

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO: NOTAS SOBRE A INFLUÊNCIA DA DOGMÁTICA ALEMÃ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL A CONTRIBUIÇÃO DE CLAUS-WILHELM CANARIS, NO DIREITO BRASILEIRO

*FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE LAW: NOTES ABOUT THE INFLUENCE OF GERMAN FUNDAMENTAL RIGHTS DOCTRINE, IN PARTICULAR THE CONTRIBUTION OF CLAUS-WILHELM CANARIS, ON BRAZILIAN LAW*

**INGO WOLFGANG SARLET**

Doutor e Pós-Doutor em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de Munique, (Alemanha). Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.  
iwsarlet@gmail.com

Recebido em: 09.02.2017  
Aprovado em: 07.04.2017

**ÁREAS DO DIREITO:** Constitucional; Civil

**RESUMO:** O presente texto busca avaliar, à luz de alguns indicadores, como a dogmática alemã em matéria de direitos fundamentais, mas especialmente a obra de Claus-Wilhelm Canaris sobre os Direitos Fundamentais e o Direito Privado, tem sido recepcionadas no direito brasileiro, designadamente no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, o intento é o de demonstrar que tal recepção, embora significativa em termos quantitativos, deixa a desejar em termos qualitativos, quando poderia, bem manejada, contribuir para uma maior consistência e coerência na solução dos problemas concretos que se verificam na seara das relações entre os Direitos Fundamentais e o Direito Privado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais – Direito privado – Claus-Wilhelm Canaris – Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** This paper aims to evaluate, in the light of some criteria, how the German fundamental rights doctrine, mainly the work of Claus-Wilhelm Canaris about Fundamental Rights and Private Law, has been received in Brazilian Law and in the jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court. Apart from that, this paper intends to demonstrate that this reception, though significant in quantitative terms, should be improved in quality, because, if being well used, the doctrine of Canaris would be able to contribute to more consistent and coherent solutions of concrete problems in the domain of the relationship between Fundamental Rights and Private Law.

**KEYWORDS:** Fundamental rights – Private law – Claus-Wilhelm Canaris – Brazilian Supreme Court.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Breves notas sobre o estado da arte no Brasil no que diz com a repercussão dos direitos fundamentais na esfera do Direito Privado. 2.1. Multidimensionalidade, multifuncionalidade e eficácia das normas de direitos fundamentais: posição e significado dos direitos fundamentais na ordem constitucional. 2.2. Breves observações sobre o "estado da arte"

no que diz com a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado no Brasil. 3. A recepção da doutrina de Canaris na doutrina e jurisprudência brasileira e sua contribuição para o atual estágio e futuro desenvolvimento do problema teórico e prático da eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado. 4. Algumas considerações em caráter de encerramento

## 1. INTRODUÇÃO

É atualmente objeto de amplo consenso, ao menos na doutrina brasileira, que a evolução do constitucionalismo ocidental após a Segunda Grande Guerra, mas em especial desde a década de 1950, foi particularmente marcada, dentre outros fatores, pela afirmação gradual da supremacia da Constituição, pelo fortalecimento dos mecanismos do controle judicial de constitucionalidade e criação de Cortes Constitucionais (ou mesmo da atribuição de competências de controle de constitucionalidade a outros Tribunais Superiores, como ocorre no caso do Brasil), bem como pelo fenômeno da assim designada constitucionalização da ordem jurídica. Além disso, é também objeto de consenso que tais fenômenos guardam íntima conexão entre si e, portanto, não podem ser pura e simplesmente dissociados, exigindo uma compreensão integrada.

Já na seara específica da constitucionalização da ordem jurídica, aqui com destaque para as relações entre a Constituição e o Direito Privado, alvo das considerações que se seguem, tem sido os princípios (em especial a dignidade da pessoa humana) e os direitos fundamentais os vetores por excelência desse processo de releitura e mesmo reconstrução da normativa infraconstitucional e mesmo das próprias relações sociais, ainda que tal fenômeno não seja imune a controvérsias e objeções<sup>1</sup>.

Com efeito, tanto quantitativa quanto qualitativamente, verifica-se que houve, também e mesmo com particular intensidade no Brasil, um crescimento vertiginoso em matéria de publicações dedicadas ao tema<sup>2</sup>, mas também uma crescente representação do debate na seara jurisprudencial, multiplicando-se os casos relativos ao

1. V., por exemplo, na literatura brasileira, as importantes contribuições (em sentido crítico) de: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto Epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito* n. 143, 2011, p. 43-66; LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. In: LEAL, Fernando (Org.). *Direito Privado em Perspectiva: Teoria, Dogmática e Economia*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 87-142.
2. Cf. aqui, por ora, apenas a referência aos nomes dos pioneiros no que diz com a constitucionalização do Direito Civil no Brasil, como é o caso dos professores Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Maria Celina Bodin de Moraes e Paulo Lobo, apenas para citar alguns dos nomes mais expressivos e que podem ser considerados fundadores do movimento em prol de um Direito Civil-Constitucional, que encontrou uma ampla receptividade no meio jurídico brasileiro.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

direito privado apreciados pelos tribunais e tendo como parâmetro os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, além de outros princípios correlatos, como o da solidariedade e, desde a edição do atual Código Civil, o da função social dos contratos, ademais de um uso por vezes hipertrofiado da cláusula geral da boa-fé, isto apenas para citar os exemplos mais frequentes.

Mas, como a gramática do direito constitucional, dos princípios estruturantes do Estado Constitucional, compreendido como Estado Democrático e Social de Direito – elemento comum (ao menos do ponto de vista formal) à Alemanha e ao Brasil – e dos direitos fundamentais já alcançou a condição de uma linguagem de caráter praticamente onipresente, pelo menos no Mundo ocidental, estabeleceu-se um processo amplo de circulação, influência e recepção recíproca de categorias dogmáticas e argumentativas.

É preciso sublinhar, todavia, que tal processo é marcado prevalentemente – no caso do Brasil e demais Estados da América Latina – por um movimento unidirecional, no caso, pela recepção do Direito Norte-Americano (em geral dos EUA) e Europeu (em especial da Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal) pelas ordens jurídicas dos países latino-americanos, sem prejuízo, contudo, de importantes e peculiares desenvolvimentos na esfera interna das respectivas ordens jurídicas, seja na Constituição Federal do Brasil, de 1988 (doravante apenas CF), seja no âmbito daquilo que se convencionou designar de Novo Constitucionalismo Sul-Americano, aqui representado em especial pelas Constituições da Colômbia, Peru, Equador e Bolívia.

