

MARCELO SCHENK DUQUE

DIREITO PRIVADO E CONSTITUIÇÃO



Drittwirkung dos direitos fundamentais

Construção de um modelo de convergência
à luz dos contratos de consumo

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

DIREITO PRIVADO E CONSTITUIÇÃO
Drittwirkung dos direitos fundamentais
Construção de um modelo de convergência
à luz dos contratos de consumo

MARCELO SCHENK DUQUE

CLAUDIA LIMA MARQUES

Apresentação

© desta edição [2013]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELLE TAPAI

Diretora responsável

Visite nosso *site*

www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil [04-2013]

Profissional

Fechamento desta edição:

[26.03.2013]



ISBN 978-85-203-4743-0

745

969907

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO – CLAUDIA LIMA MARQUES.....	11
ABREVIATURAS.....	29
INTRODUÇÃO	35
1. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS DE CONSUMO: O SIGNIFICADO DA <i>DRITTWIRKUNG</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO	39
1.1 A origem do debate em torno da <i>Drittwirkung</i> dos direitos fundamentais.....	40
1.2 Necessidade de mudança pelo horizonte da questão.....	43
1.3 Questões terminológicas.....	49
1.4 Delimitação do campo de aplicação.....	50
1.5 Previsão da <i>Drittwirkung</i> no texto constitucional.....	53
1.6 Conclusões parciais.....	56
2. RAZÕES PARA O RECONHECIMENTO DE UMA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	57
2.1 Argumentos favoráveis ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	57
2.2 O chamado efeito de irradiação dos direitos fundamentais.....	66
2.3 A teoria do efeito recíproco (<i>Wechselwirkungstheorie</i>) dos direitos fundamentais.....	74
2.4 A primazia de conhecimento do direito privado.....	81
2.5 Críticas à possibilidade de <i>Drittwirkung</i>	93
2.6 Conclusões parciais.....	98
3. TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	102
3.1 A teoria da eficácia direta (imediate) dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	102

3.1.1	Origem da teoria da eficácia direta.....	102
3.1.2	Pilares da teoria da eficácia direta.....	106
3.1.3	Críticas à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	117
3.1.3.1	Conjunto da tradição histórica.....	118
3.1.3.2	Natureza e função dos direitos fundamentais.....	121
3.1.3.3	Impossibilidade de recondução à cláusula de aplicabilidade imediata.....	135
3.1.3.4	Incompatibilidade do modelo de eficácia direta com o princípio da autonomia privada.....	149
	A. Significado da autonomia privada.....	150
	B. Garantia da autonomia privada na constituição.....	151
	C. Estrutura do direito de livre desenvolvimento da personalidade: liberdade de ação geral.....	154
	D. A importância do conceito de liberdade para a definição dos contornos da autonomia privada.....	160
	E. Necessidade de compatibilização da liberdade entre titulares diversos.....	163
	F. Autonomia como valor central do direito privado.....	165
	G. Limites à autonomia privada.....	167
	H. Necessidade de configuração legislativa para garantia da autonomia privada.....	180
	I. O exemplo do <i>caso fianças</i>	182
	J. Conclusão pela incompatibilidade do modelo de eficácia direta com o princípio da autonomia privada. ..	185
3.1.4	Possibilidade de reconhecimento de um caráter excepcional ou subsidiário da eficácia direta.....	189
3.1.5	Conclusões parciais.....	192
3.2	Teoria da eficácia indireta (mediata) dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	195
3.2.1	Origem e elementos principais da teoria da eficácia indireta.....	195
3.2.2	A abrangência da teoria da eficácia indireta para além do veículo das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.....	197
3.2.3	A teoria da eficácia indireta como corolário da exigência de mediação legislativa.....	201

