

- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. III
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. t. XI.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas, Bookseller, 1998.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed., São Paulo, Saraiva, 1990. v. 1^o.
- SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1988.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 30, p. 38-59.
- VIEGAS, João Francisco Moreira. Ministério Público; sua atuação no cível. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1990. V. 653, p. 257-9.
- XAVIER NETO, Francisco de Paulo. Intervenção do Ministério Público pela qualidade de parte. *Porto Alegre, Ajuris*, (38): 219-23, nov./86.
- WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*. 7. ed., São Paulo, RT, 1987.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo, RT, 1997.

Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil*

Luis Alfonso Heck

Prof. na UFRGS

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Direitos fundamentais e direitos humanos.
3. O direito civil alemão diante do âmbito internacional.
4. A enformação do direito civil alemão pelos direitos fundamentais.
 - 4.1 A vinculação dos direitos fundamentais.
 - 4.2 Tarefa e função dos direitos fundamentais.
 - 4.2.1 As várias camadas dos direitos fundamentais.
 - 4.2.2 Direitos fundamentais como direitos individuais de defesa.
 - 4.2.3 Direitos fundamentais como princípios objetivos.
 - 4.3 Efeito diante de terceiros de direitos fundamentais.
 - 4.3.1 Efeito diante de terceiros direto.
 - 4.4 Dever de proteção do Estado.
 - 4.5 Decisões correspondentes do Tribunal Constitucional Federal.
 - 4.5.1 Contratos de fiança.
 - 4.5.1.1 A questão.
 - 4.5.1.2 A posição.
 - 4.5.1.3 O caso concreto.
 - 4.5.1.3.1 O primeiro recurso constitucional.
 - 4.5.1.3.2 O segundo recurso constitucional.
 - 4.5.1.4 A posição do Tribunal Constitucional Federal.
 - 4.5.2 Direito de posse do locatário.
 - 4.5.2.1 O caso concreto.
 - 4.5.2.2 A posição do Tribunal Constitucional Federal.
5. Conclusão.

RESUMO

O artigo procura trabalhar a influência dos direitos fundamentais no direito civil. Para tanto, faz primeiro uma diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. Depois, situa sua influência na *civil law*, mais especificamente na Alemanha, onde destaca elementos importantes para essa compreensão e analisa decisões do Tribunal Constitucional Federal pertinentes. Por fim, segue uma conclusão.

1. Introdução

A influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil não é uma coisa evidente em si mesma. Sua exposição requer, portanto, primeiro uma diferenciação terminológica, de cujo resultado já se obterá uma orientação para o desenvolvimento desta exposição. Com isso, depois, essa influência será situada no

Palestra apresentada no evento das Jornadas Preparatórias do XVII Congresso Argentino de Direito Civil organizado pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UFRGS em conjunto com o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) e a Universidad Nacional del Litoral (Santa Fé - Argentina) e coordenado pela Prof. Dra. Cláudia de Lima Marques, no dia 19 de setembro de 1998. A pesquisa expressada nesta palestra deve-se ao apoio da FAPERGS em forma de bolsa, à qual manifesto meus agradecimentos.

âmbito da *civil law*, mais especificamente na Alemanha, onde, então, serão expostos os elementos principais do sucesso dessa influência que, primeiro, possibilitam a sua compreensão apropriada. Esse conjunto permitirá, finalmente, uma conclusão.

2. Direitos fundamentais e direitos humanos

A distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos encontra-se no século XVIII, a época na qual surgiram as declarações de direitos humanos que persistem até hoje. As maiores situam-se na América do Norte e na França.

Na América do Norte, o Bill of Rights de Virgínia, de 12 de junho de 1776, é o documento pelo qual os direitos humanos iniciam sua marcha vitoriosa como direitos fundamentais.¹ Essa declaração é tomada como modelo pelos novos estados de Pennsylvania, Maryland e North Carolina, em 1776, Massachusetts em 1780 e New Hampshire em 1784. Onze anos após a independência, em 4 de julho de 1776, nasce o Estado federal norte-americano, em 4 de março de 1787. Percebeu-se, então, a falta de direitos humanos na constituição federal. Esta falta é corrigida dois anos depois pelos dez artigos complementares à constituição.

Segundos eles, o indivíduo é sujeito de direitos não pelo Estado, senão, por sua natureza, deve ser respeitado pelo Estado. Ele tem direitos inalienáveis, invioláveis que o Estado deve reconhecer como posições

de direito e de liberdade juridicamente especializadas e concretizadas, dirigidos para uma atuação determinada. Assim, o poder do Estado não mais é absoluto, senão limitado pela constituição criada pelo poder constituinte do povo que possui uma hierarquia maior do que as leis.

Os direitos fundamentais são compreendidos como "as the basis and foundation of government". Qualquer um pode opô-los ao poder do Estado como princípios jurídicos positivamente válidos.

A configuração dos direitos fundamentais nas constituições americanas como direitos que têm seu fundamento na natureza e essência do homem e que se apresentam como direitos naturais, inatos, inalienáveis e inseparáveis do homem, por um lado e, por outro, a limitação do poder do Estado por esses direitos abre a passagem decisiva para o Estado constitucional moderno.

Algo diferente se passa com a declaração dos direitos humanos e civis francesa, de 26 de agosto - 3 de novembro de 1789. A sua característica estava mais na igualdade social, vinculada com um programa para a modificação das relações feudostamentais existentes. Mas este programa não é convertido normativamente, com qualidade constitutivo-jurídica. Essa declaração não pretendeu ser constituição concreta, pois os franceses estavam mais interessados na filosofia dos direitos, não em sua validade jurídica. Com base nessa situação diz Boutmy:

1. Para isso e para o seguinte: Stern, K. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: ISENSEE, J., KIRCHHOF, P. (herg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, Heidelberg, 1992, § 108, Rdn. 13 ff.