Por outro lado, percebe-se que nem sempre tal processo de recepção, mais ou menos recíproco a depender do caso, ocorre da forma constitucionalmente adequada, resultando em distorções por vezes significativas com resultados concretos problemáticos na solução dos problemas. Nesse sentido, relembremos a lição de Claus-Wilhelm Canaris (doravante apenas Canaris), quando, embora apontando para a circunstância de que o tema de há muito já transpôs as fronteiras das ordens jurídicas nacionais e que não se deve deixar de observar as vantagens de um diálogo cada vez mais aberto a modelos transnacionais e estruturas argumentativas de cunho universal, adverte, todavia, sobre a necessidade de que as soluções para os problemas específicos devem levar em conta as circunstâncias e peculiaridades de cada ordem jurídica<sup>3</sup>.

No caso do presente texto, o nosso intento é o de tecer simultaneamente algumas considerações sobre a recepção da dogmática alemã em matéria de direitos fundamentais

---

3. Cf. Claus-Wilhelm Canaris, no prefácio da edição em língua portuguesa de sua obra: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003 (Tradução de Ingo W. Sarlet e Paulo M. Pinto do original: *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1999).

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

na ordem jurídica brasileira, à luz do exemplo da relação dos direitos fundamentais com o direito privado, bem como e de modo especial – com base em alguns indicadores (como referências bibliográficas e jurisprudenciais) – demonstrar a eventual repercussão da obra de Canaris quanto ao tema no Brasil, sem, contudo, deixar de avaliar de modo crítico tal fenômeno.

Para logarmos alcançar o resultado pretendido, iniciaremos com algumas (sumárias e genéricas) considerações sobre o atual estágio – em termos doutrinários e jurisprudenciais – da compreensão das relações entre os direitos fundamentais e o direito privado no Brasil (item 2). Na sequência, destacaremos em que medida a dogmática alemã e, em especial, a obra de Canaris sobre o tema<sup>4</sup>, tem sido recepcionada e aplicada (ou mesmo não aplicada) nessa seara (item 3), priorizando aqui, para efeitos de um recorte estratégico, as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), fechando o texto com algumas considerações de natureza crítica (item 4).

Antes de iniciarmos o percurso, contudo, cabe sublinhar que não pretendemos retomar e aprofundar os aspectos da dogmática constitucional alemã e nem adentrar a já tão conhecida apresentação e discussão das diversas teorizações sobre o “se” e o “como” da influência da Constituição no Direito Privado, mas apenas delinear alguns aspectos gerais que constituem pressuposto para uma avaliação da maior ou menor repercussão do pensamento de Canaris no Brasil. Além disso, para espantar toda e qualquer dúvida por parte do leitor, há de se ressaltar que o nosso olhar encontra-se voltado prioritariamente para a doutrina constitucional e a jurisprudência do STF e não para julgados do STJ e das instâncias ordinárias e nem para a doutrina do direito privado, cuja análise há de ficar para outra oportunidade.

## 2. BREVES NOTAS SOBRE O ESTADO DA ARTE NO BRASIL NO QUE DIZ COM A REPERCUSSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA DO DIREITO PRIVADO

### 2.1. *Multidimensionalidade, multifuncionalidade e eficácia das normas de direitos fundamentais: posição e significado dos direitos fundamentais na ordem constitucional*

Na CF, além da inserção da dignidade da pessoa humana como princípio (e valor) fundamental e estruturante da ordem constitucional (art. 1º, III), situando-a,

---

4. Referimo-nos em particular ao seu livro, *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (v. nota 4, supra). Note-se que não se está aqui a desprezar a imensa repercussão da obra de Canaris sobre o conceito de sistema no Direito, inclusive mais difundida (e há bem mais tempo) que o seu texto sobre Direitos Fundamentais e Direito Privado, mas apenas demarcando o foco da presente contribuição.

a exemplo da Lei Fundamental da Alemanha (doravante apenas LF), no início do texto constitucional, também os direitos fundamentais alcançaram um papel de destaque ímpar e sem precedentes no constitucionalismo brasileiro anterior, seja do ponto de vista qualitativo (pelo grande número e diversidade de direitos positivados), seja na perspectiva qualitativa, em especial pelo regime jurídico reforçado atribuído aos direitos fundamentais pelo constituinte e, na evolução posterior, pela doutrina e jurisprudência. Particularmente relevante é o fato de a CF ter acolhido, além de uma ampla lista de direitos civis e políticos, também um expressivo conjunto de direitos fundamentais sociais básicos e de direitos e garantias dos trabalhadores, que também têm sido levados cada vez mais em conta na esfera das relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado.

Já tal circunstância, da amplitude do catálogo constitucional de direitos, assume relevância para o problema (e suas diferentes dimensões) da constitucionalização do Direito Privado e da própria dogmática dos direitos fundamentais em geral. Isso pelo fato de que a LF não prevê direitos sociais a prestações no seu texto, assim como não positiva no plano constitucional direitos dos trabalhadores, salvo a liberdade sindical e o direito de greve e negociação coletiva. Assim, resulta evidente, mesmo numa aproximação rápida, que a importação de categorias dogmáticas e mesmo de parâmetros normativos e jurisprudenciais há que ser feita com particular cuidado, aproveitando-se o efetivamente aproveitável e fazendo-se a necessária filtragem constitucional.

Por outro lado, o amplo elenco de direitos constitucionalmente assegurados não representa – a exemplo do que ocorre na maioria dos Estados Constitucionais – um *numerus clausus*, abarcando – nos termos do artigo 5º, § 2º, da CF – também direitos designados de implícitos, deduzidos, pela via da interpretação, de outros direitos e princípios constitucionais, além de direitos dispersos pelo texto constitucional e direitos constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil<sup>5</sup>.

No que diz com os direitos que constam dos tratados internacionais, importa lembrar que, de acordo com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal do Brasil (doravante STF), os tratados de direitos humanos ratificados por maioria simples antes de dezembro de 2004 tem hierarquia supralegal, mas cedem em face da CF. Já os tratados aprovados pelo rito do § 3º do artigo 5º da CF, inserido em dezembro de 2004 por meio de uma Emenda à Constituição, tem valor equivalente às emendas constitucionais, sendo, de tal sorte, parâmetro para o controle de constitucionalidade dos atos do poder público.

---

5. Sobre o tema, para maior desenvolvimento, remetemos a: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015. p. 120-146.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

De todo modo, cabe observar que, em termos gerais, os tratados de direitos humanos integram o bloco de constitucionalidade em sentido alargado e que devem (ao menos deveriam) ser considerados para a interpretação do alcance dos direitos fundamentais constitucionais no que diz também com a sua eficácia nas relações privadas, ainda mais no contexto de um direito constitucional de múltiplos níveis e num contexto globalizado, tema que, todavia, aqui não iremos desenvolver, dado que isso extrapolaria os limites do presente texto<sup>6</sup>.

