os riscos de uma futura responsabilização deveriam ter sido acompanhados pela própria filha na qualidade de fiadora.

Para o Tribunal Constitucional esse fundamento não bastou. Ele se referiu ao risco de responsabilização extraordinariamente alto, pesado e difícil de prever e

40. BVerfG, decisão de 19.10.1993, 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214.

41. O banco de dados *juris* identifica pouco menos de 100 comentários e discussões sobre este acórdão, predominando os escritos por civilistas; v. na língua inglesa *Stürner/Kern*, in: *Festschrift Kerameus I*, Atenas, 2009, p. 1377, 1386 e ss.

42. O acórdão baseou-se, como mostram os dois diferentes números de protocolo, em dois processos da jurisdição cível, mas somente o caso ora exposto obteve êxito na reclamação constitucional.

sublinhou que, numa relação de subordinação tão pronunciada a um dos contratantes, é decisivo verificar de que maneira o contrato foi negociado e, especialmente, como se comportou o contratante em superioridade.

Desde então os tribunais cíveis realizam, sob o aspecto da ineficácia por violação aos bons costumes (§ 138, inc. 1º, do BGB), um minucioso controle do conteúdo de contratos de fiança⁴³. O ponto de partida é a questão da ocorrência de uma desproporção acentuada entre responsabilidade do fiador e sua capacidade atual ou potencial de cumprir a prestação (“onerosidade excessiva”). Num tal encargo financeiro, concorrem outras circunstâncias, especialmente a sua aceitação somente por vínculos emocionais com o devedor principal, sem interesse econômico próprio, ou com desequilíbrio intolerável na posição negocial das partes, como no mascaramento dos riscos da fiança, na inexperiência nos negócios ou na pressão psicológica. O elemento subjetivo necessário da ofensa aos bons costumes consiste no conhecimento ou na ignorância grosseiramente negligente do credor, porém, com requisitos para sua ocorrência minorados. Contrariamente ao Superior Tribunal de Justiça⁴⁴, o Tribunal Constitucional Federal rejeitou até mesmo a execução de sentenças exaradas antes do acórdão da Corte Constitucional ora em comento⁴⁵.

c) *Violações aos direitos gerais de personalidade*

Os tribunais cíveis têm, há muito, reconhecido, nas violações de direitos fundamentais atinentes à personalidade (art. 1º, inc. 2º, da GG), danos morais. Isso é importante, porque indenizações em dinheiro por danos imateriais podem ser exigidos, no direito alemão, “apenas nos casos, nos quais a lei determina” (§ 253, inc. 1º, do BGB). Falta, no entanto, uma regra legal explícita para tais situações.

Essa jurisprudência foi introduzida no chamado “caso dos cavaleiros”⁴⁶. Uma empresa farmacêutica fez uma publicidade de um medicamento para potência, exibindo a foto de um cavaleiro em um torneio sem o seu consentimento. O Superior Tribunal de Justiça decidiu aqui que a ofensa ao direito à personalidade

43. Um bom resumo por *Stadler*, in: JAUERNIG, BGB, 14. ed. Munique, 2011. § 765, margem 4 e ss., que a exposição segue.

44. BGH, acórdão de 11.07.2002, IX ZR 326/99, BGHZ 151, 316.

45. BVerfG, decisão de 06.12.2005, 1 BvR 1905/02, BVerfGE 115, 51.

46. BGH, acórdão de 14.02.1958, I ZR 151/56, BGHZ 26, 349.

KERN, Christoph A. Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão. Trad. Márcio Flavio Mafra Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

assemelha-se à privação da liberdade e, nessa hipótese, poder-se-iam conferir danos morais⁴⁷. O Tribunal confirmou assim, uma indenização ao cavaleiro fixada na instância inferior no para época alto valor de 10.000 marcos.