3.2.4	A mediação dos tribunais no plano da teoria da eficácia indireta.	205
3.2.5	A questão da interpretação conforme a constituição	211
3.2.5.1	Em que consiste e como é legitimada a interpretação conforme?	212
3.2.5.2	Quem é competente para efetuar a interpretação conforme e quem detém a última palavra?	215
3.2.5.3	A interpretação conforme possui eficácia vinculante?.....	220
3.2.5.4	Onde repousam os limites da interpretação conforme?...	226
3.2.5.5	A relevância da técnica de interpretação conforme para o problema da <i>Drittwirkung</i>	229
3.2.6	A importância da sentença <i>Lüth</i> para a afirmação da teoria da eficácia indireta	231
3.2.7	Densidade do exame do tribunal constitucional frente a controvérsias jurídico-privadas	234
3.2.7.1	Densidade do controle exercido pelo tribunal constitucional em face de decisões tomadas pelo legislador.....	236
3.2.7.2	Densidade do controle exercido pelo tribunal constitucional em face de decisões proferidas pelas instâncias ordinárias em matéria civil	246
3.2.7.3	Fórmulas desenvolvidas pela doutrina para demarcar a densidade de exame do tribunal constitucional	254
	A. Fórmula de Heck – Direito constitucional específico ..	255
	B. Fórmula de Schumann	261
	C. Teoria escalonada – <i>Stufen Theorie</i>	263
3.2.7.4	Balanço e conclusões parciais	265
3.2.8	O significado das cláusulas gerais para a transposição dos direitos fundamentais para o direito privado	270
3.2.8.1	A noção de cláusula geral	270
3.2.8.2	A relevância das cláusulas gerais para a o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas	273
3.2.8.3	As cláusulas gerais como espaço de conformação judicial transferido pelo legislador aos tribunais	277

3.2.8.4	As cláusulas gerais como campo de aplicação jurídica criadora	281
3.2.8.5	Critérios voltados à compatibilização do recurso da aplicação jurídica criadora com o ordenamento jurídico constitucional	288
3.2.9	Efetividade dos direitos fundamentais e dependência em face da configuração da ordem jurídico-privada	291
3.2.10	Críticas à teoria da eficácia indireta	293
3.2.11	A questão do poder social como critério para se aferir a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas	298
3.2.12	Verificação quanto à eventual equivalência de resultados entre as teorias da eficácia direta e indireta	307
3.2.13	Conclusões parciais	313
3.3	A teoria dos deveres de proteção do Estado	314
3.3.1	Fundamentação da teoria dos deveres de proteção do Estado	315
3.3.2	O desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção do Estado no BVerfG	323
3.3.3	Quando os deveres de proteção do Estado devem ser ativados	326
3.3.4	A decisão quanto à forma de cumprimento dos deveres de proteção do Estado	333
3.3.5	A proteção da pessoa contra si mesma	340
3.3.6	Os deveres de proteção do Estado e o consumidor	349
3.3.7	O dilema entre segurança e liberdade	357
3.3.8	Existem direitos subjetivos à proteção?	360
3.3.9	A atuação dos tribunais na concretização dos deveres de proteção do Estado	369
3.3.10	A recondução da teoria dos deveres de proteção do Estado ao modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas	372
3.3.11	Conclusões parciais	381
4.	A TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO COMO COROLÁRIO DO MODELO DE CONVERGÊNCIA DO DIREITO PRIVADO PARA A CONSTITUIÇÃO À LUZ DOS CONTRATOS DE CONSUMO	384
4.1	A proteção do consumidor como modelo de fundamentação na perspectiva de um dever fundamental de proteção do Estado	384
4.2	A incorporação da teoria do diálogo das fontes à teoria da constituição ..	388

4.3	O modo pelo qual a teoria do diálogo das fontes é incorporada na teoria da constituição: o pensamento de convergência do direito privado para o direito constitucional	391
4.4	A noção de unidade do ordenamento jurídico como fundamento da ideia de convergência do direito privado para a Constituição	393
4.5	A vantagem do pensamento de convergência em relação à teoria da constitucionalização do direito privado	397
4.6	Conclusões parciais	405
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	407
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	417