Por outro lado, há que ter em conta que a CF agasalhou no seu texto praticamente todos os direitos consagrados no plano internacional, de tal sorte que, em termos práticos, os tratados de direitos humanos acabam por ter uma relevância mais subsidiária, ainda mais em sendo exploradas todas as possibilidades de dedução de posições jusfundamentais implícitas no sistema constitucional ou da identificação de direitos fundamentais dispersos na Constituição. Também por esta razão não se desenvolverá aqui a dimensão internacional da problemática ora versada – e, portanto, do assim chamado controle de convencionalidade dos atos legislativos internos<sup>7</sup> – em que pese a influência dos direitos humanos e fundamentais sobre o Direito Privado constituir um complexo temático de considerável relevo e atualidade também no plano do direito internacional<sup>8</sup>.

No campo dos assim chamados direitos implícitos, os exemplos do direito geral de personalidade, do direito ao nome, do direito ao conhecimento das origens, do sigilo fiscal e bancário, da equiparação (com suas respectivas consequências) da união entre pessoas do mesmo sexo com a união estável, bem como o direito ao mínimo existencial, atestam o quanto tais direitos adquirem importância para o Direito Privado.

- 
6. De qualquer sorte, recomenda-se a leitura de: TEUBNER, Gunter. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 125 e ss.
  7. Sobre o tema, v., na literatura brasileira, em especial a monografia especificamente dedicada ao tema de: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
  8. Cf., em caráter exemplificativo: CLAPHAM, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Oxford University Press, 1993; bem como: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*. In: BAUER, Hartmut; CZYBULKA, Detlev; KAHL, Wolfgang; VOSSKUHL, Andreas (Coord.). *Umwelt, Wirtschaft und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002. p. 31 e ss.; COURTIS, Christian. *La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 81-110; bem como, por último: HARTKAMP, Arthur. *European Law and National Private Law. Effect of EU Law and European Human Rights Law on Legal Relationships between Individuals*. 2. ed. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2016.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

De todo o exposto, portanto, já se constata que os direitos fundamentais formam, também e especialmente na ordem constitucional brasileira, um conjunto complexo e extremamente heterogêneo de posições jurídicas. Além do mais, verifica-se uma aceitação crescente da noção de que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão objetiva e subjetiva, da qual é possível extrair uma série de funções e efeitos, como ocorre com os deveres de proteção estatais (e a correspondente noção de proibição de insuficiência ou de proteção deficiente, se assim preferirmos) e o reconhecimento de uma dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais<sup>9</sup>. Em função disso e da sua, assim designada, multifuncionalidade, também no Brasil – novamente por influência alemã – os direitos fundamentais são compreendidos tendo sempre uma dupla dimensão negativa e positiva, portanto, como sendo tanto direitos de defesa quanto direitos a prestações, que, por sua vez, abarcam direitos (originários e derivados) a prestações fáticas, além de direitos a prestações normativas<sup>10</sup>.

Especificamente no que toca a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os correlatos deveres de proteção do Estado, é possível adiantar que as repercussões para o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado (incluindo as relações entre particulares) tem sido particularmente relevantes (é nesse contexto que, como amplamente sabido, passou a se falar de um efeito de irradiação dos direitos fundamentais), o que será objeto de considerações adicionais mais adiante.

Mas o impacto da dogmática constitucional alemã vai bem além, refletindo também em outros campos que envolvem os direitos fundamentais e o seu *status* (regime) jurídico-constitucional.

Um primeiro aspecto diz com a recepção, pela CF, da noção subjacente ao art. 1º, § 3º, da LF, de acordo com o qual os direitos fundamentais vinculam diretamente os três poderes estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário. Tal previsão inexistia nas constituições brasileiras anteriores e representou – ao menos assim o entendemos em parceria com significativa doutrina – um grande avanço, fortalecendo a normatividade e eficácia dos direitos fundamentais.

Há que ter em conta, contudo, que o texto adotado pelo constituinte de 1988, difere do enunciado literal da LF porquanto o art. 5º, § 1º, da CF, dispõe que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis”, aproximando-se mais do texto adotado pela Constituição Portuguesa de 1976, que reúne a ideia de vinculação direta dos órgãos estatais com a de aplicabilidade imediata, categorias que, embora vinculadas entre si, não se confundem.

- 
9. Cabe ressaltar ter sido BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros (já no limiar dos anos 1990) o primeiro a difundir e valorizar a concepção alemã de uma dupla dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais no Brasil.
  10. Para tal classificação, ajustada ao direito constitucional brasileiro, v. por todos: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Cit. p. 165-214.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.



Para efeitos da compreensão e do manejo das relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, basta aqui lembrar o quanto o disposto no art. 5º, § 1º, da CF tem sido relevante para justificar – diferentemente da Alemanha (ao menos, da visão ainda lá prevalente) – uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre atores privados, o que também ainda voltará a ser objeto de atenção.

Todavia, diferentemente do que ocorre na Alemanha (e mesmo do que se verifica, de regra, em Portugal, para aproveitar o exemplo citado) o postulado da aplicabilidade imediata tem sido estendido também aos direitos sociais (ao menos segundo entendimento ainda dominante, inclusive no STF), ainda que o reconhecimento de direitos subjetivos originários (posições jurídicas diretamente exigíveis) a prestações tenha sido restringido, em regra, à garantia do mínimo existencial.

A leitura em geral generosa da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial acabou, no entanto, resultando em uma expressiva intervenção do Poder Judiciário na seara legislativa e administrativa, sendo cada vez mais objeto de acirrada crítica, o que, contudo, aqui não poderá ser explorado, mas é certo que assume relevância também para o Direito Privado. Em caráter ilustrativo, cite-se o uso inflacionário da dignidade da pessoa humana (assim como dos princípios em geral) em um número significativo de casos que dizem respeito às relações privadas, como no controle judicial das cláusulas dos contratos de seguro-saúde, da responsabilidade civil, do direito de família, entre outros<sup>11</sup>.

Outro importante ponto em que se verifica uma forte influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais é a importação – embora bastante problemática e controversa em muitos casos – pela doutrina e jurisprudência, da noção de limites quando se trata de restrições a direitos fundamentais<sup>12</sup>. Ao passo que as exigências relativas às reservas legais são frequentemente desconsideradas, o princípio da proporcionalidade, seja na sua condição de proibição de excesso de intervenção, seja – de modo mais recente e menos frequente – operando como vedação de proteção insuficiente, tem sido amplamente utilizado, verificando-se, contudo, dissídio na doutrina, em especial em relação à sua inconsistente e errática aplicação pela jurisprudência<sup>13</sup>.

---

11. V. aqui em especial as críticas contundentes de: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; assim como, por último: LEAL, Fernando (cf. nota de rodapé 1 supra).

12. Cf., por todos: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 192-254; e SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2005.

13. Cf. por todos: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. No que diz com as críticas direcionadas ao



Apenas para ilustrar a questão, não apenas se registra frequente confusão entre a noção de razoabilidade tal como manejada no direito anglo-americano e o princípio da proporcionalidade na sua vertente alemã, quanto é correta a crítica de que juízes e tribunais brasileiros valem-se da proporcionalidade (e razoabilidade), assim como da dignidade da pessoa humana e outros princípios, como curingas argumentativos, deixando, em geral, de justificar de modo mais rigoroso a sua aplicação nos casos concretos.

