

Resenha

Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos fundamentais e direito privado.*

*Michel Evangelista Luz*¹

A presente resenha aborda a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, também difundida sob a denominação, não tão rigorosa, de *eficácia em relação a terceiros*, ou de *Drittwirkung*, em alemão².

Os direitos fundamentais vinculam a legislação, o Poder Executivo e a Jurisdição como direito imediatamente vigente aplicando-se também às normas de direito privado (art. 1º, nº 3 da Lei Fundamental Alemã)³. Essa fundamentação reside no fato de que, para o cidadão, as leis de direito privado também podem ter efeitos ofensivos, pois, se uma pessoa é lesada pelo legislador de direito privado, que está logicamente vinculado aos direitos fundamentais. Nesse sentido, abre-se a oportunidade para propositura de queixa constitucional (art.93º, nº 1, alínea 4ª da Constituição Alemã) visando sanar a ofensa, pois constitui imperativo da lógica normativa a vinculação do direito privado aos direitos fundamentais de acordo com o princípio da primazia da *lex superior*⁴.

Nessa perspectiva, o debate gira em torno da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Representante da primeira teoria, Günther Dürig sustenta uma influência apenas mediata dos direitos fundamentais sobre o direito privado, o que, para Canaris, é algo

¹ Mestrando em Direito, na área de concentração em Direitos e Garantias Fundamentais e na linha de pesquisa: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais, pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes. Graduado em Direito pela Faculdade Pitágoras de Uberlândia. Advogado. E-mail: michelluzadv@hotmail.com

² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 10.

³ *Ibidem*. p. 23.

⁴ *Ibidem*. p. 24-28.

improvável, posto que, por razões práticas e de lógica jurídica, é impossível controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais, aferindo-a segundo uma outra norma de direito privado, porque ambas possuem o mesmo nível hierárquico, ou seja, nesse processo, ou a norma permanece sendo norma de direito ordinário, ou é elevada ao nível de norma constitucional, resultando em pura contradição, na medida em que é elevada a um status que não lhe é atribuído na origem⁵. Isso posto, Canaris chega à seguinte conclusão: os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado tanto na função de proibição de intervenção quanto na função de imperativo de tutela⁶.

Contudo, para se compreender a problemática de como os sujeitos de direito privado se vinculam aos direitos fundamentais, Canaris aponta para os seguintes questionamentos: a) quem são os destinatários dos direitos fundamentais, apenas os seus órgãos ou também os sujeitos de direito privado? b) o objeto de controle dos direitos fundamentais é o comportamento de qual desses sujeitos? c) em qual função são aplicados os direitos fundamentais, proibição de intervenção ou imperativo de tutela?⁷

A pergunta relacionada aos destinatários dos direitos fundamentais situa-se na controvérsia entre a eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros, que, por razões de ordem prática e de lógica normativa, vinculam não apenas o Estado, mas também os sujeitos de direito privado em dois sentidos: proibição legal de restrição a direito fundamental por meio de negócio jurídico (§134 do BGB)⁸ e obrigação de indenizar (§823 do BGB)⁹ os danos resultantes da ofensa a direitos

⁵ Ibidem. p. 29-30.

⁶ Ibidem, p. 36.

⁷ Ibidem, p. 52

⁸ §134 do Código Civil Alemão (Proibição legal). É nulo o negócio jurídico que viole uma proibição legal, se o contrário não resultar da lei. (CANARIS, 2003, p. 147).

⁹ § 823 do Código Civil Alemão (Obrigação de indenizar). 1. Quem, com dolo ou negligência, ofender ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outra pessoa fica obrigado a indenizar esta pelos danos resultantes resultantes da ofensa. 2. A mesma obrigação recaia sobre a pessoa que violar uma lei que vise proteger outra pessoa, se, segundo o conteúdo da lei, for possível uma ofensa contra ela mesmo sem culpa, a obrigação só existe em caso de culpa. (CANARIS, 2003, p. 153).

fundamentais (§823 do BGB). A crítica a esse entendimento é que ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam elevadas ao *standard* do direito constitucional e privadas da sua autonomia. Por esse motivo, apenas o Estado e os seus órgãos seriam destinatários dos direitos fundamentais, mas não os sujeitos do direito privado¹⁰. Já o objeto de controle dos direitos fundamentais seriam apenas as leis e as decisões judiciais, pois, se os sujeitos de direito privado não são sequer destinatários dos direitos fundamentais, logo os negócios jurídicos e atos ilícitos não são passíveis de aferição segundo os próprios direitos fundamentais¹¹.

Quanto à função dos direitos fundamentais, à proibição de intervenção e ao imperativo de tutela, a segunda é que propicia o desenvolvimento do raciocínio da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, porque, se, por um lado, apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, posto que incumbe a ele protegê-los, por outro, os cidadãos também são atingidos, ainda que indiretamente, tendo em vista que, no campo jurídico-privado, o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados na proteção de um cidadão perante o outro¹².

A realização da função de imperativo de tutela só é possível, via de regra, por meio do direito ordinário, em razão de este não ser constitucionalmente predeterminado como objeto de proteção dos direitos fundamentais. Isso implica um amplo espaço de livre conformação por parte do legislador para oferecer uma resposta adequada à autonomia do direito privado, e, em especial, à autonomia privada¹³. A função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela também vincula as partes por contrato, dado que a autonomia privada dos contratantes apenas adquire

¹⁰ Op. cit. p. 54-55.

