

CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE ATORES PRIVADOS: “EFEITOS HORIZONTAIS INDIRETOS” E PRESSUPOSTOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS*

Jörn Reinhardt

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Bremen, Alemanha. Doutor pela Freie Universität Berlin e Habilitação pela Universidade de Hamburgo.

Resumo: De acordo com a doutrina alemã a respeito, os direitos fundamentais não são apenas direitos “negativos” do cidadão contra o Estado. Eles também afetam várias relações entre atores privados. Devido ao “efeito horizontal”, conflitos entre privados podem assumir o caráter de conflito de direitos fundamentais. Ao examinar a jurisprudência relevante do Tribunal Constitucional Federal alemão, o presente artigo argumenta que as obrigações de atores privados aumentam na medida em que eles determinem as condições para o exercício de liberdades fundamentais de terceiros. Empresas privadas têm assumido funções que antes eram desempenhadas pelo Estado; elas se apropriam de espaços públicos ou viabilizam comunicação de massa na internet. Sem negligenciar as diferenças entre atores privados e estatais, a proteção das condições para o exercício de direitos fundamentais pode justificar restrições da autonomia privada bem como das liberdades econômicas.

Palavras-chave: Doutrina dos direitos fundamentais. “Drittwirkung”. Efeito horizontal. Obrigações positivas. Autonomia privada. Condições para o exercício de direitos fundamentais.

Sumário: I Introdução – II A vinculação de atores privados a direitos fundamentais no caso de empresas controladas pelo Poder Público – III A vinculação a direitos fundamentais de atores privados nos espaços públicos – IV Delineamentos da proteção dos pressupostos dos direitos fundamentais – V Conclusão – Referências

I Introdução

Os direitos fundamentais, conforme art. 1º, §3º, da Lei Fundamental alemã, vinculam “o legislativo, o executivo e o judiciário como direito diretamente aplicável”. Enquanto as autoridades públicas estão diretamente vinculadas aos

* Tradução: Paula Galbiatti Silveira e Douglas Elmauer. Revisão e adaptação final de texto: Jeferson Ferreira Barbosa.

direitos fundamentais, a produção de efeitos entre atores privados é considerada, desde o caso *Lüth*, como “indireta” pelo Tribunal Constitucional alemão (BVerfG).¹ Este efeito é “indireto”, porque se expressa no conteúdo jurídico objetivo dos respectivos direitos fundamentais que o legislador deve considerar na configuração do sistema jurídico, bem como os tribunais na aplicação das disposições legais. De acordo com Matthias Jestaedts, o caso *Lüth* contém o “código-fonte da dogmática dos direitos fundamentais”.² Isso se baseia na distinção, por um lado, entre um poder estatal vinculado a direitos fundamentais (e legitimado democraticamente) e, por outro lado, entre atores sociais igualmente titulares de direitos fundamentais, apesar das diferenças existentes. Além disso, baseia-se em certa compreensão do papel e do funcionamento dos direitos fundamentais, os quais não são somente “direitos de defesa” negativos contra interferências desproporcionais do Estado, mas também normas objetivas. Enquanto tais, são a expressão de uma decisão constitucional fundamental que reivindica validade para a ordem jurídica como um todo e obriga o Estado a elaborá-la em conformidade com os direitos fundamentais.

Embora estas orientações centrais sobre a dogmática dos direitos fundamentais sejam amplamente aceitas, isto não se aplica às suas implicações. Especialmente as consequências da objetivação dos direitos fundamentais operada a partir do caso *Lüth* fazem parte das questões controversas e em parte não refletidas da teoria e da dogmática dos direitos fundamentais.³ Na forma de normas objetivas, os direitos fundamentais afetam o direito como um todo e, portanto, também as relações de direito privado. O nível de proteção e o alcance das obrigações em matéria de direitos fundamentais entre atores privados dependem decisivamente de como o conteúdo objetivo-jurídico do respectivo direito fundamental é compreendido. Em contrapartida, a diferenciação entre uma obrigação direta e uma meramente indireta permanece em segundo plano ou perde importância. Além disso, a distinção entre esferas estatal e social, entre público e privado como tal perde seu poder de diferenciação e uma demarcação clara torna-se cada vez mais difícil. Neste contexto, a transformação da esfera

¹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 15.1.1958, 1 BvR 400/51 = ALEMANHA. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, v. 7. Tübingen: Mohr Siebeck, 1958. p. 198-230 – Lüth.

² JESTAEDT, Matthias. Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen – Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung. In: RILL, Bernd (Ed.). *Grundrechte – Grundpflichten: eine untrennbare Verbindung*. München: Hanns-Seidel-Stiftung, 2001. p. 70.

³ Vide especialmente LEPSIUS, Oliver. Die maßstabsetzende Gewalt. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christoph; SCHÖNBERGER, Christoph. *Das entgrenzte Gericht*. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 186 et seq.

estatal e as conexões entre Estado e economia ameaçam diluir os contornos do direito público.⁴

O Tribunal Constitucional reagiu a isso confirmando as diferenças dogmáticas fundamentais da jurisprudência inicial sobre efeitos horizontais como ponto de partida. Embora tome por base as orientações dogmáticas fundamentais do caso *Lüth*, o tribunal flexibilizou simultaneamente o conceito referente aos efeitos, a fim de reafirmar que normas de direitos fundamentais também se aplicam em áreas (parcialmente) privatizadas. O caso *Fraport* é, em certa medida, uma expressão do esforço, por um lado, de destacar uma continuidade conceitual e, por outro, de encontrar uma resposta para possíveis limitações a direitos fundamentais em áreas nas quais o Estado não pode exercer influência direta em razão de tê-las privatizado.

Apesar da distinção entre uma vinculação a direito fundamental entre atores privados somente “indireta” e uma vinculação “direta” de autoridades públicas, o Tribunal amplia a primeira ao incluir acionistas privados de empresas controladas pelo Poder Público na responsabilidade pelos direitos fundamentais conforme o direito público (II). Além disso, o tribunal sugere que a vinculação indireta em áreas essenciais, para a realização dos direitos fundamentais, pode aproximar-se ou igualar-se em relação aos efeitos da vinculação direta. Para tornar esse ponto mais claro, discuto mais detalhadamente as questões relacionadas a *Fraport* e explico algumas características das obrigações de direitos fundamentais diretas e indiretas em espaços públicos (III). Característico para a incidência dos direitos fundamentais no direito privado é que as posições de direitos fundamentais dos diversos titulares entrem em conflito. A proteção dos pressupostos dos direitos fundamentais pelos tribunais exige um “modelo de ponderação” (*Abwägungsmodell*) diferenciado. Em particular, torna-se relevante a questão sobre a importância das decisões privadas autônomas em relação ao exercício das liberdades fundamentais (IV).

II A vinculação de atores privados a direitos fundamentais no caso de empresas controladas pelo Poder Público

Para avaliar quem é o destinatário da vinculação direta de direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional baseia-se em critérios formais,⁵ cujo fator

⁴ GRIMM, Dieter. *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 28 *et seq.*

⁵ A ideia de uma ordem jurídica é formal, mesmo que se baseie em certos pressupostos sobre a relação entre Estado e sociedade e as condições em que os direitos fundamentais são realizados. Sobre os

determinante não é o poder de fato ou social de atores privados, mas a atribuição à autoridade pública do Estado. A afirmação aparentemente simples de que a autoridade pública está sujeita a uma vinculação direta aos direitos fundamentais torna-se mais complicada à medida que as manifestações da autoridade pública se tornam menos claras. Assim, ao passo em que as formas clássicas de ação e de organização recuam e o Estado estabelece as mais diversas formas de cooperação, torna-se mais difícil identificar os atores com obrigações diretas de direitos fundamentais.

Este é o ponto de partida do problema da decisão no caso *Fraport*: o caso lidava com a questão sobre vinculação direta de direitos fundamentais de uma empresa de economia mista de direito privado. A empresa Fraport AG, operadora do aeroporto de Frankfurt, e também proprietária dos terrenos deste, proibiu a entrada de requerentes ativistas em uma iniciativa contra deportações. Os ativistas haviam protestado no balcão da companhia aérea alemã Lufthansa contra uma deportação iminente. Em consequência, a empresa Fraport AG expulsou os ativistas do local e anunciou que seriam acusados penalmente de invadir propriedade de terceiro caso isso se repetisse. A ação judicial dos reclamantes sobre a proibição de entrada não teve êxito, em razão de os tribunais ordinários terem negado que a Fraport AG, organizada na forma do direito privado, estaria diretamente vinculada aos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional, por sua vez, aceitou a reclamação constitucional e anulou as decisões anteriores. O processo teria dado ao tribunal de origem a oportunidade de rever suas determinações sobre a dogmática de direitos fundamentais neste contexto. O caso também foi discutido pelos reclamantes como expressão da necessidade de, meio século depois de *Lüth*, reajustar os princípios da vinculação a direitos fundamentais entre atores privados e de estender a vinculação direta também a eles.⁶ O Tribunal, contudo, não o fez, mas alargou sua jurisprudência sobre a vinculação a direitos fundamentais para empresas públicas de direito privado. O tribunal esforçou-se no caso *Fraport* primeiramente em uma continuidade conceitual e fática da diferenciação tradicional entre vinculação direta e indireta:

pressupostos do modelo de sociedade civil, vide GRIMM, Dieter. *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987. p. 45. A garantia da igualdade das liberdades jurídicas, por si só, não conduz à realização de uma ordem social correspondente aos direitos fundamentais. A compreensão dos direitos fundamentais como normas objetivas também se justifica por referência aos déficits desse modelo social.

⁶ Veja também FISCHER-LESCANO, Andreas; MAURER, Andreas. Grundrechtsbindung von privaten Betreibern öffentlicher Räume. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, v. 59, n. 20, p. 1393-1395, 2006. p. 1393 *et seq.* Sobre o tema, vide também KERSTEN, Jens; MEINEL, Florian. Grundrechte in privatisierten öffentlichen Räumen. *JuristenZeitung (JZ)*, v. 62, n. 23, p. 1127-1134, 2007. p. 1127 *et seq.*

A vinculação direta a direitos fundamentais [...] difere-se fundamentalmente da mera vinculação indireta, à qual, em princípio, estão submetidos também os atores e as empresas privadas – especialmente conforme os princípios do efeito horizontal indireto e com base nos deveres estatais de proteção. Enquanto estes se baseiam em um princípio de responsabilização com respeito ao cidadão, os primeiros servem para equilibrar as esferas privadas de liberdades e são, portanto, relativos.⁷

Quanto às empresas que são totalmente estatais, já foi reconhecido que estão diretamente vinculadas pelos direitos fundamentais, mesmo que estejam organizadas na forma do direito privado.⁸ Essa vinculação direta aos direitos fundamentais, conforme a decisão no caso *Fraport*, também se aplica às empresas de economia mista, se forem controladas por acionistas públicos.⁹ A vinculação da empresa aos direitos fundamentais não é apenas seu efeito em relação a acionistas públicos, que deveriam então exercer influência sobre a empresa conforme suas possibilidades; é a empresa enquanto tal a diretamente vinculada aos direitos fundamentais.¹⁰ Em um processo judicial, os

⁷ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, ponto 59. Sobre a decisão no caso *Fraport* veja especialmente o comentário de ENDERS, Christoph. BVerfG, 22. 2. 2011 – 1 BvR 699/06. Grundrechtsbindung eines von der öffentlichen Hand beherrschten Unternehmens. *JuristenZeitung (JZ)*, v. 66, n. 11, p. 568-580, 2011, e também MASING, Johannes. Droits fondamentaux et privatisations – une perspective allemande. *Jus Politicum*, n. 9, 2013. Disponível em: <http://juspoliticum.com/Droits-fondamentaux-et.html>. Veja ainda GURLIT, Elke. Grundrechtsbindung von Unternehmen. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, v. 15, n. 7, p. 249-255, 2012.