"Para os franceses, a declaração é somente uma obra-prima de oratória, os artigos estão nela em pureza abstrata, somente no brilho de sua majestade e do domínio da verdade sobre os homens. Nenhum tribunal pode empregá-los como meio jurídico ou aproveitá-los para a fundamentação da sentença. Para a instrução de todo o mundo escrevem os franceses."²

Se essa situação indica que direitos humanos atuam mais no plano abstrato e os direitos fundamentais mais no plano concreto, então está ganha, com isso, uma indicação para a relação entre eles e o direito civil, ou seja, o conhecimento da influência presuppõe, em primeiro lugar, esta diferenciação.

Esse conhecimento alude, com isso, ao ponto de partida para a compreensão da in-

fluência dos direitos fundamentais no direito civil, isto é, ao âmbito da *civil law* e da existência de um recurso judicial para a defesa dos direitos fundamentais.³ Se se considera a plena satisfação deste ponto de partida, então parece melhor deter-se na Alemanha,⁴ não só pelo fato da recepção⁵ mas também pela existência do recurso constitucional⁶ e da jurisdição constitucional.⁷ Essa influência tem, todavia, também uma conexão com a situação de influência do âmbito internacional. Nisso, a seguir, deve ser entrado.

3. O direito civil alemão diante do âmbito internacional

O término da segunda guerra marca o início da influência internacional sobre o direito civil alemão. Entre outras

2. Citado segundo STERN, K. (nota 1), Rdn. 19. Nesta passagem encontram-se mais referências bibliográficas que apontam nesta direção.
3. Se os direitos fundamentais encontram sua validade teórica nos direitos humanos, então sua validade prática, seu significado prático, depende disto, que quando violados disponha o seu titular de uma via processual adequada para o seu restabelecimento e, com isso, obtenham, além de seu enunciado normativo, sua realização na vida da coletividade e solidifiquem uma democracia em liberdade que pressupõe cidadãos autônomos. Ver também HECK, L. A. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1995, página 177, nota 35, e, do mesmo autor, *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 124, out./dez. de 1994, página 116, 118.
4. No ordenamento jurídico alemão atual, a questão da influência dos direitos fundamentais no direito civil é formulada no sentido que não se trata mais da relação Estado-cidadão, senão da relação cidadão-cidadão, ou seja, da relação entre dois titulares de direitos fundamentais. Nesta relação entre pessoas privadas também se contam as pessoas jurídicas. Ver para isso, STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1, München, 1988, S. 1512 f. e, infra, número 4.3. O desenvolvimento desta questão na Alemanha também influenciou, principalmente, a Áustria e o Japão (STERN, K., obra citada, S. 1535, 1537).
5. Ver para isso, com exposição detalhada, WESEL, U. *Juristische Weltkunde. Eine Einführung in das Recht*, 7 Aufl., Frankfurt a. Main, 1994, S. 59 ff.
6. Uma exposição pormenorizada do recurso constitucional encontra-se em HECK, L. A. *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 124, out./dez. de 1994, página 115 e seguintes. Ver também do mesmo autor, *O tribunal constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1995, página 138 e seguintes.
7. Para isso, ver HECK, L. A. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995, sobretudo página 85 e seguintes, e, HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução por Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998. Tradução de: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, número de margem 547 e seguintes, principalmente 559 e seguintes.

coisas⁸ deve ser mencionada a União Européia (na qual estão incluídas, hoje, as Comunidades Européias: Comunidade Européia do Carvão e do Aço, Comunidade Económica Européia e Comunidade Européia de Energia Atômica). Existe não só uma série de regulamentos jurídicos do legislador europeu e de convenções de direito público internacional mas, sobretudo, dezenas de linhas diretivas⁹ do legislador europeu que modificaram materialmente, em pontos essenciais, o direito civil alemão.¹⁰ A repercussão da União Européia sobre o direito civil em geral encontra uma semelhança na repercussão do *ius commune* sobre determinadas matérias jurídicas, que existiu do século XIII ao século XVIII e que se assentava sobre o direito romano.¹¹

Além da dimensão da influência da União Européia sobre o direito civil em geral mencionada, existe, ainda, uma dimensão de influência global sobre o direito privado em geral que, naturalmente, tem conseqüências na União Européia. Esta dimensão de influência global encontra a sua expressão na Comissão UNCITRAL das Nações Unidas e no Instituto, sediado em Roma, designado com a fórmula UNIDROIT.¹²

4. A enformação do direito civil alemão pelos direitos fundamentais

Os quase cinqüenta anos de existência da Lei Fundamental de Bonn¹³ também influíram sobre os direitos fundamentais.¹⁴

8. Ver para isso, SANDROCK, O. Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland - Europa - und die Welt, in: JZ, 1996, S. 3 f.
9. Para as questões que se apresentam com elas ver GRUNDMANN, S. EG-Richtlinie und nationales Privatrecht, in: JZ, 1996, S. 274 ff.; ZITSCHER, H. C. Probleme eines Wandels des innerstaatlichen Rechts zu einem europäischen Rechtssystem nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1996, S. 650 f., 652 ff.; SCHWARZE, J. Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht, in: JZ, 1998, S. 1080 ff.
10. Para o conjunto, ver SANDROCK, O. (nota 8), S. 4.
11. Ver para isso, com mais demonstrações, SANDROCK, O. (nota 8), S. 6 f.
12. Ver para isso, com mais demonstrações, SANDROCK, O. (nota 8), S. 7 f. e STÜRNER, R. Der hunderste Geburtstag des BGB - nationale Kodifikation im Greisenalter?, in: JZ, 1996, S. 751 f.
13. Para o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais até a Lei Fundamental ver Hesse, K. Bedeutung der Grundrechte, in: BENDA, E., MAIHOFER, W., VOGEL, H.-J. (hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., Berlin-New York, 1994, Rdn. 4 ff. e PIEROTH, B. und SCHLINK, B. *Grundrechte*, 13 Aufl., Heidelberg, 1997, Rdn. 26 ff. Em pormenores, STERN, K. (nota 1), Rdn. 21 ff.
14. Os direitos fundamentais estão catalogados no artigo 1º ao 19 da Lei Fundamental, a saber:
- Artigo 1º: proteção da dignidade humana;
 - Artigo 2º: direitos de liberdade;
 - Artigo 3º: igualdade diante da lei;
 - Artigo 4º: liberdade de crença e confissão;
 - Artigo 5º: liberdade de opinião e de imprensa, liberdade artística e científica;
 - Artigo 6º: casamento, família, filhos não-legítimos;
 - Artigo 7º: ensino;
 - Artigo 8º: liberdade de reunião;
 - Artigo 9º: liberdade de associação, proibição de medidas contra conflitos coletivos de trabalho;
 - Artigo 10: segredo de correspondência, postal e de telecomunicações;
 - Artigo 11: liberdade de circulação;
 - Artigo 12: liberdade de escolha da profissão, proibição de trabalho forçado;
 - Artigo 12a: serviço militar e outras obrigações de serviço;