Por fim, não se poderia deixar de mencionar o papel da jurisprudência constitucional brasileira, ditada pelo STF, que opera também e cada vez mais (em especial desde 1988) como Tribunal Constitucional, no que diz com a recepção das categorias dogmáticas alemãs acima referidas. Isso se deve também (e aqui mais um caso de importação da Alemanha) à ampliação das competências do STF em matéria de controle de constitucionalidade, mediante o reforço do controle concentrado e a criação de novos instrumentos processuais, inclusive para o controle das omissões legislativas e administrativas, mas também pela ampliação dos legitimados ativos para tal controle, que inclui associações e entidades de classe nacionais, governadores dos Estados da Federação e partidos políticos, bastando que o Partido tenha um representante no Congresso. Isso, como já amplamente sabido, contribuiu decisivamente para um aumento exponencial de ações tramitando no STF, chegando a ultrapassar até mesmo a marca de 100.000 processos por ano, ainda que nos últimos anos o número tenha reduzido para algumas dezenas de milhares.

No campo do controle de constitucionalidade chama a atenção também a utilização, pela Jurisdição Constitucional brasileira e também, num segundo momento, pelo legislador, não apenas da proporcionalidade de acordo com a vertente alemã, mas também da interpretação conforme a constituição, da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, do instituto do apelo ao legislador, bem como da possibilidade de modulação dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade (efeitos *ex nunc* ou mesmo diferidos no tempo), tudo tendo como fonte de inspiração principal o processo constitucional alemão, em especial a prática do Tribunal Constitucional Federal<sup>14</sup>.

Assim, traçado esse quadro geral, necessariamente sumário, já é possível antever o quanto também no campo da eficácia dos direitos fundamentais no Direito

---

assim chamado panprincípioalismo, v. em especial: STRECK, Lenio. Verdade e consenso. *Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

14. Sobre o tema, v. em especial (inclusive pelo fato de ter sido um dos principais – senão o principal – responsáveis por tal processo de recepção): MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; lembrando que o autor realizou o seu doutorado na Alemanha, tendo como tema precisamente o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

Privado a dogmática alemã tem tido um papel de destaque, o que será objeto de nossa atenção logo a seguir.

## 2.2. Breves observações sobre o "estado da arte" no que diz com a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado no Brasil

Sem que se vá aqui enfrentar, de modo mais detido, a evolução histórica em termos de constitucionalização da ordem jurídica<sup>15</sup>, é significativo que as relações entre a Constituição (com destaque para os direitos fundamentais) e o Direito Privado sempre se revelou como sendo pautada por um relacionamento dialético e dinâmico de influência recíproca<sup>16</sup>. Também por isso a relação entre a Constituição e o Direito Privado pode ser descrita pelo menos a partir de duas perspectivas: a do Direito Privado na Constituição e a da Constituição no Direito Privado<sup>17</sup>.

Em primeiro lugar e ocupando um papel de destaque situa-se a eficácia da Constituição na esfera do Direito Privado (a Constituição no Direito Privado), em que se cuida principalmente de uma interpretação conforme a Constituição das normas de Direito Privado e da incidência da Constituição no âmbito das relações entre sujeitos privados, seja por meio da concretização da Constituição pelos órgãos legislativos, seja pela interpretação e desenvolvimento jurisprudencial. Além disso, verifica-se também, em maior ou menor medida, a inserção, na Constituição, de institutos originariamente oriundos do Direito Privado, em outras palavras, da presença do Direito Privado na Constituição. Justamente nesta hipótese, quando não estamos mais em face de institutos de Direito Privado propriamente ditos, mas sim, de disposições e normas constitucionais (que, por sua

---

15. A respeito dos pressupostos e dimensões da constitucionalização da ordem jurídica de um modo geral (e não com ênfase na influência da Constituição na esfera do Direito Privado), v. especialmente, dentre tantos: SCHUPPERT, Gunner Folke; BUNKE, Christian. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des "einfachen" Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2000; assim como – embora na perspectiva da Itália: GUASTINI, Roberto. *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico*. In: CARBONELL, Miguel (Comp). *Neoconstitucionalismo(s)*. p. 49-74. No Brasil, v., em caráter meramente exemplificativo: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; que reúne um expressivo número de ensaios gerais e específicos sobre o tema.

16. Sobre este tópico v. as ponderações de: HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

17. Cf. Anota: FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, especialmente p. 35 e ss.

vez, incidirão na esfera jurídica privada por meio da primeira via referida) é que não nos parece a solução mais adequada – pelo menos em termos terminológicos – falar em um Direito Civil-Constitucional ou de um Direito Privado com *status* ou hierarquia constitucional.

Apenas em caráter ilustrativo, vale referir alguns exemplos extraídos da CF e que apresentam direta relação com o Direito Privado: o direito à indenização por violação da honra, da intimidade e da imagem (art. 5º, inciso X); a função social da propriedade e o direito de propriedade em termos gerais, que abrange também a propriedade intelectual e industrial (art. 5º, incisos XXII-XXIX); o direito à herança (art. 5º, incisos XXX-XXXI); a tarefa do Estado no sentido de proteger o consumidor (art. 5º, inciso XXXII); disposições sobre aquisição da propriedade por usucapião especial urbano e rural (art. 183 e 191); proteção da família, do casamento, das uniões estáveis, assim como a vedação da discriminação entre os cônjuges e dos filhos (arts. 226 e 227), dentre tantos outros que poderiam ser colacionados. Na Alemanha, por sua vez, apenas para oferecer um ponto de comparação, também existem institutos que migraram do Direito Privado para a Constituição, como é o caso da proteção da família, do casamento e da maternidade, mas também da proteção (mais antiga) da propriedade privada e mesmo dos direitos de personalidade, cuja sede original – ao menos na Alemanha – radica no direito civil e delitivo, no campo da responsabilidade por danos à personalidade.

Especificamente no caso do Brasil – pois é em relação ao mesmo que se pretende abordar a influência da dogmática alemã –, o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado (a exemplo de outros domínios, como o direito penal e processual penal, direito administrativo, direito da seguridade social, tributário, econômico e financeiro) se revelou particularmente intenso, seja do ponto de vista quantitativo, seja da perspectiva qualitativa. Se a ótica quantitativa é facilmente associável ao amplo parâmetro representado pela grande quantidade de princípios, mas especialmente de direitos fundamentais na CF e sua respectiva aplicação na esfera do Direito Privado, quando se fala em uma perspectiva qualitativa se está aqui a falar da intensidade da incidência dos direitos fundamentais no controle dos atos normativos de caráter privado e a frequência de sua aplicação às relações entre particulares.