⁸ “Não há fuga no direito privado”. Ver ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, n. 50 (com referências à jurisprudência e à literatura), e também ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 19.7.2016, 2 BvR 470/08, n. 27 *et seq.*

⁹ Sobre o critério de “domínio”, geralmente podem ser utilizadas as valorações correspondentes do direito civil. O tribunal considera que o critério está preenchido se pelo menos mais da metade das ações forem propriedade pública, cf. ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, n. 53. No caso da *Fraport S.A.*, havia a particularidade de que essas ações estavam distribuídas entre vários órgãos do poder estatal, os quais não tinham necessariamente os mesmos interesses.

¹⁰ De acordo com a jurisprudência, a vinculação aos direitos fundamentais exclui uma titularidade simultânea de direitos fundamentais. Disposições diferentes se aplicam às pessoas jurídicas de direito público diretamente associadas a esferas da vida protegidas por determinados direitos fundamentais ou que, por sua natureza, lhe pertençam de antemão, tais como empresas de radiodifusão, universidades e suas faculdades, ou igrejas e outras comunidades não confessionais de direito público, cf. os correspondentes padrões de argumentação: MÖLLERS, Christoph. *Staat als Argument*. München: Beck, 2000. p. 297 *et seq.* Contudo, estes princípios não devem ser aplicados irrestritamente no caso de pessoas jurídicas nacionais de direito privado detidas por Estado estrangeiro. Sobre isso, veja a decisão recente ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11 u.a. – *Atomusstieg*, n. 191 e ss. O Tribunal Constitucional alemão refere-se aqui à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos (EGMR). *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, j. 13.12.2007, nº 40998/98, §79 *et seq.*), a qual não distingue pessoas jurídicas estatais e não estatais quanto à proteção da propriedade.

atores privados podem invocar diretamente seus direitos fundamentais contra a empresa. Consequentemente, esta vinculação também se estende aos acionistas privados que detêm participação na Fraport AG. Contudo, isto não significa que eles próprios se tornem portadores de autoridade pública, pois sua posição jurídica enquanto titulares de direitos fundamentais permanece inalterada, em seu conjunto (independentemente) e também em relação aos acionistas públicos da empresa.¹¹

III A vinculação a direitos fundamentais de atores privados nos espaços públicos

Com a identificação de quem está vinculado pelos direitos fundamentais, ainda não está decidida a questão acerca de “como” se dá essa vinculação. Isso é comparativamente claro no caso de uma vinculação direta da empresa a direito fundamental: o exercício do direito relativo ao domicílio (*Hausrecht*) não mais constitui, nessas condições, um ato de autonomia privada na configuração de relações jurídicas – as quais seriam em princípio livres de vinculação a direitos fundamentais – mas sim uma restrição à liberdade de reunião dos reclamantes, a qual está sujeita às correspondentes exigências de conformidade ao direito. No entanto, a liberdade de reunião não confere o direito de reunir-se em qualquer lugar, mas somente na medida em que esse esteja aberto ao público e seja, em princípio, acessível. Essa condição foi considerada pelo tribunal como preenchida para as zonas do aeroporto abertas ao público em geral, considerando que essas áreas são “zonas de comunicação pública” (com base na jurisprudência do *public forum* da Suprema Corte do Canadá), nas quais, consequentemente, também devem ser aplicadas as normas de direito público.¹² Para que haja uma restrição de direitos fundamentais, é necessária uma base legal que satisfaça as exigências do art. 8º, §2º, da Lei Fundamental alemã.¹³ Além disso, a interferência deve respeitar a proibição do excesso (*Übermaßverbot*), em outras palavras, deve

¹¹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, n. 55.

¹² ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, n. 69 *et seq.* Para especificar este ponto, *vide* ALEMANHA. Bundesgerichtshof (BGH). BGH, j. 26.6.2015, V ZR 227/14 (reclamação contra o operador do aeroporto Berlin-Schönefeld relativa à tolerância de reuniões na parte livremente acessível).

¹³ Como não existem normas de autoridade pública a esse respeito, o BVerfG se refere aos direitos de propriedade do direito civil de acordo com os §§903, 1004, do Código Civil alemão. Uma restrição de direito fundamental ativa basicamente à reserva legal. As dificuldades dogmáticas associadas são frequentemente citadas como argumento contra uma aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares. Também o Tribunal Constitucional alemão deve fazer concessões em relação à certeza da base de intervenção.

ser proporcional. A consequência da vinculação direta da Fraport AG a direitos fundamentais consiste em que direito relativo ao domicílio (*Hausrecht*) não pode mais ser exercido conforme o direito privado. Assim, como empresa diretamente vinculada aos direitos fundamentais, a Fraport AG não pode, conforme decisão do tribunal, “recorrer à subjetividade de liberdades arbitrárias”.¹⁴

Recorrer à subjetividade de liberdades arbitrárias é exatamente o que uma empresa total ou parcialmente privada faria nessa situação. A vinculação a direitos fundamentais a que uma empresa privada está sujeita é, conforme o conceito estabelecido no caso *Lüth*, apenas indireta, o que está associado a uma dupla relativização: por um lado, o efeito dos direitos fundamentais é alcançado por meio de uma interpretação das normas à luz dos direitos fundamentais (neste caso, por sua vez, os direitos de propriedade do direito civil, conforme §§903, 1004 do Código Civil alemão).¹⁵ Por outro lado, esse efeito é relativizado, pois deve ser considerado que, em um conflito entre atores privados, em ambos os lados estão presentes titulares de direitos fundamentais, o que não significa medir a interferência na posição de direito fundamental de uma parte por meio da proibição do excesso, mas sim que os direitos de ambos sejam aplicados. Embora o Tribunal Constitucional tenha enfatizado, em decisões anteriores, a diferença entre níveis de proteção, ressaltou no caso *Fraport que de uma vinculação indireta a direitos fundamentais também pode resultar* em um elevado nível de proteção, cujos efeitos se assemelham àqueles gerados pela vinculação do Estado. Imediatamente após a passagem, na qual o tribunal novamente enfatiza a importância das diferenças entre a vinculação direta do Estado aos direitos fundamentais e a vinculação indireta de atores privados, o tribunal refere-se ao efeito potencialmente intenso da vinculação indireta:

Isto não significa, contudo, que o efeito dos direitos fundamentais – direito ou indireto – e, por conseguinte, a obrigação imposta a atores privados seja, em todo caso, menos abrangente. De acordo com o conteúdo da garantia e da configuração fática do caso, a vinculação indireta de atores privados pode aproximar-se ou igualar-se à do Estado.¹⁶

¹⁴ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, n. 58.

¹⁵ Com isso assume-se que existem normas jurídicas infraconstitucionais adequadas para implementar as exigências das normas constitucionais relativas a direitos fundamentais. Se esse não for o caso e, apesar disso (ou precisamente por esse motivo), houver recurso aos direitos fundamentais para impor direitos e deveres elementares entre privados, é muito difícil que o efeito, no sentido apresentado anteriormente, possa ser definido como indireto (*vide* BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. p. 172: A distinção “direto/indireto não se aplica aqui”).

¹⁶ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, n. 59.

Uma das obrigações relativas à vinculação do Estado a direitos fundamentais pressupõe uma responsabilidade especial dos atores privados, ou seja, uma responsabilidade especial de garantia, por parte do Estado, na configuração da esfera social em que os atores privados ocupem uma posição de destaque. Isso é particularmente importante quando se trata da proteção dos pressupostos para o exercício efetivo dos direitos fundamentais, sendo a comunicação pública uma dessas condições, e essencial também para a ordem democrática. O Tribunal Constitucional sugere isto no caso *Fraport*:

Em relação à proteção da comunicação, deve se considerar especialmente nos casos em que empresas privadas fornecem as condições básicas para a comunicação pública e, por conseguinte, assumem funções que – como a prestação de serviços postais e de telecomunicações – eram anteriormente atribuídas ao Estado no cumprimento de tarefas relativas ao fornecimento de bens e serviços essenciais.¹⁷

No caso *Fraport*, o tribunal pôde deixar em aberto em que medida essa situação também se aplica quanto à liberdade de reunião ou de expressão em casos em que os “locais de comunicação pública” são controlados por atores privados, uma vez que a Fraport AG estava sob o controle do Poder Público e com isso foi submetida à vinculação direta aos direitos fundamentais. Esta questão tornou-se novamente sobressalente em uma recente decisão de julho de 2015 sobre a realização de uma reunião em Passau.¹⁸ Os requerentes pretendiam organizar uma “*Bierdosen-Flashmob* para a liberdade” no local Nibelungenplatz, em Passau. O proprietário do local expulsou os manifestantes (*Hausverbot*), o que foi confirmado pelo tribunal ordinário, assim como foi deferido o pedido de medida cautelar pelo Tribunal Constitucional. Contudo, o tribunal decidiu, nos termos do §32 da lei sobre este Tribunal, sobre a consequente “ponderação das consequências” (*Folgeabwägung*) da proibição, não se pronunciando sobre o mérito. Contudo, para que a “ponderação das consequências” pudesse incidir, a câmara competente do tribunal teve que considerar a reclamação constitucional, no processo principal, como admissível e como não manifestamente infundada e, ao fazê-lo, verificou as declarações feitas *obiter dictum* na decisão do caso *Fraport*, apenas com algumas diferenças:

¹⁷ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, n. 59.

¹⁸ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG (K), j. 18.7.2015, 1 BvQ 25/15 – *Passau Nibelungenplatz*. A decisão da terceira câmara do primeiro senado foi tomada pelos juízes Gaier e Masing, assim como pela Juíza Baer.