Nesse intervalo, a jurisprudência abandonou este fundamento um tanto caustico de semelhança com a privação da liberdade. Considera-se agora a pretensão de modo autônomo, que concretiza o direito fundamental do art. 1º, inc. 2º, da GG por meio de sanções civis⁴⁸. No cálculo da indenização, observa-se como fatores determinantes: a ideia de satisfação da vítima, de prevenção e a intensidade da violação dos direitos da personalidade, que podem variar conforme o caso. Reconheceu-se tal pretensão, p. ex., à filha de Caroline de Mônaco, hoje Hannover, e do príncipe Ernst August de Hannover, porque ela foi vista em fotografias dos pais sem a concordância destes⁴⁹. O Superior Tribunal de Justiça aperfeiçoou a jurisprudência a esse respeito no acórdão “Marlene Dietrich”, no sentido de que mesmo interesses comerciais pertencem ao direito geral de personalidade e esses componentes patrimoniais do direito de personalidade remanescem, em qualquer caso, após a morte do titular do direito, desde que seus interesses imateriais sejam ainda tuteláveis⁵⁰. O legislador deixou esse desenvolvimento baseado nos direitos fundamentais por parte dos tribunais expressamente intocados⁵¹ quando da reforma da responsabilidade civil em 2001/2002⁵².

d) “A criança como dano”

Por fim, é notável como os tribunais superiores alemães lidam com a questão sobre se o nascimento de um filho indesejado ou com deficiência e a oneração financeira dos pais decorrente disso pode caracterizar um dano, pelo qual o médico do tratamento é obrigado a indenizar⁵³. Aqui é particularmente problemático se a vinculação de uma pretensão indenizatória com a existência de uma criança

47. § 847 BGB, versão revogada.

48. BGH, acórdão de 05.10.2004, VI ZR 255/03, BGHZ 160, 298.

49. Com outros relatórios relativos a celebridades *Frenzel* (Nota de rodapé 36), p. 85 e ss.

50. BGH, acórdão de 01.12.1999, I ZR 49/97, BGHZ 143, 214.

51. Cf. na discussão entre o Conselho Federal e o Governo BT-Drucks. 14/7752, p. 49, 55.

52. Segunda Lei de Reforma das Normas sobre Indenização de 19.07.2002, Diário da República Federal I, p. 2674.

53. *Junker*, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz, Berlin, 2002; *Winter*, “bébé préjudice” und “Kind als Schaden”, Berlin, 2002; *Riedel*, “Kind als Schaden”, Frankfurt/Main, 2003.

se baseia na dignidade humana protegida constitucionalmente. A dignidade humana está ancorada no art. 1º, inc. 1º, da GG e, logo, no topo dos direitos fundamentais e da Constituição. A ela, como valor supremo da Constituição alemã, está atrelado, segundo o Tribunal Constitucional, o valor social e a pretensão de respeito à pessoa humana, que proíbe que dele se faça um mero objeto do Estado⁵⁴, pela qual a sua ofensa pode consistir não apenas na humilhação, estigmatização, perseguição ou desprezo da pessoa, mas também na comercialização da existência humana⁵⁵.

A jurisprudência reconhecia aos pais, num primeiro momento, pretensões indenizatórias relativamente generosas contra o médico que não tivesse detectado más formações do feto e, conseqüentemente, não aconselhado os pais à interrupção de gravidez ou que tivesse falhado o aborto do feto indesejado⁵⁶. No seu acórdão sobre a punibilidade criminal da interrupção da gravidez do ano de 1993, expressou-se assim o Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal: “a qualificação jurídica da existência de uma criança como fonte indenizatória está fora de cogitação (art. 1º, inc. 1º, da GG). Por isso, veda-se conceber o dever de alimentos a uma criança como dano.”⁵⁷

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, não quis se curvar⁵⁸. Ele insistiu, pelo menos em princípio, no deferimento de indenização e fundamentou isso diferenciando a existência em si da criança dos gastos necessários ao seu sustento alimentar. É certo que a existência do filho não pode ser considerada um dano. As despesas de sustento são, porém, um encargo puramente patrimonial dos pais, que pode ser indenizado sem que a criança tenha de ser vista como um dano.

O Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal aprovou essa diferenciação em 1997, sem ver a necessidade de se produzir um acórdão do Pleno do Tribunal. O Primeiro Senado discorreu em suas razões que a consideração do dever de alimentos à criança como danos indenizáveis não caracteriza uma comercialização que prive a criança de seu valor intrínseco⁵⁹. Se o Segundo Senado

54. BVerfG, acórdão de 15.12.1970, 2 BvF 1/69, BVerfGE 30, 1, 26.

55. BVerfG, decisão de 12.11.1997, 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94, BVerfGE 96, 375, juris-Tz. 67.

56. BGH, acórdão de 18.01.1983, VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240.

57. BVerfG, acórdão de 28.05.1993, 2 BvF 2/90 entre outros, BVerfGE 88, 203, ementa 14.

58. BGH, acórdão de 16.11.1993, VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128.

59. BVerfG (nota 55), juris-Tz. 69.

entender que se proíbe o dever de alimentos como dano, não há razão para a decisão plenária.⁶⁰

Desde então os tribunais cíveis deferem à mãe e normalmente também ao pai uma pretensão indenizatória contra o médico que, na esterilização ou no aborto permitido, tenha cometido um erro. A pretensão da mãe baseia-se na violação do contrato de tratamento e responsabilidade por ato ilícito. A pretensão do pai só pode se fundamentar no contrato se dele for parte ou incluído no âmbito de tutela contratual entre a mãe e o médico⁶¹, desde que previsível para este⁶². Somente quando a interrupção da gravidez, embora não punível criminalmente, tenha sido, ilegal – um dos casos peculiares do direito penal alemão baseado no já mencionado acórdão do Segundo Senado⁶³, que reflete a divergência no julgamento da interrupção da gravidez – não se qualificam as despesas alimentares como dano pela jurisprudência⁶⁴.

e) *Resumo*

A eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais em relações privadas é atualmente reconhecida na jurisprudência dos tribunais cíveis. Raramente ocorre a desconsideração por um tribunal da importância de um direito fundamental que esteja particularmente em discussão e não se façam juízos sobre sua aplicação. Obviamente isso ocorre também porque o efeito entre terceiros é estudado com profundidade no curso de Direito, de modo que a advocacia sabe alegá-lo em favor de sua parte.

O Tribunal Constitucional Federal é, no entanto, repetidamente acionado para decidir por diversas razões. Por um lado, a necessária ponderação entre os direitos constitucionais de seus titulares é sempre uma questão valorativa, para a qual não existe uma resposta impositiva que possa se alcançar por meio de uma subsunção esquemática dos direitos fundamentais. Por outro lado, o Tribunal Constitucional Federal frequentemente vai além do esperado no seu permanente compromisso de autolimitação e de não fazer as vezes de uma superinstância

60. BVerfG (nota 55), juris-Tz. 82.

61. V. p. ex. o BGH, acórdão de 18.06.2002, VI ZR 136/01, BGHZ 151, 133.

62. Rejeitado p. ex. no caso BGH, acórdão de 19.02.2002, VI ZR 190/01, NJW 2002, 1489.

63. Nota 57.

64. Cf. BGH, acórdão de 04.12.2001, VI ZR 213/00, BGHZ 149, 236, juris-Tz. 11.

recursal no controle de decisões dos tribunais cíveis⁶⁵. Podem-se tomar alguns acórdãos como erroneamente fundamentados e, de forma bem geral, lamentar a insegurança jurídica que daí surge e a “materialização” da tradicional igualdade formal na qual o Direito Civil se baseia. Entretanto, a doutrina do efeito horizontal dos direitos fundamentais deve prevalecer, pois ela protege o Direito Civil alemão de se tornar um instrumento cego na mão dos especialistas jurídicos.

V. CONCLUSÃO

Vimos que o Direito Civil e a Constituição podem estar, ao contrário do que parece à primeira vista, intimamente entrelaçados. Em primeiro lugar, as normas de Direito Civil devem atender às exigências de índole constitucional. Isso parece evidente na teoria, mas nem sempre fácil de se implementar na prática. Em segundo, a Constituição pode desempenhar um papel na interpretação e na aplicação do Direito Civil, especialmente no caso em que se atribui aos direitos fundamentais eficácia entre terceiros, ou seja, confere um significado a eles também nas relações entre particulares.