Com isso, resulta evidente que por ora não estamos a avaliar de modo crítico o modo pelo qual os direitos fundamentais são manejados no Direito Privado, portanto a correção do procedimento em si e a adequação das consequências jurídicas e fáticas para os direitos fundamentais, para o Direito Privado e também para a solução dos conflitos entre atores privados, pois isso será examinado mais adiante, à luz da possível contribuição de Canaris.

No caso do Brasil – a exemplo do que se verifica na Alemanha (pelo menos de acordo com a posição dominante) –, não se questiona mais se os direitos fundamentais podem, ou mesmo devem, ter uma eficácia em relação ao Direito Privado,

evidentemente sempre como parâmetro do controle da constitucionalidade das normas de Direito Privado (portanto, na esfera “vertical”, da vinculação do Legislador), mas também na esfera das relações ente particulares<sup>18</sup>.

Como pressuposto de tal consenso, basta – para o nosso propósito – referir o postulado da supremacia da Constituição em relação ao direito ordinário, somado ao fato de que a evolução do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito evidenciou, que o Estado não é necessariamente o grande violador dos direitos fundamentais (embora o siga sendo em maior ou menor medida), mas sim, também um Estado “amigo” de tais direitos, designadamente naquilo que uma de suas funções principais é a de assegurar a fruição plena dos mesmos nas relações sociais<sup>19</sup>.

Nessa perspectiva, uma das principais funções do Estado – dado o seu monopólio (em regra) do exercício da força e poder de polícia – é a de proteger as pessoas umas em relação às outras, portanto, na esfera da relação entre particulares, ademais da proteção convencional contra atos do próprio Estado. E isso pelo fato de serem até mais frequentes as violações (e ameaças e riscos) de direitos advindas de particulares, tanto mais quanto esses exercem significativas parcelas de poder social e econômico. Já por tais razões, não é à toa que a teoria (dogmática) dos deveres de proteção e de seus corolários, tal como desenvolvida dogmaticamente na Alemanha (e em particular para o Direito Privado por Canaris) segue atual e relevante.

Além disso, importa sublinhar que especialmente no caso do Brasil (e nesse ponto a realidade é ainda bastante distinta da Alemanha) a fruição efetiva e o respeito aos direitos fundamentais é caracterizada por significativos déficits de eficácia social, não só, mas também, pelos acentuados níveis de desigualdade social, econômica e cultural e poder dos grandes atores econômicos, o que acentua a necessidade de compensar os desníveis de poder e considerar um índice médio maior do que os encontrados em países desenvolvidos (ainda mais no caso da Alemanha) de vulnerabilidade no corpo social. Já aqui se revela ainda atual e em geral absorvida na literatura e jurisprudência constitucional brasileira (ainda que em geral, em especial no segundo caso, sem referência à doutrina especializada), a lição de Canaris, no sentido de que os Direitos Fundamentais hão de ser considerados e aplicados (ainda que de modo diversificado) nas seguintes e principais constelações: a) normas de Direito Privado; b) interpretação e desenvolvimento jurisdicional; c) comportamentos de sujeitos privados<sup>20</sup>.

---

18. V. em especial: CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*. Cit. p. 11 e ss.

19. Neste sentido, entre outros, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 284.

20. Cf., por todos, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Cit. p. 11 e ss.; onde as principais constelações foram exemplarmente apresentadas: a) normas de Direito Privado; b) aplicação e desenvolvimento jurisdicional; c) comportamentos de sujeitos privados.

Ainda nesse contexto preliminar, cabe salientar que no Brasil em princípio nenhuma categoria dos direitos fundamentais, sejam eles civis (incluindo garantias processuais) e políticos ou sociais, econômicos, culturais e ambientais encontra-se excluída com relação à sua vocação de parâmetro para controle judicial nas três situações acima referidas, aqui restritas ao domínio das relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado. Além disso, a eficácia possível de todos os direitos fundamentais na esfera privada, não se dá apenas no campo de sua dimensão negativa, como direitos de defesa, mas também na sua condição de direitos a prestações normativas e fáticas, conquanto aqui se registre maior controvérsia, o que aqui, todavia, não será desenvolvido<sup>21</sup>.

Já no que diz respeito ao “como”, ou seja, quanto ao meio, modo e intensidade da eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado no Brasil é possível, em caráter de síntese e para preparar o próximo item, em que se fará uma apreciação da influência do pensamento de Canaris, enunciar algumas premissas de caráter geral, no qual também se percebe já algum impacto da dogmática alemã.

Em primeiro lugar, assume-se como correta a tese de que tanto o “se” e o “como” de uma eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado encontra-se também na dependência da concepção vigente da ordem constitucional concreta e do respectivo conteúdo e significado dos direitos fundamentais<sup>22</sup>.

No caso do Brasil, a despeito das constantes e significativas reformas constitucionais levadas a efeito, que atenuaram em muito o caráter prevalentemente estatizante, interventivo e nacionalista do texto originalmente aprovado pelo Constituinte, a CF segue correspondendo mais a um modelo constitucional dirigente do que a uma Constituição do tipo “quadro” ou “moldura”. Isso, somado à amplitude do catálogo de direitos fundamentais e o seu regime jurídico particularmente reforçado indubitavelmente implica limites mais acentuados à liberdade de conformação do legislador e da administração pública, bem como reforça a possibilidade de controle jurisdicional (o que também decorre das competências e instrumentos colocados à

---

21. Refira-se aqui apenas, para quem quiser desenvolver o tema, a posição contrária de: STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais*. Cit. p. 274 e ss. Em sentido favorável confirmam-se os posicionamentos de: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações particulares*. Cit. p. 350 e ss; e SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551 e ss.

22. No Brasil, na esteira do que na Alemanha já havia corretamente apontado Klaus Stern, tal entendimento foi recepcionado e reformulado por: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*. Cit. p. 107 e ss.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

disposição do Poder Judiciário) dos atos legislativos e administrativos, assim como dos atos jurisdicionais quanto em contraste com os direitos fundamentais<sup>23</sup>.

Nessa perspectiva, resulta no mínimo questionável a adoção, designadamente para efeitos das possibilidades e limites da constitucionalização do Direito no Brasil (especialmente no que concerne às relações entre particulares), do modelo de uma Constituição do tipo quadro (ou moldura), mesmo que não privilegiando uma concepção eminentemente liberal<sup>24</sup>. De qualquer sorte, não é nosso propósito – considerando o objetivo e limites do trabalho – explorar todo o potencial desta discussão, mas apenas apontar para alguns dos seus pontos problemáticos.

Um segundo ponto diz respeito à terminologia, igualmente influenciada por literatura estrangeira. Assim como se tornou comum no Brasil fazer referência, no contexto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica, de uma *eficácia irradiante* (termo bastante criticado na Alemanha, inclusive por Canaris) também se incorporaram largamente – e em geral sem qualquer filtro crítico – as expressões *Drittwirkung* (muitas vezes utilizadas mesmo em língua alemã) e eficácia horizontal (mais usada no direito anglo-americano). De todo modo, a doutrina, atenta ao fato de que tais expressões não são precisas e não dão conta da complexidade do problema, tem cada vez mais preferido falar em uma eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado ou, de modo mais específico, nas relações privadas, posição que compartilhamos<sup>25</sup>.