Como proprietária privada, a GmbH & Co. KG não está diretamente vinculada aos direitos fundamentais como as autoridades públicas. No entanto, os direitos fundamentais têm efeitos como princípios objetivos, e a liberdade de reunião deve ser considerada, na forma de uma ponderação, tendo em vista o efeito horizontal indireto. O alcance desta vinculação é determinado conforme o princípio da concordância prática na ponderação dos direitos fundamentais em conflito. Conforme afirmado pelo Tribunal Constitucional, atores privados podem estar vinculados pelos direitos fundamentais por meio do efeito horizontal indireto, independente de seus próprios direitos fundamentais, de forma semelhante ou idêntica ao Estado, especialmente se estes atuarem, de fato, em uma posição de obrigação ou garante comparável com a ocupada tradicionalmente pelo Estado (Vide BVerfGE 128, 226 <248>).¹⁹

Um detalhe importante reside na ênfase dada à situação fática das obrigações e à posição de garante de atores privados. Isto não é secundário, uma vez que a obrigação dos atores privados é formulada como mais que somente um reflexo de obrigações do Estado no sentido de um efeito horizontal indireto. Não se busca aqui extrapolar a redação de uma decisão do tribunal tomada no âmbito de medidas de urgência. Esse ponto demonstra que a distinção central para a teoria do efeito horizontal, entre vinculação direta ou indireta, é menos importante que as dimensões de direitos fundamentais e o conteúdo da garantia de um direito fundamental específico. Assim, não é imprescindível saber quem está vinculado direta ou indiretamente, mas sim como é formulado o conteúdo objetivo-jurídico do direito fundamental. Como consequência da jurisprudência do *public forum* citada pelo Tribunal Constitucional no caso *Fraport*, as normas de direitos fundamentais de direito público devem ser plenamente aplicadas nos espaços públicos (mesmo que sejam privatizados). Basicamente, o foco já não está mais na questão de saber se se trata de uma pessoa pública ou privada, mas sim se está em questão um bem público.

¹⁹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG (K), j. 18.7.2015, 1 BvQ 25/15 – *Passau Nibelungenplatz*, n. 6.

IV Delineamentos da proteção dos pressupostos dos direitos fundamentais

As condições para a liberdade de reunião se tornaram o centro do problema nas decisões dos casos *Fraport* e *Passau Nibelungenplatz*, porque as transformações no espaço público também modificaram as possibilidades de exercício dos direitos fundamentais. Embora o exercício da liberdade de reunião possa, por si só, ter efeitos sobre outras posições de direitos fundamentais, ele ainda não apareceu de forma proeminente na jurisprudência do tribunal sobre efeito horizontal. Isso deve-se também ao fato de que as reuniões tradicionalmente ocorrem em espaços públicos e é apenas com a crescente privatização destes espaços que a liberdade de reunião se torna visivelmente conflituosa. A decisão no caso *Fraport* contém apenas uma observação *obiter dictum* a respeito, uma vez que o Tribunal Constitucional considerou ser o operador do aeroporto de Frankfurt em sua totalidade uma empresa pública, o que permitiu afirmar que está plenamente vinculado aos direitos fundamentais.

Os contornos dos conflitos de direitos fundamentais se modificam quando se trata de operador privado. A sugestão do Tribunal Constitucional de que os atores privados, em sede de efeitos horizontais indiretos, podem estar vinculados a obrigações semelhantes à do Estado é uma consequência da concepção de direitos fundamentais que o tribunal aplica desde o caso *Lüth*. Com o reconhecimento de que os direitos fundamentais não são apenas direitos de defesa subjetivos contra intervenções estatais, mas também representam normas jurídicas-objetivas, tornam-se princípios ordenadores elementares para a sociedade e a vida social.²⁰ Os consequentes problemas associados à dogmática dos direitos fundamentais referem-se não somente à construção do efeito horizontal (no sentido de efeitos diretos ou indiretos), mas sobretudo ao conteúdo e ao âmbito. Em que condições existe uma obrigação similar a atores privados? De acordo com quais parâmetros é escalonada a responsabilidade pelos direitos fundamentais? A questão principal já não é saber se os direitos fundamentais têm efeitos sobre normas de direito privado,²¹ mas se trata de lidar de maneira construtiva com os vários problemas decorrentes, os quais podem estar associados à objetivação das

²⁰ Sobre a evolução da jurisprudência relativa ao sistema de valores em relação ao conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, vide DREIER, Horst. *Dimensionen der Grundrechte*. Hannover: Hennies und Zinkeisen, 1993, assim como CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.

²¹ Essa afirmação parece, tendo em vista a supremacia da Constituição, quase autoevidente. No entanto, foi contestada em sede de direito civil, nomeadamente por DIEDERICHSEN, Uwe. Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht. In: STARCK, Christian (Ed.). *Die Rangordnung der Gesetze*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1995. p. 50 et seq.

posições de direitos fundamentais. Neles está incluído o perigo de uma expansão indiferenciada dos direitos fundamentais, uma “sobreconstitucionalização” (*Überkonstitutionalisierung*) da ordem jurídica e, finalmente, a uma “dissolução dos limites” (*Entgrenzung*) do Tribunal Constitucional.²² As questões dogmáticas da origem e do conceito sobre os efeitos de direitos fundamentais entre atores privados são interligadas a questões sobre separação de poderes, especialmente o papel do Tribunal Constitucional na relação com o legislador e com os tribunais inferiores, os quais também acompanham o debate sobre liberdade de reunião em espaços privatizados.

Na sequência, são explicadas as razões pelas quais não é plausível um retorno a uma compreensão liberal dos direitos fundamentais, que opera com uma simples distinção entre coerção estatal e liberdade social e entende os direitos fundamentais exclusivamente como direitos de defesa. A expansão da compreensão dos direitos fundamentais é, em certo sentido, uma consequência das transformações do Estado que não podem ser facilmente revertidas (IV.1). Isto se dá também considerando as dificuldades ligadas ao tratamento dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais. São inúmeras as tentativas de processar e de controlar dogmaticamente os efeitos jurídico-objetivos, as quais atuam em diferentes níveis e incluem, por um lado, a especificação dos conteúdos de proteção e de garantia dos direitos fundamentais e, por outro, a utilização de categorias da dogmática dos deveres de proteção. A resolução dos conflitos de direitos fundamentais entre atores privados requer um equilíbrio de interesses e o estabelecimento de “concordância prática” (IV.2). Entre os problemas presentes em diversas constelações de casos e que determinam a forma de lidar com os conflitos de direitos fundamentais entre privados está a situação fática dos pressupostos dos direitos fundamentais. Ela caracteriza os contornos do problema na decisão do caso *Fraport*, mas também vai para além deles. Como pressupostos dos direitos fundamentais são compreendidos os fatores dos quais depende a possibilidade prática do exercício de um direito fundamental. Diversas decisões em “contextos de efeitos horizontais” (*Drittwirkungskonstellationen*) referem-se à questão de quem e em qual medida tem o dever de garantir os pressupostos para o exercício e usufruto de direitos fundamentais. Até que ponto incide nesses casos a proteção dos direitos fundamentais? Em que medida existe uma responsabilidade de atores privados no que se refere a garantir tal proteção?

²² Veja a crítica em JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christoph; SCHÖNBERGER, Christoph. *Das entgrenzte Gericht*. Berlin: Suhrkamp, 2011, e sobre a decisão no caso *Lüth*, vide especialmente a contribuição de LEPSIUS, Oliver. Die maßstabsetzende Gewalt. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christoph; SCHÖNBERGER, Christoph. *Das entgrenzte Gericht*. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 186 et seq.

Neste contexto, são delineados os contornos da responsabilidade de atores privados no que se refere aos pressupostos dos direitos fundamentais (IV.3).

IV.1 Retorno a um entendimento “liberal” dos direitos fundamentais?

A distinção entre “Estado” e “sociedade”, conforme desenvolvida pelo pensamento político do século XVIII, resume o que se apresenta como um processo complexo de diferenciação social.²³ Com a garantia das liberdades civis, a sociedade tornou-se independente e pôde ser colocada em paralelo em relação ao poder estatal, o qual se organiza independentemente. Nessa perspectiva, a liberdade como direito fundamental é entendida primeiramente como liberdade contra o Estado e assegurada como uma função defensiva.

Mesmo nesse entendimento, muitas vezes qualificado como paradigma liberal de direitos fundamentais, a liberdade não é ilimitada, mas restringida pela mesma liberdade dos outros. Esta demarcação é menos uma restrição do que uma condição de possibilidade da liberdade como direito fundamental, a qual somente pode ser entendida como uma liberdade igual para todos. O exercício das liberdades fundamentais que não considera a liberdade dos outros comprometeria seu próprio princípio. Isso porque os direitos fundamentais contêm um potencial de liberdade que só é concedido no âmbito de suas limitações, ou seja, considerando a ordem constitucional e os direitos dos outros. A liberdade trazida pelas declarações de direitos civis e de direitos humanos não pode ser entendida como uma liberdade ilimitada no sentido de arbitrariedade, mas apenas como garantia de autonomia. Por esse motivo a liberdade precisa ser moldada. A emancipação da sociedade civil do domínio do poder absoluto do Estado não deve ser entendida como uma separação ou um desacoplamento entre sociedade e Estado, pois cabe ainda ao Estado assegurar as condições básicas da ordem social, nisso incluída a aplicação do direito que coordena as relações da sociedade civil e o exercício da liberdade.

²³ Influenciado previamente em particular por análises de Hegel sobre o Estado e a sociedade civil. Vide HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: Akademie Verlag, 2005. Veja também Kervegan, Jean-François. Hegel und die Vergesellschaftung des Rechts durch den Staat. *Rechtshistorisches Journal*, v. 12, 1993, p. 459 et seq. O texto é uma versão ampliada do ensaio “Hegel, l’Etat, le droit” publicado inicialmente em: *Droits. Revue française de théorie juridique*, v. 16, p. 21-32, 1992 (tradução R. M. Kiesow). Em detalhes, RIEDEL, Manfred. *Bürgerliche Gesellschaft und Staat*. Grundprobleme und Struktur der Hegelschen Rechtsphilosophie. Neuwied: Luchterhand, 1970.