Uma visão de conjunto do resultado dessa influência não é possível, no quadro desta palestra, ser apresentada.¹⁵ Aqui podem ser realçados apenas alguns elementos desse resultado que são importantes para a compreensão apropriada da influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil alemão.

4.1 A vinculação dos direitos fundamentais

De acordo com o artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental, os direitos fundamentais vinculam legislação, poder executivo e jurisdição como direito diretamente vigente. Essa prescrição constitucional mudou a compreensão dos direitos fundamentais diante da época de Weimar, quando se tratava da validade, hierarquia e vinculatividade

dos direitos fundamentais.¹⁶ Na Lei Fundamental, os direitos fundamentais obrigam diretamente com força constitucional o exercício do poder estatal.¹⁷ Por isso, a compreensão atual dos direitos fundamentais vai na direção do seu sentido e significado, função e força de efeito.¹⁸ Essa prescrição também desempenha um papel importante na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, como guarda da constituição, principalmente ativada por meio do recurso constitucional. Por meio dela o tribunal, pelos direitos fundamentais, contribuiu enormemente para a organização e para a configuração material dos princípios diretivos do direito constitucional. Com isso, os direitos fundamentais influenciam legislação e jurisprudência, teoria e prática, inclusive o direito privado.¹⁹

- Artigo 13: inviolabilidade do domicílio;
- Artigo 14: propriedade, direito de herança, desapropriação;
- Artigo 15: socialização;
- Artigo 16: desnaturalização, extradição;
- Artigo 16a: direito de asilo;
- Artigo 17: direito de petição;
- Artigo 17a: limitação de direitos fundamentais em prestadores do serviço militar e do serviço substitutivo;
- Artigo 18: perda de direitos fundamentais; e,
- Artigo 19: restrição de direitos fundamentais.
- Além desses, direitos situados em outra parte da Lei Fundamental são, também, considerados como fundamentais:
- Artigo 20, alínea 4: direito de resistência;
- Artigo 33: equiparação cívica de todos os alemães;
- Artigo 101: proibição de tribunais de exceção;
- Artigo 103: direitos fundamentais do réu; e,
- Artigo 104: garantias jurídicas na privação da liberdade.
15. Ver para isso, em pormenores, HESSE, K. (nota 7), número de margem 277 e seguintes; PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 46 ff.; STERN, K. (nota 4), S. 1509 ff.
16. Ver Stern, K. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: ISENSEE, J., KIRCHHOF, P. (herg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, Heidelberg, 1992, § 109, Rdn. 22.
17. Nisso está um distanciamento consciente da constituição do império de Weimar, na qual os direitos fundamentais vinculavam a administração mas não a legislação e na qual muitos direitos fundamentais permaneceram princípios programáticos não-vinculativos, cuja violação restou sem sanção jurídica e judicial. Ver PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 164.
18. Ver STERN, K. (nota 16), Rdn. 22.
19. Ver também PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 40.

4.2 Tarefa e função dos direitos fundamentais²⁰

4.2.1 As várias camadas dos direitos fundamentais

Os pressupostos essenciais de uma vida em liberdade e dignidade humana devem ser criados e mantidos pelos direitos fundamentais. Isso somente é possível quando a liberdade da vida em comunidade é garantida da mesma forma como a liberdade individual. A liberdade do particular somente pode existir dentro de uma comunidade livre. Essa liberdade pressupõe homens que sejam capazes e que estejam dispostos a decidir, eles mesmos, sobre seus próprios assuntos e a cooperar de modo auto-responsável nos assuntos da comunidade.

Essas conexões configuram a peculiaridade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Eles garantem não apenas direitos subjetivos do particular, mas também princípios fundamentais objetivos da ordem constitucional estatal-jurídica e democrática. Nesse caráter duplo, os direitos fundamentais mostram camadas de significado distintas que, cada vez, condicionam, protegem e completam reciprocamente.

4.2.2 Direitos fundamentais como direitos individuais de defesa

As garantias jurídico-fundamentais da Lei Fundamental e o asseguramento especial de sua validade têm a tarefa de defe-

sa contra intervenções estatais na esfera da vida individual. O Tribunal Constitucional Federal deu-se, desde o início, como tarefa a formação da proteção efetiva dos direitos fundamentais. Pelo esclarecimento e fixação do conteúdo normativo e do alcance dos direitos fundamentais individuais, de sua relação recíproca e dos pressupostos de sua limitação, o tribunal levou a cabo, em comparação com o passado, uma eficácia essencialmente aumentada dos direitos fundamentais. Nisso, ele orientou-se pelo entendimento de que a amplitude de proteção de um direito fundamental somente pode ser compreendida em vista dos fatos da realidade social; por conseguinte, uma transformação desses fatos não pode ficar desconsiderada na interpretação.²¹

4.2.3 Direitos fundamentais como princípios objetivos

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular contra intervenções estatais ilegais corresponde seu significado jurídico-objetivo como prescrições de competência negativas. Competências legislativas, administrativas e judiciais sempre encontram seus limites nos direitos fundamentais.