Também a íntima relação entre a dimensão processual e material da problemática e o reconhecimento da relevância da perspectiva processual do tema para o modo pelo qual se manifesta na prática a constitucionalização do Direito Privado e a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, vai aqui assumida como um pressuposto da análise ora empreendida. A despeito da evidente interdependência entre tais dimensões, cuida-se de aspectos passíveis de tratamento

---

23. Bem explorando a questão e demonstrando o caráter substancialmente dirigente da Constituição de 1988, v., especialmente: BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, 1999, p. 41 e ss; e STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e hermenêutica. *Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre, 2002. Promovendo um debate com o autor da teoria da Constituição dirigente, José Joaquim Gomes Canotilho, confira-se também: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

24. Também por esta razão – embora se possa endossar a posição do autor no que diz com a consideração da relevância do modelo constitucional em si – há que manifestar certa reserva em relação à tese advogada por: SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. Cit. p. 107 e ss.

25. Ver, em caráter ilustrativo: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Cit. p. 392-401.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

(em função de um corte metodológico) distinto, de tal sorte que na presente abordagem será privilegiada a perspectiva material. Por outro lado, que a estrutura, as competências e os instrumentos da assim designada justiça constitucional exercem uma forte influência nesse contexto (da eficácia privada dos direitos fundamentais) não deveria ser negligenciado e conduz a diferenças, muitas vezes, relevantes para a discussão também sobre a dimensão substancial do problema entre as diversas ordens jurídicas<sup>26</sup>.

No caso do Brasil, não se pode, portanto, negligenciar a relevância da competência de controle judicial de constitucionalidade atribuído, de forma difusa, a todos os juízes e tribunais, em todos os domínios do Direito, bem como a já referida posição privilegiada do STF nesse contexto, o que contribui de modo decisivo para a existência de elevado número de processos em que está em causa a eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado, embora curiosamente no STF – como se verá logo adiante – os reflexos sejam mais modestos do que se poderia pensar à primeira vista.

Embora na esfera jurisprudencial, em especial no STF, não se possa identificar uma base dogmática coerente e sólida sobre o tema, é possível afirmar que predomina – quanto ao como (modo) de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a tese da assim chamada eficácia direta, sendo ainda poucos os autores que a refutam (seja no direito constitucional, seja no Direito Privado) e se pronunciam – inclusive e em geral mediante referência a Canaris – em favor de uma eficácia sempre e apenas indireta<sup>27</sup>.

De todo modo – importa sublinhar – a tese da eficácia direta nas relações entre particulares (pois a eficácia em relação aos atos legislativos não é contestada, salvo

---

26. Sobre este aspecto, v. especialmente: TUSHNET, Mark. The Relationship between Judicial Review of Legislation and the Interpretation of Non-Constitutional Law, with Reference to Third Party Effect. In: SAJÓ, András; UITZ, Renata (Ed.). *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, 2005. p. 167-182.

27. No Brasil, como exemplo de representantes da tese divergente, no sentido de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é indireta, v.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 104 e ss.; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto Epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, n. 143, 2011., p. 43-66; DUQUE, Marcelo Schenk. Direito Privado e Constituição. Cit. p. 117 e ss.; e, por último: LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. In: LEAL, Fernando (Org.). *Direito Privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. Cit. p. 87 e ss. No direito lusitano, a defesa mais forte (em termos de ênfase) e mais consistente da refutação de uma eficácia direta foi promovida por: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 69-116.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.



quanto ao seu alcance), não tem sido – pelo menos na esfera da literatura constitucional – como uma eficácia absoluta e que dispensa, pura e simplesmente, um primeiro olhar sobre a legislação ordinária e o modo como esta regula e estabelece a necessária concordância entre os direitos e interesses dos atores privados. Nesse sentido, aliás, é possível falar do reconhecimento de uma eficácia direta *prima facie*, que parte da premissa de uma relação de complementariedade entre a vinculação dos órgãos estatais e dos atores privados e que implica uma metódica diferenciada em cada caso concreto, respeitando-se as opções legislativas, mas submetendo-as a rigoroso controle de constitucionalidade quando veicularem restrições a direitos fundamentais, mesmo na ausência de legislação específica, efetuando o controle judicial de violações de direitos nas relações entre privados e resolvendo tais conflitos mediante recurso aos direitos fundamentais<sup>28</sup>.

Em termos gerais, visto ser inviável inventariar e avaliar aqui todos os aspectos, o fundamento constitucional de uma eficácia (também) direta dos direitos fundamentais no Direito Privado em geral e nas relações entre particulares em especial, reside na afirmação, pelo art. 5º, § 1º, CF, de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que representa um elemento diferencial importante em relação ao que dispõe o art. 1º, III, da LF, de acordo com o qual os direitos fundamentais vinculam diretamente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Essa, aliás, a posição (embora a falta de clareza) atual adotada pelo STF, que tem seguido tal linha de orientação em diversos casos, recorrendo também frequentemente a alguns elementos do pensamento de Canaris, o que será então examinado com mais atenção logo a seguir. Importante, para efeito de fechamento dessa etapa, é sublinhar que o STF, ao decidir o caso que pode (a despeito de alguns antecedentes) ser considerado o verdadeiro *leading case* na matéria, entendeu, por maioria, que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta em diversas situações, que as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa são aplicáveis diretamente às relações privadas.

No julgamento apontado, é possível constatar tanto um embate entre a tese de uma eficácia mediata e imediata, como também o fato de que o voto condutor da

---

28. Nesse sentido, no âmbito da doutrina constitucional, a posição inaugurada no direito brasileiro por: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. Cit. p. 107-163; desenvolvida, entre outros, por: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Cit. p. 332 e ss; e STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais*. Cit. p. 220 e ss. Embora o último não concorde com uma vinculação direta (ainda que excepcional) na esfera dos direitos sociais na condição de direitos a prestações.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

posição que acabou prevalecendo (admitindo a eficácia direta) mesclou, na sua fundamentação, elementos da dogmática alemã, mas também recorreu a argumentos habitualmente esgrimidos nas decisões norte-americanas na esfera da *state action doctrine*. Com efeito, de acordo com o voto do Ministro Gilmar Mendes, que divergiu da primeira relatora, Ministra Ellen Gracie, a qual sustentava uma eficácia apenas mediata e a prevalência da autonomia da vontade, no caso concreto, tratava-se de questionar o afastamento (alegadamente arbitrário) de associado da ordem dos compositores do Brasil, instituição de classe que atua de modo similar a um órgão do poder público, com competência fiscalizatória e até mesmo sancionatória. Tal mescla de elementos da dogmática alemã e norte-americana, embora geradoras de alguma incongruência, não é, contudo, de ser repudiada de plano, pois de fato há elementos compatíveis, pois a equiparação de uma entidade privada a ator público se justifica quando presente efetivo desnível social e econômico e se exerce – como na hipótese – expressiva dose de poder público.