O papel do Estado na garantia das liberdades fundamentais permaneceu incerto na medida em que a estrutura interna da sociedade civil, suas dinâmicas e conflitos permaneceram obscuros. O modelo de sociedade civil estava intimamente ligado ao direito civil,²⁴ com base na ideia de que a utilização das liberdades fundamentais conduz inevitavelmente a um equilíbrio de interesses em conformidade com os direitos fundamentais ou de que o direito civil mantém mecanismos que geram esse equilíbrio.²⁵ Ao contrário do pressuposto pelo modelo da sociedade civil, a autorregulação social não conduziu automaticamente a um equilíbrio de interesses. Isso não foi demonstrado somente pela emergência da questão social. O exercício das liberdades civis acelerou a dinâmica social e a diferenciação entre diversos setores sociais (economia, ciência, arte e literatura, educação etc.). O exercício das liberdades privadas teve efeitos excessivamente negativos sobre a liberdade dos outros ou sobre os interesses da comunidade e também prejudicou a validade do próprio princípio. A experiência dos limites da capacidade da sociedade, no que se refere à autorregulação, modificou não somente as tarefas e as políticas do Estado, que estão relacionadas com a garantia da liberdade e com os pressupostos para o exercício dos direitos fundamentais. A liberdade social é alcançada não somente por meio da defesa contra interferências estatais desproporcionais, mas também por meio da configuração da esfera pública e das tarefas públicas, que dão suporte aos interesses protegidos pelos direitos fundamentais. Assim como é improvável, em função das mudanças sociais e das próprias expectativas com relação ao estado, o retorno para uma compreensão do Estado com sede no final do século XIX, também há pouca possibilidade de retorno a uma compreensão dos direitos fundamentais que restrinja sua função à defesa contra a intervenção do Estado.²⁶

Na medida em que o exercício das liberdades privadas teve um efeito disfuncional (ou, pelo menos, foi entendida como tal), tornou-se necessário justificá-la juridicamente. Dessa forma, a categoria “público” ganhou importância

²⁴ Sobre os pressupostos do modelo de sociedade civil, veja GRIMM, Dieter. *Bürgerlichkeit im Recht*. In: GRIMM, Dieter. *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987. p. 11 *et seq.* A fim de poder fazer uso das mesmas liberdades jurídicas, deveriam existir condições materiais elementares.

²⁵ Os detalhes sobre como ajustar o quadro jurídico foram controversos. Em uma perspectiva histórica, REPGEN, Tilman. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

²⁶ GRIMM, Dieter. Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis? In: GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 221 *et seq.* Sobre a tentativa de renovar a teoria liberal dos direitos fundamentais com ênfase nos mecanismos de auto-organização social, em oposição a um caráter demasiado forte das valorações de direitos fundamentais, principalmente a uma ponderação ilimitada, ver em detalhe LADEUR, Karl-Heinz. *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

ao lado de “estatal” e “privado”. Uma questão, uma tarefa ou mesmo um lugar tornou-se público enquanto seu significado for além do estritamente privado e exija uma solução de interesse público (*public interest*). Relaciona-se o termo “público”, em um primeiro momento, exclusivamente ao âmbito da autoridade estatal e adota – fora da esfera normativa das pessoas privadas – o significado de “estatal”, trazendo novas conotações como resultado das mudanças do estado soberano.²⁷ Com a ascensão da sociedade civil no século XVIII e com a substantivação e personalização do termo (“esfera pública” – *die Öffentlichkeit*), o “público” passou a designar não somente a esfera estatal moldada pelo direito público, mas também o espaço social, no qual deve ser legitimado e criticado.²⁸ A distinção estrita entre liberdade privada e exercício do poder estatal desapareceu não somente ante as formas de organização em que as tarefas públicas eram desempenhadas.²⁹ O debate político esteve sempre relacionado com o que devia ser ou não considerado público e necessitaria em princípio, portanto, de justificação e legitimação.³⁰

As definições de espaço não esclarecem sozinhas o que se entende por uma questão pública, um interesse público ou um fórum público. A demarcação entre privado e público possui também uma dimensão espacial, como especialmente evidente no caso da liberdade de reunião: a liberdade de se reunir encontra seus limites onde começam outras esferas de liberdades fundamentais, nomeadamente a propriedade privada. No entanto, o equilíbrio das diversas reivindicações de liberdade requer uma ponderação de posições conflitantes de direitos fundamentais, que extrapola uma simples compreensão espacial.

²⁷ GRIMM, Dieter. *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. n. 4. p. 3. Tendo em conta a apresentação do surgimento do direito público, vide STOLLEIS, Michael. *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*. 2. ed. München: Beck, 2012. v. I. A respeito da complicada história do conceito, vide HÖLSCHER, Lucian. Öffentlichkeit. In: BRUNNER, Otto; CONZE, Werner; KOSSELLECK, Reinhart. *Geschichtliche Grundbegriffe*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1978. v. 4. p. 413-467.

²⁸ Sobre isso, vide principalmente a reconstrução (afinada de acordo com um padrão ideal-típico) de HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. 9. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004.

²⁹ Tarefas públicas e tarefas desempenhadas pelo Estado não são idênticas. Quais tarefas públicas devem ser desempenhadas como tarefas do Estado, ou seja, tarefas da soberania, são descritas apenas em parte na Lei Fundamental. Além disso, as disposições não contêm declarações mais pormenorizadas sobre a forma ou a intensidade do cumprimento das tarefas (vide SCHERZBERG, Arno. *Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht?* Berlin: De Gruyter, 2003. p. 37 e *et seq.*). O Tribunal Constitucional estabelece especialmente limites à privatização das tarefas da soberania com base no art. 33, §4º, da Lei Fundamental, vide ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 18. 1. 2012, 2 BvR 133/10 – Vitos Haina, n. 135 *et seq.*

³⁰ Sobre o tema, vide OFFE, Claus. Wessen Wohl ist das Gemeinwohl? In: WINGERT, Lutz; GÜNTHER, Klaus. *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Festschrift für Jürgen Habermas. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001. p. 459-488. Sobre uma leitura republicana, veja a análise de LAFAIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux et la théorie républicaine de la liberté. In: HOCHMANN, Thomas; REINHARDT, Jörn (Ed.). *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. Paris: Editions A. Pedone, 2018.

Assuntos domiciliares e que são, em aparência, totalmente privados, também podem ter relevância pública e exigir uma regulamentação jurídica. Nesse sentido, o que deve ser justificado juridicamente não pode ser definido sem que se recorra a valorações de direitos fundamentais.³¹

IV.2 Instrumentos dogmáticos dos direitos fundamentais

Ainda que a distinção entre Estado e sociedade dificilmente contribua para a descrição de uma realidade complexa, ela se mostra mais resistente no sentido de conceito jurídico ordenador (*rechtliche Ordnungsidee*).³² A diferenciação constitucionalmente garantida entre o Estado vinculado aos direitos fundamentais e os atores sociais titulares de tais direitos possibilita uma sistematização da matéria correspondente e permite a alocação para determinadas categorias dogmáticas.³³ Ao mesmo tempo, essa diferenciação é suficientemente flexível para também responder a profundas mudanças sociais. Assim, a jurisprudência do Tribunal Constitucional sempre procede de maneira “incrementalista”. Nesse contexto, permanece basicamente válida a constatação de Stefan Oeter, segundo a qual a jurisprudência “mostra preferências claras por um sistema muito vagamente estruturado, porém extremamente flexível, de ‘influências’ dos direitos fundamentais sobre o direito privado”.³⁴ Isso, por um lado, permite maleabilidade na aplicação dos direitos fundamentais. No entanto, também cria incertezas quanto à tendência de aplicação de tais direitos em casos concretos.

³¹ Uma parte dos conflitos sociais apresentam-se por isso como conflitos de direitos fundamentais, como conflitos que resultam do exercício e do confronto entre liberdades fundamentais. Nestes conflitos sociais de direitos fundamentais, não se trata apenas da proteção de posições jurídicas individuais, mas do equilíbrio de interesses que tem sempre uma dimensão geral e transsubjetiva que extrapola o caso individual. Ao mesmo tempo é evidente que nem todos os conflitos sociais podem ser resolvidos com base em direitos fundamentais.

³² Para a noção de *Ordnungsidee*, ver: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHL, Andreas (Ed.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. München: Beck, [s.d.]. Em particular, esta justaposição não implica uma separação ou desconexão estrita entre Estado e sociedade. Para uma tentativa de reabilitar essa distinção contra as críticas da Escola de Smend, ver BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Recht, Staat, Freiheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. p. 209-243. Ver também MÖLLERS, Christoph. *Der vermisste Leviathan: Staatstheorie in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008. p. 47 et seq.

³³ Como tal, coloca de lado conscientemente os fenômenos e desenvolvimentos sociais reais. Apesar de seu caráter essencialmente normativo, os modelos de ordenamento e dogmática jurídica não podem se blindar das mudanças no seu ambiente, antes, devem ser adaptáveis em certo sentido.

³⁴ OETER, Stefan. „Drittwirkung“ der Grundrechte und Autonomie des Privatrechts. *Archiv des öffentlichen Rechts (ÄöR)*, v. 119, p. 529-563, 1994. p. 531; PHILLIPSON, Gavin; WILLIAMS, Alexander. Horizontal Effect and the Constitutional Constraint. *Modern Law Review*, v. 74, n. 6, p. 878-910, 2011, com um apelo a um modelo “incrementalista” e, por conseguinte, orientado para os requisitos de uma jurisprudência voltada para os precedentes.

IV.2.1 Interpretação conforme a constituição e concordância prática

O efeito horizontal é alcançado indiretamente por meio do direito infraconstitucional. O mecanismo que conduz à obtenção de tal efeito é, consequentemente, a interpretação das regras do direito infraconstitucional. Isso se aplica não apenas às normas abertas e direcionadas a uma ponderação e que, assim, exigem a reconciliação de diferentes interesses oriundos dos direitos fundamentais, mas potencialmente a qualquer interpretação do direito infraconstitucional em conformidade com a Constituição, em outras palavras, não está restrito à interpretação do direito privado.³⁵

É uma consequência do reconhecimento da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais que os conflitos jurídicos entre atores privados se tornem potencialmente conflitos de direitos fundamentais. Na medida em que o espaço interpretativo das leis aumenta e os suportes fáticos previstos em lei sejam mais abertos, cresce também a importância dos direitos fundamentais. Aqui a concretização da proteção dos direitos fundamentais é transferida obrigatoriamente para os tribunais. A equalização das pretensões divergentes no que se refere a liberdades e à proteção em sede de direitos fundamentais é realizada dentro dos contornos dados pelo direito infraconstitucional à ponderação das posições de direitos fundamentais em conflito. Isso requer que os tribunais realizem uma “concordância prática”.³⁶ De acordo com Konrad Hesse, que cunhou esse termo, no caso de colisões e conflitos entre direitos fundamentais, os interesses em questão devem ser avaliados para se chegar a um ponto ótimo de conciliação. A ponderação, nos contextos de efeitos horizontais, é, por um lado, estruturada em função do grau de necessidade de proteção de um direito fundamental e, por outro lado, pela gravidade da restrição do outro direito fundamental. O controle em questão não se refere apenas ao exame do resultado da ponderação, mas também à correta compreensão das premissas e do significado do direito fundamental em

³⁵ Cf. ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 31.5.2016, 1 BvR 1585/13 – *Sampling*, n. 110.