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos corresponde seu significado como partes integrantes fundamentais da ordem democrática, estatal-jurídica e, também, da federal.

20. Sigo, aqui, no essencial, a exposição de HESSE, K. (nota 13), Rdn. 13 ff.

21. Aqui deve ser lembrado o "programa da norma" e o "âmbito da norma" que, nisto, desempenham um papel importante. Ver para isso, MÜLLER, F. *Juristische Methodik*, 5. Aufl., Berlin, 1993, S. 26 ff., 45, 47 ff., 53, 74 f., 81, 103, 107 f., 120, 124, 143 ff., 147 ff., 277 ff.

Deste modo, os direitos fundamentais atuam no quadro da ordem estatal-jurídica como limites para a atuação estatal, como garantias de base da ordem jurídica, em especial também, de institutos centrais da ordem jurídica privada.

Na sentença-Lüth²² de 1958 foi determinado o significado jurídico-objetivo dos direitos fundamentais e seu efeito irradiador sobre o direito civil e, com isso, tomado posição²³ a respeito do efeito diante de terceiros dos direitos fundamentais. Segundo isso, os tribunais cíveis são obrigados a considerar, na interpretação e aplicação de cláusulas gerais e outros conceitos legais indeterminados, os direitos fundamentais como linhas diretivas.²⁴ Apesar dessa influência dos direitos fundamentais

sobre o direito privado, um conflito entre privados sobre direitos e deveres de normas de conduta, jurídico-fundamentalmente influenciadas, do direito civil permanece, material e processualmente, um conflito jurídico civil.²⁵

4.3 Efeito diante de terceiros de direitos fundamentais

Se pelo artigo 1º, alínea 3, somente o poder estatal está vinculado aos direitos fundamentais, não o sujeito de direitos privado, a não ser que ele mesmo exerça pontualmente poder público, então está nisto uma manifestação clara contra um efeito diante de terceiros dos direitos fundamentais, que significa a validade dos direitos fundamentais na relação de um particular com outro parti-

22. Uma boa apreciação encontra-se em STARCK, C. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte*, in: JZ, 1996, S. 1035 f.

23. Ver, infra, 4.3.2

24. Isso encontra a sua expressão na interpretação conforme os direitos fundamentais. Por meio dela, os direitos fundamentais atuam sobre a interpretação e aplicação do direito ordinário pela jurisdição e administração. Aqui, a vinculação aos direitos fundamentais (artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental) requer que a decisão por uma interpretação seja orientada pelos direitos fundamentais. Ela deve trazer à validade os direitos fundamentais, interpretar o direito ordinário de forma amigável aos direitos fundamentais, preservadora, protetora e fomentadora da liberdade. Ver para isso, PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 77, 76.

25. BVerfGE 7, 198 (205). Esse conjunto, o Tribunal Constitucional Federal expressou da forma seguinte: "Sem dúvida, os direitos fundamentais estão determinados, em primeiro lugar, a isto, de assegurar a esfera de liberdade do particular diante de intervenções do poder público; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Isso resulta tanto do desenvolvimento histórico-espiritual da idéia dos direitos fundamentais como dos precedentes históricos que conduziram à recepção de direitos fundamentais nas constituições dos Estados particulares. Esse sentido também têm os direitos fundamentais da Lei Fundamental que, com a anteposição do título dos direitos fundamentais, quis acentuar a primazia da pessoa e sua dignidade diante do poder do Estado. A isso corresponde que o legislador concedeu o recurso jurídico especial para a salvaguarda desses direitos, o recurso constitucional, apenas contra atos do poder público. Do mesmo modo, porém, é certo que a Lei Fundamental, que não quer ser uma ordem neutra de valores (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 ff., 197 ff.]; 6, 32 [40 f.]), em seu título de direitos fundamentais também estabeleceu uma ordem de valores objetiva e que exatamente nisto se manifesta um fortalecimento fundamental da força de validade dos direitos fundamentais (Klein-v. Mangolt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. B III 4 vor Art. 1 S. 93). Esse sistema de valores, que encontra o seu ponto central na personalidade humana, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, e sua dignidade deve, como decisão fundamental jurídico-constitucional, valer para todos os setores do direito; legislação, administração e jurisdição recebem dele linhas diretivas e impulsos. Assim, ele influencia naturalmente também o direito civil; nenhuma prescrição jurídico-cível deve estar em contradição com ele, cada uma deve ser interpretada em seu espírito. O conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como normas objetivas desdobra-se no direito privado por meio das prescrições que dominam diretamente esse setor jurídico. Como direito novo deve estar de acordo com o sistema de valores jurídico-fundamental, assim direito existente mais antigo é orientado quanto ao conteúdo por esse sistema de valores; deste corre para aquele um conteúdo

cular, não como no sentido tradicional, a validade dos direitos fundamentais na relação entre particular e Estado.²⁶

4.3.1 Efeito diante de terceiros direto

Um efeito diante de terceiros direto foi fundamentado pelo Tribunal Federal do Trabalho com a “transformação do significado dos direitos fundamentais”, que atua no sentido de que:

“Sem dúvida, não todos, mas uma série de direitos fundamentais significativos da constituição não somente garantem direitos de liberdade diante do poder estatal ..., antes (são) princípios de ordem para a vida social que, em uma proporção a ser desenvolvida mais de perto do direito fundamental, tem significado direto para o tráfego jurídico dos

jurídico-constitucional específico que, desde então, determina sua interpretação. Um conflito entre privados sobre direitos e deveres de tais normas de conduta do direito civil influenciadas jurídico-fundamentalmente permanece, material e processualmente, um conflito jurídico civil. Interpretado e empregado é direito civil, embora sua interpretação tenha de seguir o direito público, a constituição. A influência de critérios de valores jurídico-fundamentais irá fazer-se valer, sobretudo, naquelas prescrições do direito privado que contém direito coercitivo e formam, assim, uma parte da ordem pública - em sentido amplo -, isto é, dos princípios que, por razões do bem-comum, também devem ser vinculativos para a formação das relações jurídicas entre os particulares e, por isso, estão subtraídos ao domínio da vontade privada. Estas determinações têm, segundo seu fim, um parentesco mais próximo com o direito público, ao qual elas se juntam complementarmente. Isso deve expô-las, em medida especial, à influência do direito constitucional. A jurisdição se oferece para a realização dessa influência, sobretudo, as “cláusulas gerais” que, como o § 826 [Quem, em uma forma que infringe os bons costumes, causa dano com premeditação a outro está obrigado à indenização do dano ao outro.] do BGB [código civil], remetem, para o juízo sobre conduta humana, a critérios extrajurídico-cíveis, em primeiro lugar até extrajurídicos, como os “bons costumes”. Porque na decisão sobre isto, o que esses mandamentos sociais exigem, cada vez, no caso particular, deve ser partido, em primeiro lugar, da totalidade das concepções de valores que o povo, em um determinado momento de seu desenvolvimento espírito-cultural, alcançou e fixou em sua constituição. Por isso, as cláusulas gerais foram, com razão, qualificadas de “pontões de invasão” dos direitos fundamentais no direito civil (Dürig, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II S. 525).

O juiz deve, em virtude da constituição, examinar se as prescrições jurídico-cíveis materiais, que devem ser por ele empregadas, estão influenciadas jurídico-fundamentalmente na forma descrita; se o caso é esse, então ele tem de observar na interpretação e emprego dessas prescrições a modificação do direito privado que resulta disto. Se ele erra esses critérios e se sua sentença se funda na negligência da influência jurídico-constitucional sobre as normas jurídico-cíveis, então ele infringe não somente direito constitucional objetivo ao desconhecer o conteúdo da norma de direito fundamental (como norma objetiva), ele viola, muito mais, como titular de poder público, por sua sentença, o direito fundamental a cuja consideração também pelo poder judiciário o cidadão tem um direito jurídico-constitucional. Contra uma tal sentença pode - sem prejuízo da luta contra o erro jurídico na via de instâncias cível-jurídica - o Tribunal Constitucional Federal ser chamado no caminho do recurso constitucional. O Tribunal Constitucional Federal tem de examinar se o tribunal ordinário julgou acertadamente o alcance e a força de eficácia dos direitos fundamentais no setor do direito civil. Disso resulta, porém, simultaneamente, a limitação da verificação: não é tarefa do Tribunal Constitucional examinar sentenças do juiz civil em sua totalidade nos erros jurídicos; o Tribunal Constitucional tem de julgar meramente o “efeito irradiador” indicado dos direitos fundamentais sobre o direito civil e de fazer valer o conteúdo de valores do princípio jurídico-constitucional também aqui. O sentido do instituto do recurso constitucional é que todos os atos do poder legislativo, executivo e judicial sejam verificáveis em sua “conformidade com os direitos fundamentais” (§ 90 BVerfGG [lei sobre o Tribunal Constitucional Federal]). Tampouco como o Tribunal Constitucional Federal é destinado a tornar-se ativo como instância de revisão ou até superrevisão diante dos tribunais cíveis, tampouco ele deve abster-se em geral da verificação de tais sentenças e passar ao largo de um desconhecimento, que se manifesta nelas, de normas e critérios jurídico-fundamentais” (BVerfGE 7, 198 [204 ff., em aspas no original]).

26. Uma influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil (direito privado) não foi inteiramente desconhecida à concepção de mundo da doutrina do direito do estado desde a revolução francesa, porque a *Déclaration* de 1789 não tinha apenas uma direção de ataque relacionada ao Estado, mas também se dirigiu contra privilégios estamentais e clericais, contra prerrogativas sociais no direito privado. Tratava-se, para ela, também de realizar liberdade e igualdade no direito privado, sobretudo, diante da escravidão, gravames sobre bens imóveis, obrigações de serviço e coisas semelhantes. Na Alemanha, no período prévio à revolução de março de 1848, a influência do pensamento jurídico-natural e a idéia do desenvolvimento da personalidade nos escritos de Kant também demonstram uma direção da liberdade no direito privado. Ver para isso, com mais demonstrações, STERN, K. (nota 4), S. 1515 ff.

cidadãos entre si... Também a adesão normativa da Lei Fundamental para o Estado de direito social (artigo 20, 28) que, para a interpretação da Lei Fundamental e outras leis, é de importância fundamental, fala a favor do efeito jurídico-privado direto das determinações jurídico-fundamentais, que são indispensáveis para o tráfego dos membros jurídicos entre si em uma comunidade liberal e social”.²⁷

O Tribunal Federal também aceitou ocasionalmente um efeito diante de terceiros direto e o Tribunal Constitucional Federal ainda não se pronunciou definitivamente sobre a questão.²⁸

4.3.2 Efeito diante de terceiros indireto

O efeito diante de terceiros indireto foi reconhecido relativamente cedo na jurisprudência do Tribunal Constitucional

Federal. Na sentença Lüth, já mencionada supra, o Tribunal Constitucional Federal manifestou-se a respeito assim: “No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desdobra-se *indiretamente* por meio de prescrições jurídico-privadas.”²⁹

O significado do efeito diante de terceiros indireto pode ser visto sobretudo nisto, que, sob as condições da sociedade industrial moderna altamente complexa, ele ajuda também a conservar liberdade e igualdade. Estas pressupõem, segundo sua compreensão histórica, uma situação de *simetria fática*, na qual cada cidadão tem as mesmas oportunidades de perseguição e realização de seus interesses. Essa simetria fática é, hoje, posta em perigo e eliminada não somente pelo poder do Estado, mas também pelo exercício do poder econômico e social privado.³⁰ Assim, os direitos fundamentais influenciam as prescrições jurídico-privadas tanto mais eficazmente quanto mais se tra-