Com isso estamos prontos para, na última etapa, enfrentarmos ao menos alguns aspectos relativos à influência da obra de Canaris no campo das relações entre os direitos fundamentais e o direito privado no Brasil.

### 3. A RECEPÇÃO DA DOCTRINA DE CANARIS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ATUAL ESTÁGIO E FUTURO DESENVOLVIMENTO DO PROBLEMA TEÓRICO E PRÁTICO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO

A recepção de doutrinas (e de legislações) estrangeiras pode ser ilustrada e analisada de diferentes perspectivas. Considerando os propósitos do presente texto, iremos aqui adotar dois critérios. Em primeiro lugar, apresentar alguns indicadores (dentre um leque de alternativas) que permitem vislumbrar a importância da obra de Canaris sobre os Direitos Fundamentais e o Direito Privado no Brasil. Na sequência, teremos a oportunidade, como fechamento, tecer algumas considerações críticas, mas também apontar algumas possibilidades de melhor aproveitamento da doutrina de Canaris pela doutrina, mas especialmente jurisprudência brasileira.

Seguramente um primeiro fator a impulsionar a recepção do pensamento de Canaris foi a publicação, em língua portuguesa (com circulação em todo o mundo lusófono) da obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Um balanço intermédio*, publicada originariamente na Alemanha, em 1999. O livro em português, publicado em 2003, pela Editora Almedina, Coimbra, foi objeto de reiteradas tiragens, com ampla consideração no meio jurídico de diversos países (mas com destaque para o Brasil e Portugal), ainda mais tendo em conta o acesso limitado por parte do público ao original em alemão e mesmo aos diversos textos anteriores de Canaris

sobre o tema, com destaque para o seu seminal contributo de 1984 no *Archiv für die civilistische Praxis*. Para documentar a afirmação, segundo informações recolhidas da Editora Almedina, no período de agosto de 2003 até agosto de 2016, foram impressos 3.400 exemplares da obra e vendidos 2.970, dos quais 52% em Portugal, 46% no Brasil e 2% na África.

Tendo em conta o imenso volume de julgados produzidos pelos diversos tribunais estaduais e federais brasileiros, a cada ano, e considerando, além disso, o foco do presente texto, serão trazidas informações apenas relativas à jurisprudência do STF. Essa opção se justifica também pelo fato de que o STF atua como corte constitucional e tem, portanto, a última palavra sobre a aplicação dos direitos fundamentais (também no direito privado), seja no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, seja no controle concreto e difuso, por via do instituto do *judicial review*.

Iniciando, portanto, pela esfera jurisprudencial, é possível afirmar que as referências feitas à obra de Canaris têm sido – e isso já uma curiosidade digna de nota – utilizadas nos mais diversos domínios do Direito, inclusive e mesmo inicialmente na seara do Direito Penal, onde em primeiro lugar foi recepcionada a figura da proibição de proteção insuficiente, associada aos deveres de proteção estatais e à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tais referências foram efetuadas inicialmente em votos proferidos pelo Ministro Gilmar Mendes, que realizou seus estudos de doutoramento na Alemanha e cita também artigo mais antigo de Canaris, versando sobre a eficácia dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade na aplicação e desenvolvimento do Direito Privado pelo Poder Judiciário (*Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, Jus, 1989, p. 161-172).

Nesse sentido, muito embora (e aqui já se adianta uma crítica aos julgados brasileiros em geral) a invocação da obra de Canaris seja, em regra, limitada a tal aspecto – ao reconhecimento em si de deveres de proteção e das respectivas consequências –, é inegável que a “importação” da noção de proibição de proteção insuficiente é de se não só, mas também (basta ver as referências citadas na jurisprudência e mesmo doutrina) atribuir, em expressiva medida, à difusão dos textos de Canaris no Brasil, ainda que isso em geral não se tenha dado na esfera do Direito Privado.

Além disso, em alguns dos casos selecionados, a referência ao pensamento de Canaris inclui a ideia de que quanto maior o peso do direito fundamental afetado e mais intensa a intervenção e menor a possibilidade de autodefesa do particular, tanto maior a necessidade de se reconhecer um dever vinculativo de proteção do Estado. No caso das decisões envolvendo o controle judicial de políticas públicas, a noção da proibição de proteção insuficiente costuma, ademais disso, ser associada ao critério da garantia do mínimo existencial, no sentido de que se o Estado não

assegurar um mínimo para uma existência digna está violando os seus deveres de proteção<sup>29</sup>. Isso, contudo – a despeito de se poder acompanhar num primeiro momento tal associação –, não tem sido, como haveria de ser, acompanhado da utilização de um refinamento dogmático (no sentido das peculiaridades do instituto e da correspondente metódica de aplicação) para a utilização da proibição de proteção insuficiente.

Importa sublinhar, nessa mesma quadra, que ainda que se divirja de Canaris no que diz com uma vinculação apenas indireta dos particulares na esfera dos deveres de proteção, o fato é que quando se recorre aos mesmos, e em especial à proibição de proteção insuficiente, por via de coerência há que manejar de modo apropriado o instituto.

Apenas em caráter ilustrativo, das vinte decisões do STF selecionadas<sup>30</sup>, seis versam sobre matéria penal, dez envolvem direitos sociais (assistência social, previdência social, transporte público, acesso à educação e saúde, sistema prisional), uma versa sobre a constitucionalidade da lei que previu as pesquisas com células tronco obtidas de embriões excedentes e outra trata da legitimidade constitucional do aborto em casos de anencefalia, sendo que apenas três dos casos versam sobre o tema das relações entre a constituição e o direito privado.

Isso significa, grosso modo, que embora *Canaris* seja um autor dedicado à metodologia e teoria do Direito, mas em especial ao Direito Privado, e versando a obra ora privilegiada para a presente análise, sobre Direitos Fundamentais e Direito Privado, que a sua influência, ao menos no Brasil, vai muito além de tais fronteiras, muito embora – e talvez por isso mesmo – eventuais distorções no que diz com a compreensão e manejo de sua doutrina sejam mais frequentes. Tal afirmação, ainda que feita em caráter exploratório, se revela ainda mais plausível pelo fato de que os exemplos discutidos por Canaris no seu livro são extraídos do Direito Privado, e não do direito penal, social ou administrativo.

Mas, tendo em conta os nossos modestos objetivos, vamos fixar-nos em casos (julgados pelo STF) que envolvem a influência dos direitos fundamentais no direito privado, incluindo aqui o julgado já citado, da aplicação da garantia do contraditório e da ampla defesa às relações privadas.