³⁶ “Na medida em que as disposições relativas à proteção dos direitos fundamentais se sobrepõem ou colidem, deve ser imposto um limite ao seu exercício, em conformidade com o princípio da concordância prática” (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts*. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1990. §370). A formulação de Hesse soa como se fosse possível encontrar uma solução para os conflitos que, de fato, seriam ótimos e não minariam substancialmente nenhuma das posições protegidas. No fundo desse raciocínio está o princípio da unidade da constituição: “o princípio de unidade da constituição representa muito mais a tarefa de otimização” (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts*. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1990. §72). O princípio também tem um significado autônomo, além da concepção “harmoniosa” da constituição de Hesse.

análise. Além da ponderação, tal definição das posições jurídicas pode também ser feita através da especificação dos conteúdos dos direitos fundamentais em foco.³⁷

IV.2.2 Efeito horizontal e deveres de proteção

A fim de afastar o efeito horizontal do conceito, em parte indefinido, conhecido como “irradiação de efeitos” (*Ausstrahlungswirkung*) e o dirigir a um contexto dogmático estável, são apresentadas diferentes concepções. Parte da doutrina considera o dever de proteção dos direitos fundamentais como a categoria sistematicamente mais basal para a compreensão de seus efeitos horizontais.³⁸ A doutrina dos deveres de proteção reconstrói a relação jurídica multipolar do efeito horizontal como uma relação trilateral entre: o Estado, o agente que dá causa à violação e a pessoa necessitada de proteção. Assim, os direitos fundamentais não servem apenas para afastar interferências estatais desproporcionais (deveres negativos), antes também concedem igualmente um direito à proteção do Estado sob a forma de deveres positivos.³⁹ A garantia da dignidade humana, do direito à vida e à integridade física, bem como a garantia dos outros direitos fundamentais, produz uma força normativa abrangente que vai além da relação entre Estado e cidadão.⁴⁰ O efeito horizontal é assim entendido como uma responsabilidade

³⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Enge oder weite Gewährleistung der Grundrechte? In: BÄUERLE, Michael; BRYDE, Brun-Otto (Org.). *Haben wir wirklich Recht?: zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit*; Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde. Baden-Baden: Nomos, 2004. p. 53 *et seq.* Acerca da controvérsia sobre esta abordagem, ver também KAHN, Wolfgang. Neuer Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, v. 131, n. 4, p. 579-620, 2006.

³⁸ Nesta discussão, ver, em esp., RUFFERT, Matthias. *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 61 *et seq.* (“The Monodimension of the Horizontal Effect Debate”), bem como VAN DER WALT, Johan. *The Horizontal Effect Revolution*. Berlin: De Gruyter, 2014. p. 230 *et seq.* No que diz respeito ao efeito dos direitos fundamentais no campo do direito privado, ver esp. o trabalho do civilista CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, v. 184, n. 3, p. 201-246, 1984. p. 201; 228; do mesmo, *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin: Gruyter, 1999.

³⁹ Sobre os fundamentos teóricos da obrigação de proteção do Estado e suas implicações dogmáticas, ver ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts (Allgemeine Grundrechtslehren)*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2011. v. 9. §191. A noção alemã de “obrigação de proteção” é provavelmente reducionista. A dimensão dos direitos fundamentais, que não é apenas negativa, requer uma configuração positiva, que vai além das medidas específicas de proteção e pode ser melhor descrita pela noção mais convencional de “obrigação positiva”.

⁴⁰ O direito à vida e à integridade física, nos termos do art. 2º, §2º, reveste-se de particular importância para o desenvolvimento das obrigações de proteção decorrentes dos direitos fundamentais. Ver, neste ponto, HERMES, Georg. *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*. Heidelberg: Müller, 1987. No que

do Estado de proteger os direitos fundamentais contra restrições geradas por privados.

Para a dogmática dos deveres de proteção é central, além do mais, a ênfase dos limites para o teste de constitucionalidade em sede de tribunal constitucional.⁴¹ Ela leva em conta o fato de que a proteção dos direitos fundamentais é predefinida como objetivo para os órgãos do Estado, mas também que isso não ocorre de maneira concreta. Em contraste com a defesa em face da intervenção estatal, a pretensão de proteção de tais direitos não é tão fortemente delineada.⁴² Embora a “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) garanta certo nível de proteção, ela apenas ganha corpo nos casos em que a intervenção do Estado se torna especialmente necessária para proteger um interesse privado contra a ação de outro ator privado. No direito contratual, a produção de um equilíbrio de interesses que seja justo (e conforme os direitos fundamentais) é deixada aos contratantes, no mais, a determinação dos meios fica basicamente a cargo do legislador.⁴³ As implicações em questão são assim – do ponto de vista do controle judicial – transferidas para a proteção dos padrões normativos mínimos. Por meio da dimensão probatória, o exame dos requisitos mínimos reduz-se ao fato de saber se a proteção dos direitos fundamentais foi completamente omitida ou se foi claramente insuficiente. A redução do padrão, da fórmula de revisão (*Prüfungsmaßstab*) usado pela corte constitucional, destina-se a combater tanto o perigo de uma “judicialização” (*Justizialisierung*) dos direitos fundamentais, quanto o de uma alteração de partes significativas do direito infraconstitucional.

As dificuldades criadas pela aplicação dos direitos fundamentais a relações entre agentes privados, com base num conceito estritamente defensivo, podem ser contornadas pela formulação de uma obrigação de proteção positiva.⁴⁴ Uma

se refere a “obrigações positivas” na jurisprudência da CEDH, ver PETERMANN, Nathanael. *Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Berna: Stämpfli Éditions, 2014. p. 27 et seq.

⁴¹ Com a dogmática dos deveres de proteção (*Schutzpflichtendogmatik*) a proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*) ganha importância como *topos* argumentativo, que o Tribunal Constitucional Federal utilizou na segunda decisão sobre o aborto (ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, acórdão de 28 de maio de 1993, 2 BvF 2/90, *Schwangerschaftsabbruch II*, §166 e ss. = ALEMANHA. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, v. 88, Tübingen: Mohr Siebeck, 1993. p. 203-366. p. 203-366), com referência aos trabalhos de Isensee.

⁴² ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts (Allgemeine Grundrechtslehren)*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2011. v. 9. §191, n. 21: “Die gegenüber dem Abwehrrecht weniger gesicherte Grundrechtsfunktion”.

⁴³ Cf. ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG (K), j. 23.1.2013, 2 BvR 1645/10 – *Waffengesetz*, n. 4 et seq. com referências adicionais.

⁴⁴ A visão de que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de defesa, permite com muita dificuldade, embora não impossibilite, compreender a extensão das funções dos direitos fundamentais, bem como o seu significado nas relações privadas. Sobre a concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa: SCHWABE, Jürgen. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. Darmstadt: Selbstverl., 1977.

característica específica do efeito horizontal de um direito fundamental é que a proteção de um dos lados implica uma restrição do outro lado.⁴⁵

Por conseguinte, o programa de revisão judicial é determinado por um encaideamento de categorias de proteção e defesa, que se destacam ou mitigam conforme a configuração dos casos concretos. No entanto, essa solução não está isenta de dificuldades: a “proibição de proteção insuficiente”, que é fundamental para o exame das violações ao dever de proteção, continua a ser uma categoria opaca, especialmente no contexto da eficácia entre privados. Os limites do teste de constitucionalidade, os quais foram delineados em virtude da relação entre Tribunal Constitucional e legislador, são difíceis de transpor para a relação entre jurisdição constitucional e jurisdição especial.⁴⁶ Outro problema desta reconstrução dogmática é que, no caso de conflitos de direitos fundamentais, geralmente não é claro quem é o causador da violação e quem necessita da proteção, quem é o perturbador e quem é a vítima.⁴⁷

Os conflitos de direitos fundamentais entre atores privados tornam necessário classificar e compatibilizar as diferentes posições em matéria de direitos fundamentais, o que só pode ser articulado de maneira limitada por meio das categorias “proteção” e “restrição”. Quem “perturba” no caso de uma proibição de entrar em terras particulares dirigida contra um protesto? As pessoas que pretendem protestar são vítimas de uma perturbação de sua liberdade de reunião em um espaço público? Ou o proprietário sofre uma restrição do seu direito de propriedade? Quem é o violador em caso de conflito entre um locatário que instala uma antena de televisão em um apartamento para receber emissões televisivas estrangeiras (fazendo uso da liberdade de informação) e o locador que proíbe a instalação desse aparato invocando seus direitos de proprietário?⁴⁸ Quem provoca a violação do bem-estar de uma criança num litígio sobre a sua custódia?

Ver esp. POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 227 *et seq.*, p. 346 *et seq.* No entanto, algumas dificuldades de adaptação aparecem. Acórdãos dos tribunais civis dificilmente podem ser identificados como “restrição” operada pelo Poder Público, especialmente no caso de um julgamento que indefira o pedido do requerente, pelo fato de faltarem as características essenciais da restrição.

⁴⁵ Cf. WAHL, Rainer; MASING, Johannes. Schutz durch Eingriff. *JuristenZeitung (JZ)*, v. 45, n. 12, p. 553-563, 1990. p. 553 *et seq.*

⁴⁶ LASSEN, Claus-Dieter. Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, v. 122, n. 1, p. 65-107, 1997 (ver esp. p. 83 *et seq.*).

⁴⁷ Mesmo meras presunções (*in dubio pro libertate*) não podem ser aplicadas no caso de conflitos entre direitos fundamentais, pois saber qual parte faz uso de sua liberdade e qual está sendo restringida não é algo de fácil identificação.

⁴⁸ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 9.2.1994, 1 BvR 1687/92 – *Parabolantenne I*. Ver também: RUFFERT, Matthias. *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 538 *et seq.*

A solução de conflitos de direitos fundamentais entre atores privados depende da existência de uma categorização clara e de uma relação tripartida suficientemente estável entre o Estado, o violador e a vítima, que na maioria das vezes não são previamente definidos.⁴⁹

Só é possível definir qual é o lado a ser protegido e qual é o lado invasivo ao se averiguar suas efetivas relações com os conteúdos das garantias do respectivo direito fundamental. No entanto, se a relação entre as dimensões de defesa e de proteção for reversível, perde-se o seu carácter estruturante. Também aqui é necessário que se busque concordância prática e uma classificação proporcional das diferentes posições em conflito e que buscam por reconhecimento. Para essa ponderação das posições de direitos fundamentais conflitantes, a distinção feita entre defesa e proteção, proibição de excesso e proibição de insuficiência, perde o seu significado estruturante.⁵⁰

IV.3 Obrigação de garantir os pressupostos para o exercício dos direitos fundamentais

O fato de a proteção dos direitos fundamentais também se referir aos pressupostos para o exercício deles se deve à consequente compreensão de tais direitos como normas fundamentais. A seguir, explica-se mais detalhadamente o problema da controvérsia sobre a privatização dos espaços públicos, especialmente no que diz respeito à responsabilidade pelos pressupostos para o exercício dos direitos fundamentais. As condições fáticas são um tema clássico da dogmática dos direitos fundamentais. Condições que permitem o exercício de um direito fundamental não podem ser completamente garantidas, pois elas escapam do controle do Poder Público e, em uma ordem constitucional liberal, da ambição do Estado em proceder com uma configuração estrita de sua implementação. No entanto, o exercício dos direitos fundamentais depende de condições pelas quais não só o Estado, mas também o setor privado tem uma responsabilidade.