27. BAGE 1, 185 (193 f). Na doutrina foi, sobretudo, H.C. Nipperdey que defendeu a tese de um efeito diante de terceiros direto dos direitos fundamentais no direito privado sob o ponto de vista da influência do artigo 3º da Lei Fundamental na perspectiva de uma igualdade salarial entre homens e mulheres em trabalho igual. O Tribunal Federal do Trabalho seguiu, em grande medida, a posição de Nipperdey que foi o seu primeiro presidente. Ver para isso, com mais demonstrações, STERN, K. (nota 4), S. 1524 ff.). Para os argumentos pró e contra um efeito diante de terceiros direto, ver PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 175 e seguintes. Crítico: HESSE, K. (nota 7), número de margem 354 e seguinte. Aqui deve ser acentuado que a “doutrina” do efeito diante de terceiros direto dos direitos fundamentais não reconhece que cada direito fundamental deva ser vinculativo para o tráfego jurídico-privado. Isso deve ser examinado, antes, para cada norma de direito fundamental. Disso resulta que é necessário, para a solução de um conflito, analisar reciprocamente as normas de direitos fundamentais e as normas jurídico-privadas competentes, cada vez, de um determinado ordenamento jurídico. Para o ordenamento jurídico alemão, ver STERN, K. (nota 4), S. 1538 ff.

28. Ver para isso, com pormenores, HESSE, K. (nota 7), número de margem 353.

29. BVerfGE 7, 198 (frase diretiva número 2, não acentuado no original). Na doutrina, o principal representante do efeito diante de terceiros indireto dos direitos fundamentais foi G. Dürig. Ele aludiu essa tese pela primeira vez no tratamento do direito fundamental da liberdade de circulação. Ver para isso, com mais demonstrações, STERN, K. (nota 4), S. 1532. A “doutrina” do efeito diante de terceiros indireto dos direitos fundamentais centra a questão nos conceitos carentes de preenchimento valorativo e nas cláusulas gerais. Disso resulta a necessidade de, para a solução de um conflito, verificar os conceitos carentes de preenchimento valorativo e as cláusulas gerais competentes, cada vez, de um determinado ordenamento jurídico-privado. Para o ordenamento jurídico-privado alemão, ver STERN, K. (nota 4), S. 1543.

30. PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 183 (acentuado no original). Ver também HESSE, K. (nota 7), número de margem 349.

ta da proteção de liberdade pessoal contra o exercício de poder econômico e social.³¹

4.4 Dever de proteção do Estado

Na jurisprudência recente delinea-se uma evolução que deixa ficar clara a conexão entre o efeito diante de terceiros indireto e o dever de proteção do Estado.³²

Os direitos fundamentais atuam jurídico-objetivamente não somente sobre a interpretação e aplicação do direito ordinário por meio da jurisdição e administração, mas também sobre a formação do direito ordinário pelo legislador. Em sua função jurídico-objetiva os direitos fundamentais pedem do legislador uma ação positiva. Essa formação o obriga à proteção dos direitos fundamentais e a critérios jurídico-fundamentais para organizações, prestações e procedimentos estatais também lá onde o particular não tem, em primeiro lugar, direitos subjetivos correspondentes.³³

O conceito de dever de proteção obtém contornos quando é referido à função clássica dos direitos fundamentais de rechaçar violações. Essa função pede do Estado opor-se protetoramente a ameaças a direitos fundamentais quando:

a) a violação de direitos fundamentais, que promete desenvolver-se da ameaça ao direito fundamental, é irreparável;

b) o desenvolvimento, que promete produzir a violação ao direito fundamental da ameaça ao direito fundamental, é não-dominável; e,

c) o jogo de conjunto, rico em conflito de colisão, dos particulares, no qual podem ocorrer violações de direitos fundamentais, não é, pelo afetado, regulável autonomamente.³⁴

4.5 Decisões correspondentes do Tribunal Constitucional Federal

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal devem ser mencionadas duas decisões que espelham claramente a questão do efeito diante de terceiros dos direitos fundamentais. A seguir será apresentada a sua formação com remissão à literatura pertinente.

4.5.1 Contratos de fiança.

4.5.1.1 A questão

Nos recursos constitucionais apresentados ao Tribunal Constitucional Fede-

ral estava colocada a questão de até que ponto os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da constituição, a submeter a um controle de conteúdo contratos com bancos na medida em que familiares sem renda e sem bens do tomador de crédito assumem, como cidadãos, altos riscos de responsabilidade.³⁵

4.5.1.2 A posição da jurisprudência

Durante, praticamente, dez anos os tribunais cíveis ocuparam-se progressivamente com casos nos quais jovens entraram em dívidas sem saída porque afiançaram seu parceiro ou pais para altos créditos bancários, embora dispusessem somente de pequenas rendas.

Os tribunais submetiam primeiro essa prática contratual a um controle de conteúdo amplo. Alguns tribunais estaduais (Düsseldorf, Köln e Hamburg) valorizavam o alargamento da responsabilidade a cônjuges inexperientes e outros membros familiares na falta de disposição de renda ou bens como contrário aos bons costumes. O tribunal estadual de Lübeck julgou até toda a obrigação como contrária aos bons costumes que de antemão e reconhecidamente iria ultrapassar os valores livres de penhora mensais do devedor. O ponto de apoio legal desses tribunais era o § 138, alínea 1 (Um negócio jurídico que infringe os bons costumes é nulo.), do BGB.

O tribunal estadual de Stuttgart, com base no § 310 (Um contrato, pelo qual uma

parte se obriga a transferir seu patrimônio futuro ou uma fração de seu patrimônio futuro ou a gravar com um usufruto, é nulo.) do BGB, julgava uma obrigação contratual nula quando o credor de antemão pôde reconhecer que a co-responsabilidade iria conduzir a um excesso de dívidas sem saída.