Não por coincidência que o direito alemão se compromete com essa solução. Após o desmoronamento jurídico e moral da Alemanha sob o nacional-socialismo, a Lei Fundamental quis inaugurar um novo começo. Ela estabeleceu, assim, um catálogo de direitos fundamentais no primeiro plano – e isso não apenas topograficamente na Constituição, mas também no seu conteúdo. O grau de importância dos direitos fundamentais foi reforçado em 1951 por meio da possibilidade de uma reclamação constitucional, pela qual qualquer pessoa pode impetrá-la, invocando ofensa a tais direitos⁶⁶. Dessa nova ordem orientada a valores, dificilmente o Direito Civil poderia permanecer intocado, mesmo que restrito apenas à interpretação e à aplicação de suas normas no caso concreto.

Esse pano de fundo histórico é muito importante para a compreensão da relação entre Direito Civil e Constituição na Alemanha. Isso não quer dizer que a concepção alemã não possa ser de interesse enquanto tal, isto é, desconectada do passado específico alemão. Isso porque a questão sobre *se e em que medida o*

65. Cf. jurisprudência, p. ex. BVerfG (nota 38), cf. 207; BVerfG (nota 35), cf. 92; BVerfG, decisão de 06.11.1975, 1 BvR 358/75, BVerfGE 40, 352.

66. Introdução em lei ordinária da reclamação constitucional pelo § 90 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal de 12.03.1951, Diário da República Federal I, p. 243; fundamento constitucional no art. 93 inc. 1º, n. 4, letra “a”, da GG pela 19a Emenda à Lei Fundamental de 29.01.1969, Diário da República Federal, I, p. 97.

KERN, Christoph A. Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão. Trad. Márcio Flavio Mafrá Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

Direito Civil é influenciado pelos direitos fundamentais e humanos coloca-se em todas as ordens jurídicas que estimam a liberdade formal baseada na autonomia privada e que reconhecem valores essenciais como vinculantes para a vida em comum das pessoas a ela submetidas. Isso se demonstra com um olhar sobre o direito da União Europeia. Aqui se discute há algum tempo se e, em caso afirmativo, quais das liberdades fundamentais europeias – liberdade de trânsito de mercadorias, de serviços, de estabelecimento de atividade, de livre circulação de trabalhadores, de capital e de pagamentos – geram uma eficácia direta ou indireta sobre terceiros. A Convenção, que elaborou a Carta de Direitos Fundamentais da UE, evitou conscientemente uma definição sobre essa questão⁶⁷.

A Alemanha avançou bastante de modo geral na relação entre Direito Civil e Constituição, como ficou marcado nas últimas décadas, embora a solução alemã possa não cumprir as exigências de pureza teórico-dogmáticas e, às vezes, causar certa insegurança jurídica. Justamente a jurisdição cível e a doutrina civilista, que frequentemente lamentam a influência do Direito Constitucional e a assumem como um incômodo, não devem perder isso de vista.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Cuius regnum eius iudicium: emancipando o discurso jurídico privado em face dos direitos humanos, de Chris Thomale e Patrícia Cândido Alves Ferreira – RDCC 16/391-418 (DTR\2017\6882);
- A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX, de Otavio Luiz Rodrigues Junior – RT 938/79-155 (DTR\2013\10485);
- Direitos fundamentais e sua influência no direito civil, de Luís Afonso Heck – RDC 29/40-54 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/625-644 (DTR\1999\676); e
- O efeito irradiante dos direitos fundamentais e a autonomia do direito privado: a "decisão Luth" e suas consequências, de Marie-Christine Fuchs; traduzido por Patrícia Cândido Alves Ferreira e por Otavio Luiz Rodrigues Junior – RDCC 16/221-232 (DTR\2018\19396).

67. Sobre isso: *Guckelberger* (nota 3), S. 1156 e ss.; *Peter M. Huber*, NJW 2011, 2385, 2388 e ss.; *Lengauer*, *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Viens/New York, 2011, passim; v. também as discussões sobre o tema II – Direitos Fundamentais – no 6º Seminário Jurídico em Luxemburgo, maio de 2011.

KERN, Christoph A. *Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão*. Trad. Márcio Flavio Mafrá Leal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 275-293. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.