⁴⁹ O Tribunal Constitucional, no entanto, não segue absolutamente o caminho do dever de proteção para a solução de conflitos entre pessoas privadas. É necessária, portanto, uma abordagem mais livre para a conceituação da teoria do dever de proteção. Sobre esta questão, o estudo de RUFFERT, Matthias. *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht. JuristenZeitung (JZ)*, v. 64, n. 8, p. 389-398, 2009.

⁵⁰ Ver CALLIESS, Christian. Schutzpflichten. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Ed.). *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: C.F. Müller, 2006. v. 2, §44, n. 32 et seq. Calliess fala de um “corredor” formado, por um lado, pela proibição do excesso (*Übermaßverbot*) oriunda do direito de defesa e, por outro lado, pela proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*) oriunda dos deveres de proteção. Os dois lados, no entanto, não podem ser explorados isoladamente, mas participam de uma ponderação multipolar de bens, de acordo com a concordância prática (cf. n. 34).

As garantias dos direitos fundamentais podem ser prejudicadas não só pelo poder estatal, mas também pela arbitrariedade privada, se o exercício das liberdades concedidas pelos direitos fundamentais depende de condições estabelecidas não só pelo Estado, mas também pelo setor privado. Esse não é um problema específico do direito fundamental à liberdade de reunião, mas um problema geral.⁵¹

Com relação à questão sobre até que ponto os pressupostos para o exercício dos direitos fundamentais devem ser protegidos nas relações entre privados, não se trata de perguntar como, mas em que medida os direitos fundamentais geram seus efeitos entre privados. “Se” e “em qual medida” os pressupostos sequer têm parte na proteção dos direitos fundamentais é objeto de um longo debate de direito constitucional.⁵² Essa questão pode ser esclarecida de maneira meramente abstrata apenas parcialmente. O ponto de partida é a percepção de que um “direito à liberdade sem o pressuposto real de poder reivindicá-lo seria inútil”.⁵³ A validade jurídica dos direitos fundamentais ainda não garante que as liberdades fundamentais possam ser efetivamente exercidas, pois isso depende de uma gama de condições prévias de ordem individual e social. Elas são tão heterogêneas que há uma dificuldade inicial de classificá-las.⁵⁴ Mesmo que se

⁵¹ A fim de esclarecer essa questão, não se trata de introduzir uma nova figura no rol da dogmática dos direitos fundamentais, mas de esclarecer os modelos argumentativos existentes, em especial para especificar a extensão da responsabilidade decorrente dos direitos fundamentais das pessoas privadas. Ver esp. HOCHMANN, Thomas. De la bière et des nazis: La liberté de manifestation en Allemagne. *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n. 17, p. 567-582, 2017. p. 580 et seq.

⁵² ISENSEE, Josef. Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2011. v. 9. §190, p. 265 et seq. com referências adicionais. A situação fática dos pressupostos de direitos fundamentais se encontra no contexto dos pressupostos constitucionais. Para tanto ver MÖLLERS, Christoph. *Staat als Argument*. München: Beck, 2000. p. 259 et seq.

⁵³ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 18.07.1972, 1 BvL 32/70, *Numerus Clausus*, par. 59 – ALEMANHA. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, v. 33. Tübingen: Mohr Siebeck, 1973. p. 303-358. A decisão diz respeito às restrições absolutas de admissão em estudos para medicina. Desde que o Estado exerça um monopólio fático, como é o caso da educação superior, a percepção de serviços públicos passa a ser prerrequisito para a realização dos direitos fundamentais e isso pode gerar pretensões jurídicas relativas à participação. O Tribunal deixa em aberto a questão de saber se o direito fundamental de escolher livremente o local de formação, de acordo com o §1º do art. 12 (LF) em combinação com o princípio do Estado Social, gera o direito a uma vaga específica de estudo. Mesmo que houvesse uma obrigação de expandir a capacidade acadêmica, ela estaria “sujeita ao que é possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), no sentido do que “o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 18.07.1972, 1 BvL 32/70, *Numerus Clausus*, par. 63).

⁵⁴ ISENSEE, Josef. Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2011. v. 9. p. 294 et seq. (n. 70 et seq.). É óbvio que as condições para o exercício dos direitos fundamentais não são homogêneas. Ao redor dos direitos fundamentais estão articuladas diferentes condições: aquelas que simplesmente escapam ao poder de elaboração, aquelas que podem ser garantidas pelo Estado e, finalmente, aquelas que devem ser garantidas. Ver esp. ISENSEE, Josef. Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2011. v. 9. n. 90. Há também aquelas que

entendam os direitos fundamentais como “mandatos de direito objetivo para garantir a liberdade real”,⁵⁵ é evidente que a realização de todas as condições para a aplicação desses não seja passível de ser exigida em sede de direitos fundamentais. A categoria das condições para o exercício dos direitos fundamentais será explorada mais detidamente com base nas decisões relevantes do Tribunal Constitucional Federal. Ao perguntar quais pressupostos de direitos fundamentais e em que medida devam ser aplicados nas relações entre privados é possível esclarecer a extensão do dever de garantia de direitos fundamentais.

IV.3.1 A proteção dos pressupostos dos direitos fundamentais como parte da proteção dos direitos fundamentais em si

Abstratamente, os pressupostos dos direitos fundamentais podem ser esclarecidos como condições para o exercício dos direitos fundamentais. Mesmo que sejam concernentes a pressupostos indispensáveis para o exercício de um direito fundamental e sejam essenciais para a aplicação de tal direito, não possuem o mesmo significado de núcleo essencial de um direito fundamental na acepção do art. 19, §2º da Lei Fundamental alemã. O núcleo essencial representa um limite às restrições impostas pelo Estado. A garantia dos pressupostos dos direitos fundamentais torna operativo o potencial de liberdade de cada um dos direitos fundamentais. Os pressupostos para o exercício dos direitos fundamentais serão, no sentido mais elementar, garantidos pelo direito, quando se tratar de direitos fundamentais, que necessitam de uma concretização legal para que possam ser usufruídos. Esse é o caso do direito fundamental à propriedade. O arcabouço normativo é aqui um pressuposto para a aplicação do direito fundamental, uma vez que a propriedade não atua como uma espécie de “liberdade natural”. No entanto, os pressupostos essenciais para garantir os direitos fundamentais, nesse sentido, incluem não só os pressupostos normativos, mas também as condições sociais das liberdades garantidas pelos direitos fundamentais. Elas são talvez o exemplo

dependem de atores privados e sobre os quais o Estado só pode agir indiretamente, através da elaboração de uma estrutura que as torna possíveis. Uma proteção indiferenciada dos pressupostos dos direitos fundamentais teve por resultado a expansão significativa e, em última instância, uma sobrecarga dos direitos fundamentais. No entanto, a mera exclusão dos pressupostos dos direitos fundamentais também não atenderia realmente às exigências de proteção existentes.

⁵⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Enge oder weite Gewährleistung der Grundrechte? In: BÄUERLE, Michael; BRYDE, Brun-Otto (Org.). *Haben wir wirklich Recht?: zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit*; Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde. Baden-Baden: Nomos, 2004. p. 56.

mais proeminente e, ao mesmo tempo, mais controverso.⁵⁶ Assim, o Tribunal Constitucional deriva da garantia da dignidade humana nos termos do art. 1º, §1º, da Lei Fundamental (combinado com o princípio do Estado Social nos termos do art. 20, §1º, da Lei Fundamental alemã) a garantia de um mínimo existencial condizente com a dignidade humana. Segundo este entendimento, essa garantia fundamental protege a existência física do ser humano, salvaguarda a possibilidade de relações interpessoais e um mínimo de participação na vida social, cultural e política.⁵⁷ É uma garantia básica, pois assegura as condições mínimas para uma existência humana condizente com a sua dignidade e, portanto, também os pressupostos essenciais para o exercício de outras liberdades fundamentais. Os pressupostos essenciais são assim garantidos também pela presença de um direito de auferir proveitos financeiros. A mesma abordagem é seguida pelo Tribunal Constitucional no caso da garantia à liberdade de organizar um sistema de ensino privado. No entanto, a proteção pode também dizer respeito a condições técnicas, organizacionais ou institucionais, tal como consta na jurisprudência do tribunal, em especial no setor das mídias e das comunicações.⁵⁸

Trata-se também de uma forma de proteção dos pressupostos de exercício de um direito fundamental quando um órgão jurisdicional impõe a obrigação de garantir a possibilidade de prática religiosa através da limitação do horário de abertura das lojas aos domingos, especialmente nos domingos de Advento.⁵⁹ Na decisão sobre os horários de abertura das lojas, o tribunal entende os pressupostos de proteção dos direitos fundamentais explicitamente como concretização dos deveres estatais de proteção emanadas dos direitos fundamentais.⁶⁰ Não se trata apenas de uma proteção pontual contra possíveis infrações, mas sim de uma organização da ordem jurídica que permite o exercício adequado dos direitos fundamentais. De acordo com a interpretação do Tribunal Constitucional, o art. 139 da Constituição de Weimar, que é parte integrante da Lei Fundamental alemã

⁵⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. „Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht“. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; GÖSEWINKEL, Dieter (Org.). *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp, 2006. p. 72-83.

⁵⁷ BVerfG 125, 175, 223 – Hartz IV.

⁵⁸ Desde o início, o Tribunal Constitucional enfatiza, com base na organização no campo das comunicações, a dimensão objetivo-normativa da liberdade de informação e a obrigação do Estado de protegê-la. Ver, neste sentido, SCHULZ, Wolfgang. *Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung*. Baden-Baden: Nomos, 1998. A proteção das condições de exercício dos direitos fundamentais é assegurada por disposições normativas relativas ao regulamento pelo qual o legislador, do ponto de vista estrutural, protege os meios de comunicação de influência direta ou indireta.

⁵⁹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 01.12.2009, 1 BvR 2857/07 – *Adventssonntage* = Alemanha. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE). Vol. 125, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 39-103.