Outros tribunais estaduais partiam, sobretudo, dos deveres de esclarecimento e consideração que resultam do § 242 (O devedor é obrigado a efetuar a prestação assim como a boa-fé, em atenção aos costumes de tráfego, o exige.) do BGB e já existem antes da conclusão do contrato. Os tribunais estaduais de Celle e Hamm indeferiam ações de cobrança contra membros familiares co-responsáveis com o fundamento de que os bancos proponentes não eliminaram mal-entendidos na forma indicada e, por isso, violaram seus deveres de advertência e se tornaram obrigados a uma indenização.³⁶

O IX senado civil do Tribunal Federal rechaçou amplamente, no que foi acompanhado pelo III senado civil, o controle de conteúdo dos contratos pelos tribunais estaduais. Segundo ele, contratos de fiança não poderiam ser vistos como contrários aos bons costumes porque conduzissem presumivelmente a um excesso de dívidas. A liberdade de formação de contratos compreende para cada capaz completo o poder jurídico de assumir obrigações que podem ser cumpridas somente sob condições especialmente favoráveis. A inexperiência comercial de um cidadão não é fundamento para carregar os institutos de crédito com deveres de esclarecimento e aconselhamento.

31. HESSE, K. (nota 7), número de margem 357 (acentuado no original).

32. Assim HESSE, K. (nota 7), número de margem 353. Ver também STERN, K. (nota 4), S. 1560 f. Mais recentemente, surgiram também na doutrina outras formas de tratamento da questão do efeito dos direitos fundamentais no direito privado. Nesse sentido, cabe mencionar: ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt a. M., 1994, S. 484 ff. Uma tentativa de esclarecer completamente o efeito dos direitos fundamentais no direito privado encontra-se em STERN, K. (nota 4), S. 1563 ff.

33. PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 82. Ver também HESSE, K. (nota 7), número de margem 350.

34. Assim, PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 92 (acentuado no original). Uma visão de conjunto detalhada sobre o efeito diante de terceiros de direitos fundamentais no direito privado e sobre a doutrina dos deveres de proteção jurídico-fundamentais encontra-se em SINGER, R. *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst*, in: JZ, 1995, S. 1135 ff.

35. BVerfGE 89, 214 (214 f.).

36. BVerfGE 89, 214 (215 f.).

to. Um maior de idade sabe também, no geral, sem advertências especiais que uma emissão de declaração de fiança apresenta um negócio arriscado. O banco pode, assim, partir disto, que aquele que assume uma obrigação de fiança conhece o alcance de sua atuação e avalia seu risco em responsabilidade própria. Coisa diferente vale, em todo caso, então, quando o banco, por meio de conduta própria e para ele reconhecível, suscita no cidadão um engano pelo qual o risco da responsabilidade é aumentado.³⁷

Entrementes o XI senado civil do Tribunal Federal, o competente para direito bancário, modificou essa jurisprudência. Sob o apelo ao Tribunal Constitucional Federal ele sustenta a concepção de que em uma paridade contratual perturbada o juiz é obrigado a um controle de conteúdo de contratos de fiança com auxílio das cláusulas gerais do código civil. A co-responsabilidade para dívidas bancárias altas de cônjuges ou pais pode mostra-se, sob determinados pressupostos, contrária aos bons costumes.³⁸

4.5.1.3 O caso concreto

4.5.1.3.1 O primeiro recurso constitucional

O pai da proponente do recurso constitucional trabalhava, primeiro, como agenciador de imóveis. Ele construía e vendia apartamentos. Em 1982 ele solicitou

para a caixa econômica municipal a duplicação de seu limite de crédito de 50.000 para 100.000 marcos. Quando a caixa econômica municipal pediu uma garantia, a proponente, então com 21 anos, assinou em 1982 um documento de fiança impresso com a quantia máxima de 100.000 marcos, afora os deveres acessórios.

O aumento do crédito foi então concedido. A proponente obteve para a conta de crédito um direito de assinatura mas ela mesma não dispunha de bens. Ela não tinha formação profissional, estava preponderantemente desempregada e recebia, ao tempo da declaração de fiança, 1.500 marcos líquido.

Em outubro de 1984 o pai da proponente abandonou seu negócio imobiliário e trabalhou doravante como armador. A caixa econômica municipal financiou a compra de um navio com 1.300.000 marcos. Em dezembro de 1986 ela rescindiu os créditos não cobertos (em torno de 2.400.000 marcos) e notificou a proponente que seria solicitada pela fiança.³⁹

4.5.1.3.2 O segundo recurso constitucional

A proponente afeiçoou-se em 1979 de sua própria dívida diante do banco demandante para a garantia de um “empréstimo de seguro” que havia sido concedido a seu cônjuge na quantia de 30.000 marcos. Na época da declaração da fiança ela

37. BVerfGE 89, 214 (217 f.). Essa jurisprudência encontrou, em parte, aprovação contida na literatura. Preponderantemente, porém, ela foi rejeitada. Também alguns tribunais estaduais rejeitaram o seu seguimento. Indicações bibliográficas e jurisprudência encontram-se, in: BVerfGE 89, 214 (217).

38. BVerfGE 89, 214 (217), com remissões à jurisprudência.

39. BVerfGE 89, 214 (218).

estava sem rendas e bens. Quando seu marido entrou em mora com o pagamento dos juros, o banco, em 1988, rescindiu o empréstimo. O saldo devedor consistia na época em 32.140,31 marcos. Pela inclusão do valor de resgate do seguro de vida ele foi reduzido a 16.274,02 marcos. Tendo por base este montante o banco demandou.⁴⁰

4.5.1.4 A posição do Tribunal Constitucional Federal

Segundo o Tribunal Constitucional Federal, as censuras da proponente afetam, antes, a interpretação daquelas cláusulas gerais que indicam aos tribunais cíveis um controle de conteúdo de contratos jurídico-obrigacionais, sobretudo os §§ 138 e 242 do BGB. Em sua concretização, de acordo com a proponente, devem ser considerados a autonomia privada e o direito de personalidade geral, o que os tribunais cíveis desconhecaram no procedimento inicial. Essa fundamentação, conforme o Tribunal Constitucional Federal, compreende acertadamente o significado dos direitos fundamentais para a concretização de cláusulas gerais jurídico-cíveis.