¹¹ Ibidem. p. 55-56.

¹² Ibidem. p. 58.

¹³ Ibidem. p. 66-67.

vigência no plano jurídico normativo mediante o reconhecimento por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, inclusive, garantida por eles mediante sanções. Por esse motivo, o ato de autonomia privada que restringe um direito fundamental baseia-se não apenas formalmente, quer dizer, juridicamente, mas também materialmente, isso é, faticamente, em uma decisão livre da parte contratual afetada¹⁴.

Ainda sobre as funções dos direitos fundamentais, é necessário distinguir dois pontos: a) se um direito fundamental possui um imperativo de proteção contra a particular ofensa em causa; e, em caso afirmativo, b) como se deverá configurar tal proteção. Essa distinção é essencial quando se depara, por exemplo, com a problemática da interrupção da gravidez. Nesse caso, é preciso responder se resulta do art. 2º, nº 2, da Lei Fundamental Alemã¹⁵, um dever do Estado de proteção da vida antes do nascimento, para depois resolver a questão, bem mais difícil, de saber o modo pelo qual o Estado deve cumprir com tal dever de proteção, ou seja, se o deve fazer com os instrumentos do direito penal ou apenas com os do direito social e/ou dos direito privado¹⁶. Essa distinção traz à tona a necessidade de um desenvolvimento mais detalhado das condições para o reconhecimento de um imperativo de tutela, porque este, diversamente do que ocorre com a proibição de intervenção, demanda uma fundamentação mais específica. Por isso, um imperativo de tutela só deve ser considerado um direito fundamental se for aplicado na sua hipótese normativa. Por exemplo, a partir do pressuposto de que as meras chances de ganho de uma ação indenizatória não estão incluídas no âmbito de aplicação do art. 14 da Lei

¹⁴ *Ibidem*. p. 71-73.

¹⁵ Art. 2º da Lei Fundamental Alemã (Direitos de liberdade pessoais) 1. Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. 2. Todos têm direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos com base numa lei. (CANARIS, 2003. p. 142).

¹⁶ *Op. cit.* p. 102.

Fundamental Alemã¹⁷, fica, desde logo, afastado o imperativo jurídico-constitucional para a sua tutela¹⁸.

Por esse motivo, o critério elementar para o reconhecimento de um dever de proteção é a necessidade de ponderação do direito fundamental em causa. Trata-se, em um primeiro momento, dos fundamentos fáticos do bem assegurado pelo direito fundamental, e não da sua dimensão jurídica, pois, nesta, apenas o Estado pode, em princípio, intervir por meio de atos de autoridade como as leis, atos administrativos e similares, ao passo que essa intervenção, via de regra, abstraindo algumas exceções, como os casos de direitos de denúncia contratual ou de poderes de direção, os casos de disposições eficazes de uma pessoa sem legitimidade, dentre outros, nem sequer é possível para os sujeitos de direito privado, por ausência de uma correspondente competência. Para os contratos, a solução também não é distinta, já que, nestes, não existe, sob o ponto de vista jurídico, uma hereto-determinação, mas antes uma autorrestrição. Portanto, o objetivo principal da função de imperativo de tutela no âmbito das relações entre particulares é proteger os bens jurídicos-fundamentais perante intervenções fáticas por parte de outros sujeitos de direito privado assegurando a sua efetiva capacidade funcional¹⁹.

A relação hierárquica se liga diretamente à natureza do respectivo bem protegido. A vida e a saúde ocupam uma posição superior em relação à liberdade de ação e à propriedade, pois a vida situa-se no plano mais elevado por constituir o substrato físico de toda a titularidade de direitos fundamentais; já a saúde e a liberdade de circulação possuem em geral

¹⁷ Art. 14º da Lei Fundamental Alemã (Propriedade, direito de sucessão e expropriação) 1. A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. O seu conteúdo e os seus limites são determinados por lei. 2. A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir para o bem-estar geral. 3. A expropriação só é lícita se for efetuada em vista do bem comum. Pode ser efetuada apenas por lei ou com base em uma lei que estabeleça a forma e a extensão da indenização. A indenização deve ser determinada levando-se em conta, de forma equitativa, os interesses da comunidade e os das partes afetadas. Em caso de divergência sobre o montante da indenização é admitido o recurso à via judicial junto dos tribunais comuns. (CANARIS, 2003, p. 144).

¹⁸ Op. cit. p. 104.

¹⁹ Ibidem, p. 107.

prevalência no que se refere à liberdade geral de ação, em razão de serem mais sensíveis a intervenções do que essa última, a qual, em virtude da sua previsão normativa extremamente ampla, não só comporta restrições como as torna mais frequentemente necessárias, encontrando-se, além disso, sujeita a uma interação recíproca, e, com isso, carecida de limitação. Isso não quer dizer que a problemática possa ser resolvida exclusivamente por meio de uma hierarquização rígida dos valores²⁰.

Na verdade, esses critérios, à semelhança dos princípios, estão abertos à ponderação e se apresentam por meio de um sistema móvel conglobante representado pela seguinte estrutura: quanto mais e quanto mais forte, ou seja, quanto maior o nível do direito fundamental afetado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente autoproteção, quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais importante será reconhecer um dever jurídico-constitucional. A esse dever deverá ser acrescido um raciocínio específico de cada área para a resolução de cada problema²¹.

Referência

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

²⁰ Ibidem, p. 113.

²¹ Ibidem, p. 114 - 115.