⁶⁰ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 01.12.2009, 1 BvR 2857/07 – *Adventssonntage*, par. 139.

conforme o art. 140 e que garante o descanso nos domingos e feriados, está funcionalmente ligado à realização de diversos direitos fundamentais.⁶¹ Essa conexão funcional não se aplica apenas à liberdade religiosa nos termos do art. 4º, §§1º e 2º da Lei Fundamental alemã. A garantia do descanso em feriados regulares (nos termos do art. 139 da Constituição de Weimar) também serve para o descanso corporal e psicológico e, por conseguinte, para a preservação da integridade física, nos termos do art. 2º, §2º, bem como para a proteção do casamento e da família nos termos do art. 6º, §1º, ambos da Lei Fundamental alemã. Também garantia da liberdade de associação, segundo o art. 9º, §1º da Constituição alemã, é realizada, assim de acordo com a opinião do tribunal, de maneira mais efetiva.⁶² A garantia dos pressupostos para o exercício é, assim, intrinsecamente decorrente da proteção do direito fundamental. No entanto, a fim de formular requisitos substanciais para a organização e concretização do nível de proteção conferido pelos direitos fundamentais, são necessárias disposições constitucionais mais detalhadas. No caso da decisão relativa ao descanso dominical, o Tribunal Constitucional encontra como ponto de referência o art. 139 da Constituição de Weimar. Em outros contextos são necessários outros argumentos funcionais, os quais não podem ser explicados independentemente dos direitos fundamentais em causa. No caso da liberdade de reunião, uma condição prévia elementar é a disponibilidade de espaço público no qual possa haver um encontro. Esse pressuposto, no que diz respeito à relação com o Estado, será protegido, inicialmente, na forma de um direito de defesa. As restrições na liberdade fundamental de reunião “ao ar livre” (art. 8º, §1º, alínea “b”, da Lei Fundamental alemã) estão sujeitas a exigências especiais de justificação. As regulamentações relativas à liberdade de reunião sempre servem para equilibrar os interesses e as posições dos vários titulares de direitos fundamentais, como exemplo, os daqueles que fazem manifestações e os daqueles que fazem contramanifestações. Por meio das disposições legais relativas ao direito de reunião as diferentes pretensões de liberdade são compatibilizadas e com isso são também garantidos os pressupostos para o exercício do direito fundamental.

⁶¹ O art. 140 da Lei Fundamental alemã contém as disposições centrais sobre os direitos religiosos trazidos pela Constituição de Weimar. O conteúdo do art. 140 da Lei Fundamental alemã possui a mesma qualidade normativa que as demais disposições da Lei Fundamental. O art. 139 da Constituição de Weimar declara que “os domingos e feriados reconhecidos pelo Estado serão protegidos por lei como dias de descanso e recolhimento espiritual”.

⁶² A garantia do descanso dominical e dos feriados é reconhecida pelo Tribunal como especialmente ligada à dignidade humana porque “limita o pensamento utilitarista econômico” e dá assim ao ser humano um lugar central. Ver, em especial, ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 01.12.2009, 1 BvR 2857/07 – Adventssonntage, par. 144.

IV.3.2 A importância dos poderes de organização autônoma dos atores privados

As condições para o exercício dos direitos fundamentais tornam-se especialmente temáticas, se o seu exercício entra em conflito com as relações do direito de propriedade e, basicamente, com o princípio da autonomia privada. Surge então a questão relativa à importância dos poderes de organização autônoma dos atores privados. O fato de atores privados não estarem diretamente vinculados por direitos fundamentais significa também que, em um primeiro momento, não estão sujeitos a exigências especiais de justificação para o exercício das suas liberdades privadas. Nesse contexto, os direitos fundamentais garantem uma dimensão de liberdade negativa e, por conseguinte, também certo tipo de “ausência de limite” no seu exercício.⁶³

No entanto, essa ausência de limite é mitigada pelo fato de os atores privados estarem vinculados à margem de ação dada pelas leis gerais (*allgemeine Gesetze*). Essas leis gerais incluem o direito civil, cujo procedimento de resolução de conflitos é influenciado por valorações oportunizadas pelos direitos fundamentais. Nas decisões sobre liberdade de reunião, o Tribunal Constitucional deixou claro que a influência das valorações concernentes a direitos fundamentais pode levar a que uma pessoa jurídica de direito privado, no exercício do seu direito relativo ao domicílio (*Hausrecht*), esteja sujeita aos mesmos limites dados ao Estado, o qual seria, na verdade, o diretamente vinculado aos direitos fundamentais. Os julgados apontam para o contexto da liberdade de reunião e estão em contexto com outras decisões nas quais o tribunal estabeleceu limites para a autonomia privada. Assim, os poderes da autonomia privada encontram um limite nos direitos fundamentais de terceiros, quando não observam os pressupostos fáticos de liberdade relativa a direito fundamental.

Nesse sentido, as decisões do Tribunal Constitucional na década de 1990 acerca do desequilíbrio da “paridade contratual” (*Vertragsparität*) visavam já assegurar as condições prévias da liberdade subjetiva, sem as quais a regulação da autonomia privada também fracassaria.⁶⁴ O Tribunal Constitucional abordou os pressupostos factuais do uso da liberdade e os limites da autonomia privada inicialmente na, assim conhecida, decisão sobre agente comercial (*Handelsve*

⁶³ KÄHLER, Lorenz. Raum für Maßlosigkeit. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Org.). *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 210-233.

⁶⁴ Cf. WIELSCH, Dan. Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht. *Archiv für die zivilistische Praxis (AcP)*, v. 213, n. 5/6, p. 718-759, 2013. p. 719 *et seq.* Para uma reconstrução das noções privatistas de “pessoa”, “propriedade” e “contrato” à luz da promessa constitucional de garantir a equidade contratual.

rtreterentscheidung).⁶⁵ Se uma das partes contratantes tivesse excesso de poder, de tal modo que pudesse determinar unilateralmente as disposições contratuais, o princípio da autodeterminação ficaria comprometido. A autonomia privada não é sinônimo de um “jogo arbitrário” das forças sociais, pois isso não poderia conduzir efetivamente a um adequado equilíbrio de interesses em caso de desequilíbrio estrutural entre as partes contratantes. O princípio da autodeterminação pressupõe que as condições de autodeterminação livre estejam realmente presentes. De acordo com a decisão do tribunal, esse requisito não é cumprido se uma das partes, ao averiguar seu poder na relação contratual, puder de fato ditar unilateralmente os termos contratuais. Nessas condições, segundo o tribunal, os meios usuais do direito contratual não poderiam garantir um equilíbrio de interesses que fosse satisfatório.

As condições fáticas da autodeterminação foram detalhadas pelo Tribunal Constitucional em sua decisão concernente à fiança (*Bürgschaftsentscheidung*).⁶⁶ O tribunal deixou claro que uma decisão autônoma também depende da capacidade de prever as consequências da decisão, o que pressupõe um conhecimento do objetivo real do acordo em questão. No caso de uma paridade contratual prejudicada, os pressupostos para o exercício dos direitos fundamentais têm a função de fundamentar pretensões jurídicas: se esses pressupostos são prejudicados por desdobramentos sociais ou por atores privados, isso resulta na atribuição de uma obrigação de proteção com relação ao Estado. Ao mesmo tempo, as pretensões originadas de direitos fundamentais e a ação concretizadora dos Tribunais em relação a esses direitos serão limitadas: obviamente, nem todas as perturbações da paridade contratual podem ser postas em causa *a posteriori*. A proteção dos pressupostos para o exercício dos direitos fundamentais limita-se aos casos em que a relação contratual é profundamente prejudicada, ou seja, uma situação na qual a força negocial é estruturalmente desigual entre as partes.

A temática dos pressupostos para o exercício dos direitos fundamentais fornece contornos mais precisos ao assim conhecido “efeito irradiador” (*Austrahlung*) dos direitos fundamentais nas relações entre atores privados e ao mesmo passo consegue dar maior precisão à “proibição da proteção insuficiente” da dogmática dos deveres de proteção. No que diz respeito ao conflito entre a liberdade de reunião e o direito de propriedade, verifica-se que a proteção da propriedade nem sempre terá prioridade em relação à liberdade de reunião. Mesmo que

⁶⁵ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 07.02.1990, 1 BvR 26/84 – *Handelsvertreter*.

⁶⁶ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 19.10.1993, 1 BvR 567/89 – *Bürgschaftsvertrag*. No sentido desta decisão, ver também: PREUß, Ulrich. La garantie des droits: «les droits horizontaux». In: TROPER, Michel; CHAGNOLLAUD, Dominique (Org.). *Traité international de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2012. t. 3. p. 233-270 (esp. p. 253 et seq.).

o exercício de direito relativo ao domicílio (*Hausrecht*) seja “a expressão de uma autonomia privada, basicamente situada na discricionariedade da decisão livre do proprietário”,⁶⁷ ele pode, em circunstâncias especiais, ter de tolerar a realização de uma reunião na sua propriedade. A extensão do escopo das normas de direito público a atores privados indicada pelo Tribunal Constitucional na decisão do caso *Fraport* e *Passau Nibelungenplatz*, depende de o fato destes atores assumirem “efetivamente uma posição de obrigação ou de garantidor equiparável ao Estado”.⁶⁸ Esse tipo de constatação depende, no entanto, das provisões normativas. O Tribunal Constitucional fundamenta tal obrigação específica com a caracterização do terreno privado como “fórum público”.

Para a resolução do conflito de direitos fundamentais, o tribunal remete adicionalmente para o princípio da “concordância prática”. Tendo em conta a complexidade da relação entre a proteção da propriedade e das liberdades fundamentais é importante o desenvolvimento de critérios mais precisos para a ponderação. Devido às progressivas privatizações dos espaços tradicionalmente públicos, que ameaçam minar a possibilidade da liberdade de reunião, faz sentido que a reunião em terreno privado em princípio não seja afastada do âmbito de proteção do direito fundamental conforme o art. 8º, §1º, da Lei Fundamental alemã. Um primado *a priori* da liberdade relativa à propriedade privada ante a liberdade de reunião, ou, inversamente, da liberdade de reunião ante a propriedade privada, não encontra apoio na Lei Fundamental alemã.⁶⁹ Ao mesmo tempo se entende que espaços públicos e privados não devam ser comparados entre si de maneira indiferenciada. Apesar de sua natureza “pública”, será sempre necessária uma justificação suficientemente convincente para a realização de uma reunião pública em uma propriedade privada. A exigência de fundamentação é normalmente intensa, especialmente quando a reunião possa ser realizada, da mesma forma, em outros locais do espaço público. A decisão autônoma dos atores privados sobre a propriedade somente será suplantada pelo direito fundamental de reunião se a propriedade for de especial importância para a realização de tal direito.

⁶⁷ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, par. 86.

⁶⁸ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, 18.07.2015 - 1 BvQ 25/15: *Aufhebung eines Hausverbots für die Dauer einer Versammlung – „Bierdosen-Flashmob“*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, v. 68, n. 34, p. 2485-2486, 2015. p. 2485, par. 6; ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, par. 56.

⁶⁹ Em outro sentido ainda, sobre a liberdade artística: ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG) BVerfG, j. 19.03.1984, 2 BvR 1/84 – *Sprayer von Zürich*. No julgamento, o colegiado parte do primado da propriedade sobre a garantia da liberdade artística, de modo que o uso arbitrário ou violação de propriedade intelectual de terceiros para fins artísticos não entra automaticamente no campo da liberdade artística. Veja-se atualmente o abandono desse ponto de vista em ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 31.5.2016, 1 BvR 1585/13 – *Sampling*, par. 90.

Por exemplo, quando a motivação da reunião estiver intimamente relacionada ao local escolhido; ou também, quando devido às circunstâncias locais somente um espaço específico permitir atrair a atenção, como é o caso, especialmente, dos locais centrais de uma cidade.