A Lei Fundamental, continua o Tribunal Constitucional Federal, contém em seu título de direitos fundamentais decisões básicas jurídico-constitucionais para todos os setores do direito. Essas decisões básicas desdobram-se por meio daquelas prescrições que dominam diretamente o campo jurídico respectivo e têm, sobretudo, também significado na interpretação de cláusulas gerais jurídico-cíveis. Quando os §§ 138 e 242

remetem, em geral, aos bons costumes, aos costumes de tráfego, assim como à boa-fé, eles pedem dos tribunais uma concretização pelo critério de concepções de valores que são, em primeiro lugar, determinadas pelas decisões de princípio da constituição. Por isso, os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da constituição, a considerar, na interpretação e emprego das cláusulas gerais, os direitos fundamentais como “linhas diretas”. Se eles desconhecem isto e decidem, por conseguinte, em prejuízo de uma parte processual, então eles a violam em seus direitos fundamentais.⁴¹

Em outro lugar, prossegue o Tribunal Constitucional Federal dizendo que a ciência do direito civil está, ao fim e ao cabo, de acordo sobre isto, que o princípio da boa-fé indica um limite imanente do poder de formação contratual e fundamenta a autorização para um controle de conteúdo judicial do contrato. Sobre os pressupostos e a intensidade do controle de conteúdo existe, sem dúvida, discussão na literatura jurídica. Para uma apreciação jurídico-constitucional basta, todavia, a comprovação de que o direito vigente, em todo o caso, tem à disposição instrumentos que tornam possível reagir apropriadamente a perturbações estruturais da paridade contratual.

Para os tribunais cíveis resulta disto o dever de, na interpretação e emprego de cláusulas gerais, prestar atenção a que contratos não sirvam como meio de determinações alheias. Se as partes contratuais estipularam uma regulação em si admissível,

40. BVerfGE 89, 214 (221, em aspas no original).

41. BVerfGE 89, 214 (229 f., em aspas no original) com remissões à jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional Federal.

então regularmente irá economizar-se um controle de conteúdo amplo. Mas se o conteúdo do contrato para uma parte é invulgarmente agravante e, como compensação de interesses, manifestamente inadequado, então os tribunais não devem satisfazer-se com a afirmação: “contrato é contrato”. Eles devem, antes, clarificar se a regulação é uma conseqüência de poder de negociação estruturalmente desigual e, dado o caso, intervir corretivamente no quadro das cláusulas gerais do direito civil vigente. Como eles devem proceder nisto e a quais resultados devem chegar é, em primeiro lugar, uma questão do direito ordinário, ao qual a constituição deixa um espaço livre amplo. Uma infração contra a garantia jurídico-fundamental da autonomia privada, porém, entra então em consideração quando o problema da paridade contratual perturbada nem sequer é visto ou sua solução é tentada com meios imprestáveis.⁴²

4.5.2 Direito de posse do locatário

4.5.2.1 O caso concreto

O proponente era locatário de uma casa. A locadora rescindiu a relação de aluguel e o proponente alegou, entre outras coisas, estar violado em seu direito de propriedade do artigo 14, alínea 1, frase 1 (A

propriedade e o direito de herança serão garantidos.), da Lei Fundamental.⁴³

4.5.2.2 A posição do Tribunal Constitucional Federal

Até a alegação do proponente, o Tribunal Constitucional Federal havia deixado aberta a questão se o direito de posse do locatário, resultante do contrato de aluguel, na casa alugada é propriedade no sentido desta garantia de liberdade.⁴⁴ Na decisão deste recurso constitucional o Tribunal Constitucional Federal respondeu-a afirmativamente,⁴⁵ ou seja, o direito de posse do locatário na casa alugada é propriedade no sentido do artigo 14, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental.⁴⁶

Segundo o Tribunal Constitucional Federal, a proteção de propriedade do locatário opõe-se a decisões judiciais de desconhecem o significado e alcance do artigo 14, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental, para o direito de posse. Também nisso a proteção de propriedade do locatário não se distingue em sua estrutura daquela do locador.⁴⁷

5. Conclusão

No século passado a influência foi no sentido contrário, especialmente claro em Laband, que tentou trabalhar o direito do

estado alemão a partir do “método” do direito privado. Com isso, a influência estava situada no plano doutrinal, ou seja, no dogmático. Neste século, principalmente depois da segunda guerra, a influência do direito constitucional sobre o direito civil encontra-se no plano jurisprudencial, isto é, no do aperfeiçoamento e desenvolvimento do direito. Dito em outras palavras: na constituição estão os pressupostos da criação, validade e realização das normas da ordem jurídica infra-constitucional e ela

determina, em grande medida, também o seu conteúdo; assim, ela converteu-se em um elemento da unidade da ordem jurídica total da comunidade e, nisto, ela não só exclui uma separação entre direito constitucional e outros setores jurídicos, especialmente do direito privado, mas também uma coexistência estanque destes setores jurídicos e, com isso, ela desenvolve, simultaneamente, aquele efeito que cimanta a unidade, o qual pressupõe a existência e efeito normativo da constituição mesma.

42. BVerfGE 89 214 (232 f., em aspas no original) com remissões à literatura. Ver, sobre esta sentença, na literatura: HESSE, H. A. und KAUFFMANN, P. Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung, in: JZ 1995, S. 219 ff.; GERNHUBER, H.-J. Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit, in: JZ, 1995, S. 1086 ff.

43. BVerfGE 89, 1.

44. BVerfGE 89, 1 (5 f.) com remissão à sua própria jurisprudência.

45. BVerfGE 89, 1 (6).

46. BVerfGE 89, 1 (frase direta número 1).

47. BVerfGE 89, 1 (10). Ver sobre esta sentença na literatura, crítico: ROELLECKE, G. Mietwohnungsbesitz als Eigentum, in: JZ, 1995, S. 74 ff.