V Conclusão

Em consequência das transformações das ideias de “estatalidade” (*Staatlichkeit*) e de “espaços públicos” (*öffentliche Räume*), os padrões de argumentação na dogmática dos direitos fundamentais também mudaram, em especial no que diz respeito à fundamentação do efeito horizontal. O Tribunal Constitucional flexibilizou a sua concepção de efeito horizontal indireto, tendo em conta novas formas de ameaça aos direitos fundamentais. O fato de os atores privados poderem se encontrar numa posição comparável à do Estado, no que tange à eficácia horizontal indireta, é uma consequência da concepção de direitos fundamentais que o tribunal toma por base desde o caso *Lüth*. Com o reconhecimento de que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos de defesa contra a intervenção estatal, mas também representam normas de direito objetivo, eles se tornam princípios elementares de ordenação para a sociedade e a vida social. A dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais traz à tona, também, a garantia das condições essenciais que devem ser preenchidas para o seu efetivo exercício. Quais pressupostos do exercício dos direitos fundamentais serão protegidos no âmbito do direito fundamental e quais se encontrariam fora desse âmbito de garantia é algo que só pode ser determinado levando em conta o conteúdo do direito fundamental em questão. Existe uma necessidade especial de proteção se tais pressupostos forem indispensáveis para o exercício do respectivo direito fundamental. No que se refere a pressupostos elementares de direitos fundamentais há uma obrigação dos atores privados independentemente da sua, em princípio, ampla autonomia.

Abstract: According to German fundamental rights doctrine, fundamental rights are not only “negative” rights of the citizen against state action. They also affect the various relations between private parties. Due to this “horizontal effect”, conflicts between private parties can take on the character of a fundamental rights conflict. In examining the relevant case law of the German Federal Constitutional Court, the article argues that obligations of private parties increase to the extent that they set the conditions for the exercise of fundamental freedoms of others. Private companies have taken over functions once performed by the state; they take over public spaces or ensure mass communications on the Internet. Without neglecting the differences between private parties and state actors, the protection of the conditions for the exercise of fundamental rights can justify restrictions on private autonomy as well as economic freedoms.

Keywords: Fundamental Rights Doctrine. “Drittwirkung”. Horizontal Effect. Positive Obligations. Private Autonomy. Conditions for the Exercise of Fundamental Rights.

Contents: I Introduction – II The binding of private actors to fundamental rights in the case of companies controlled by state actors – III The binding of private actors to fundamental rights in public spaces – IV Outlines for the protection of requirements of fundamental rights – V Conclusion – References

Referências

ALEMANHA. Bundesgerichtshof (BGH). BGH, j. 26.6.2015, *V ZR 227/14*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 19.03.1984, *2 BvR 1/84 – Sprayer von Zürich*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG (K), j. 18.7.2015, *1 BvQ 25/15 – Passau Nibelungenplatz*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG (K), j. 23.1.2013, *2 BvR 1645/10 – Waffengesetz*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, 18.07.2015 - *1 BvQ 25/15: Aufhebung eines Hausverbots für die Dauer einer Versammlung – „Bierdosen-Flashmob”*. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, v. 68, n. 34, p. 2485-2486, 2015.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, acórdão de 28 de maio de 1993, *2 BvF 2/90, Schwangerschaftsabbruch II*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 01.12.2009, *1 BvR 2857/07 – Adventssonntage*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 07.02.1990, *1 BvR 26/84 – Handelsvertreter*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 15.1.1958, *1 BvR 400/51*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 18. 1. 2012, *2 BvR 133/10 – Vitos Haina*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 18.07.1972, *1 BvL 32/70, Numerus Clausus*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 19.10.1993, *1 BvR 567/89 – Bürgerschaftsvertrag*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 19.7.2016, *2 BvR 470/08*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, *1 BvR 699/06 – Fraport*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 31.5.2016, *1 BvR 1585/13 – Sampling*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 6.12.2016, *1 BvR 2821/11 u.a. – Atomausstieg*.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 9.2.1994, 1 BvR 1687/92 – *Parabolantenne I*.

ALEMANHA. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, v. 125, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

ALEMANHA. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, v. 7. Tübingen: Mohr Siebeck, 1958.

ALEMANHA. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, v. 88, Tübingen: Mohr Siebeck, 1993.

ALEMANHA. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, v. 33. Tübingen: Mohr Siebeck, 1973.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. „Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht“. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; GOSEWINKEL, Dieter (Org.). *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Recht, Staat, Freiheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

CALLIESS, Christian. Schutzpflichten. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Ed.). *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: C.F. Müller, 2006. v. 2.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, v. 184, n. 3, p. 201-246, 1984.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin: Gruyter, 1999.

CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.

CLASSEN, Claus-Dieter. Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, v. 122, n. 1, p. 65-107, 1997.

DIEDERICHSEN, Uwe. Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht. In: STARCK, Christian (Ed.). *Die Rangordnung der Gesetze*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1995.

DREIER, Horst. *Dimensionen der Grundrechte*. Hannover: Hennies und Zinkeisen, 1993.

ENDERS, Christoph. BVerfG, 22. 2. 2011 – 1 BvR 699/06. Grundrechtsbindung eines von der öffentlichen Hand beherrschten Unternehmens. *JuristenZeitung (JZ)*, v. 66, n. 11, p. 568-580, 2011.

EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos (EGMR). *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, j. 13.12.2007, nº 40998/98.

FISCHER-LESCANO, Andreas; MAURER, Andreas. Grundrechtsbindung von privaten Betreibern öffentlicher Räume. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, v. 59, n. 20, p. 1393-1395, 2006.

GRIMM, Dieter. Bürgerlichkeit im Recht. In: GRIMM, Dieter. *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

GRIMM, Dieter. *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

GRIMM, Dieter. *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

GRIMM, Dieter. Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis? In: GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

GURLIT, Elke. Grundrechtsbindung von Unternehmen. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, v. 15, n. 7, p. 249-255, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. 9. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: Akademie Verlag, 2005.

HERMES, Georg. *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*. Heidelberg: Müller, 1987.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts*. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1990.

HOCHMANN, Thomas. De la bière et des nazis: La liberté de manifestation en Allemagne. *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n. 17, p. 567-582, 2017.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Enge oder weite Gewährleistung der Grundrechte? In: BÄUERLE, Michael; BRYDE, Brun-Otto (Org.). *Haben wir wirklich Recht?: zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit; Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde*. Baden-Baden: Nomos, 2004.

HÖLSCHER, Lucian. Öffentlichkeit. In: BRUNNER, Otto; CONZE, Werner; KOSELLECK, Reinhart. *Geschichtliche Grundbegriffe*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1978. v. 4.

ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts (Allgemeine Grundrechtslehren)*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2011. v. 9.

ISENSEE, Josef. Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2011. v. 9.

JESTAEDT, Matthias. Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen – Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung. In: RILL, Bernd (Ed.). *Grundrechte – Grundpflichten: eine untrennbare Verbindung*. München: Hanns-Seidel-Stiftung, 2001.

JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christoph; SCHÖNBERGER, Christoph. *Das entgrenzte Gericht*. Berlin: Suhrkamp, 2011.

KAHL, Wolfgang. Neuer Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, v. 131, n. 4, p. 579-620, 2006.

KÄHLER, Lorenz. Raum für Maßlosigkeit. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Org.). *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

KERSTEN, Jens; MEINEL, Florian. Grundrechte in privatisierten öffentlichen Räumen. *JuristenZeitung (JZ)*, v. 62, n. 23, p. 1127-1134, 2007.

KERVEGAN, Jean-François. Hegel, l'État, le droit. *Droits. Revue française de théorie juridique*, v. 16, p. 21-32, 1992.

KERVEGAN, Jean-François. Hegel und die Vergesellschaftung des Rechts durch den Staat. *Rechtshistorisches Journal*, v. 12, p. 443-465, 1993.

LADEUR, Karl-Heinz. *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

LAFIX, Jean-François. L'effet horizontal des droits fondamentaux et la théorie républicaine de la liberté. In: HOCHMANN, Thomas; REINHARDT, Jörn (Ed.). *L'effet horizontal des droits fondamentaux*. Paris: Editions A. Pedone, 2018.

LEPSIUS, Oliver. Die maßstabsetzende Gewalt. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christoph; SCHÖNBERGER, Christoph. *Das entgrenzte Gericht*. Berlin: Suhrkamp, 2011.

MASING, Johannes. Droits fondamentaux et privatisations – une perspective allemande. *Jus Politicum*, n. 9, 2013. Disponível em: <http://juspoliticum.com/Droits-fondamentaux-et.html>.

MÖLLERS, Christoph. *Der vermisste Leviathan: Staatstheorie in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

MÖLLERS, Christoph. *Staat als Argument*. München: Beck, 2000.

OETER, Stefan. „Drittwirkung“ der Grundrechte und Autonomie des Privatrechts. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, v. 119, p. 529-563, 1994.

OFFE, Claus. Wessen Wohl ist das Gemeinwohl? In: WINGERT, Lutz; GÜNTHER, Klaus. *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*: Festschrift für Jürgen Habermas. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

PETERMANN, Nathanael. *Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Berna: Stämpfli Éditions, 2014.

PHILLIPSON, Gavin; WILLIAMS, Alexander. Horizontal Effect and the Constitutional Constraint. *Modern Law Review*, v. 74, n. 6, p. 878-910, 2011.

POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

PREUß, Ulrich. La garantie des droits: «les droits horizontaux». In: TROPER, Michel; CHAGNOLLAUD, Dominique (Org.). *Traité international de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2012. t. 3.

REPGEN, Tilman. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

RIEDEL, Manfred. *Bürgerliche Gesellschaft und Staat: Grundprobleme und Struktur der Hegelschen Rechtsphilosophie*. Neuwied: Luchterhand, 1970.

RUFFERT, Matthias. Die Rechtsprechung de Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht. *JuristenZeitung (JZ)*, v. 64, n. 8, p. 389-398, 2009.

RUFFERT, Matthias. *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

SCHERZBERG, Arno. *Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht?* Berlin: De Gruyter, 2003.

SCHULZ, Wolfgang. *Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

SCHWABE, Jürgen. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. Darmstadt: Selbstverl., 1977.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*. 2. ed. München: Beck, 2012. v. I.

VAN DER WALT, Johan. *The Horizontal Effect Revolution*. Berlin: De Gruyter, 2014.

WAHL, Rainer; MASING, Johannes. Schutz durch Eingriff. *JuristenZeitung (JZ)*, v. 45, n. 12, p. 553-563, 1990.

WIELSCH, Dan. Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, v. 213, n. 5/6, p. 718-759, 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REINHARDT, Jörn. Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados: “efeitos horizontais indiretos” e pressupostos de proteção de direitos fundamentais. Tradução: Paula Galbiatti Silveira, Douglas Elmayer. Revisão e adaptação de texto: Jeferson Ferreira Barbosa. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 59-91, jul./dez. 2019.

Recebido em: 15.11.2019

Aprovado em: 24.11.2019

Cota Convite