Aqui vamos distinguir as duas situações clássicas, a da vinculação do legislador de direito privado aos direitos fundamentais e a da eficácia dos direitos fundamentais

---

29. V. por exemplo, a STA 175, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. em 10.03.2010.

30. O número total encontrado, na data de 26.01.2017, inserindo apenas o sobrenome *Canaris* no mecanismo de busca (pesquisa livre) do portal do STF, foi de 36 decisões (16 acórdãos, 13 da Presidência, sete monocráticas), tendo sido excluídos (do número total apontado) os julgados que faziam referência apenas ao livro sobre interpretação sistemática e conceito de sistema no Direito.

nas relações privadas, sem que se vá aqui apresentar as diversas concepções sobre o tema, o que escapa do objeto do presente estudo.

Na primeira hipótese, assume relevância um caso recente, julgado em 2015, que versa sobre a constitucionalidade da exigência legal (arts. 20 e 21 do Código Civil Brasileiro) de autorização prévia do biografado para o biógrafo, questionada no STF por conta de alegada ofensa ao direito de liberdade de expressão. Aqui o tribunal, à unanimidade, entendeu de proceder a uma interpretação conforme a constituição, fixando a orientação de que tal autorização prévia é inexigível, sem prejuízo de o tribunal enfatizar a possibilidade de um controle, *a posteriori*, de eventuais abusos praticados pelo biógrafo<sup>31</sup>.

Quanto ao contributo (efetivo e desejável) da obra de Canaris, é de se enfatizar que a referência à sua obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (na versão traduzida para o português) foi feita no voto do Ministro Luiz Fux, afirmando a impossibilidade de se ponderar a exigência de autorização prévia prevista no Código Civil com a liberdade de expressão, passando então a transcrever passagem do texto de Canaris no sentido de que:

(...) 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, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e dos interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de proteção (*Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 114).

Quanto à segunda situação, aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, o caso emblemático, a despeito de alguns poucos julgados anteriores (em especial sobre a exigência de tratamento igual para funcionários brasileiros e franceses da empresa Air France e afastamento de sócio de cooperativa sem devido processo legal)<sup>32</sup>, segue sendo o já referido julgamento envolvendo o afastamento de associado da união dos compositores do Brasil. Aqui Canaris também foi citado, no caso, no voto da Ministra Ellen Gracie, primeira relatora, mas que resultou vencida,

---

31. CF ADI 4815, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgada em 10.06.2015 no âmbito do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

32. Assim, por exemplo, as decisões no Recurso Extraordinário 158.215-4/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, e no Recurso Extraordinário 161.243-6/DF, Relator Ministro Carlos Mario Velloso, ambas do ano de 1996, em que se discutiu, respectivamente, a aplicação da garantia da ampla defesa e do contraditório em caso de exclusão de sócio de cooperativa, e a aplicação do princípio da igualdade às relações trabalhistas no caso de empresa estrangeira que discriminava entre empregados brasileiros e estrangeiros. Embora no bojo de ambas as decisões não se tenham discutido com mais vagar os aspectos dogmáticos

sustentando a tese da eficácia apenas mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e a prevalência da autonomia privada, mas limita-se a afirmar que, de acordo com Canaris, os direitos fundamentais cumprem também uma função de proteção, o que contribui para explicitar a influência dos deveres de proteção no âmbito do Direito Privado.

Os dois casos referidos ilustram que em regra os julgados (em todas as matérias) com citações da obra de Canaris expressam de modo correto a sua posição, em especial no que diz com o reconhecimento de deveres de proteção e a recepção da figura da proibição de proteção insuficiente, o que por si só já bastaria para verificar o alcance de sua influência no Brasil, dada a relevância da dogmática dos deveres de proteção e seus corolários.

A crítica que se poderia fazer, contudo, aqui direcionada às decisões judiciais, é de que acabam, em geral (as decisões citadas são mera amostra), limitando o recurso à obra de Canaris a tais referências genéricas, deixando de aproveitar todo o potencial do seu pensamento para uma adequada – do ponto de vista metodológico e em termos da possibilidade de um controle racional e intersubjetivo das decisões – solução dos casos concretos, especialmente no que diz com o manejo dos critérios apontados na obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado* sobre quando e como se deve fazer uso de tais categorias.

Aliás, tal crítica (compartilhada por expressiva literatura no Brasil) também pode ser estendida a outras figuras da dogmática alemã dos direitos fundamentais que foram recepcionadas no Brasil, em particular àquelas vinculadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a interpretação conforme a constituição, ao problema dos limites dos direitos fundamentais, em especial o manuseio do princípio da proporcionalidade, assim como algumas categorias do processo constitucional. Evidentemente tais críticas não se encontram apenas no Brasil, pois também na Alemanha, e desde cedo, não são poucas (e, aliás, bem conhecidas) as objeções à dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>33</sup> e ao princípio da proporcionalidade<sup>34</sup>, mas também em relação a algumas decisões e o modo de decidir do Tribunal Constitucional Federal<sup>35</sup>. Aliás, o próprio Canaris, a despeito da recepção de sua

---

envolvidos (nem mesmo a distinção entre uma eficácia direta e indireta) e a despeito das diversas críticas que já foram endereçadas ao Tribunal, acabou sendo privilegiada a tese da eficácia direta.

33. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. p. 53-89.
34. Cf., por todos e pela sua relevância: SCHLINK, Bernhard. *Abwägung und Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
35. Em caráter ilustrativo, vale a pena conferir: MÖLLERS, Christoph et al. *Das entgrenzte Gericht*. Berlin: Suhrkamp, 2011.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

doutrina em decisões do Tribunal Constitucional Federal, não se furtou a apontar distorções relevantes quanto à aplicação dos direitos fundamentais na esfera do Direito Privado, o que aqui não será objeto de desenvolvimento.

Já no campo da doutrina constitucional, o texto de Canaris, ora comentado quanto à sua influência no Brasil, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, também passou, em especial e compreensivelmente desde a publicação da versão em língua portuguesa (2003), a ter cada vez maior repercussão e recepção. Antes disso, afora trabalhos isolados (embora de qualidade)<sup>36</sup>, o texto (brasileiro) a se ocupar mais detidamente do tema, com base na edição original alemã de 1999, mas discordando de Canaris no que diz com a sua negativa de uma eficácia direta, foi publicado em 2000. Nesse mesmo trabalho, ainda que tenha ocorrido a recepção de boa parte do pensamento de Canaris, foi advogada a tese de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas e de uma metódica diferenciada para a solução dos casos<sup>37</sup>, perspectiva que, embora com algumas variações e mesmo desenvolvimentos importantes, foi em termos gerais sufragada por diversos escritos de prestígio subsequentes<sup>38</sup>.

Em síntese, a respeito do impacto da obra de Canaris sobre a literatura jurídica brasileira, é possível afirmar que em diversos pontos, e embora nem sempre em sentido convergente (como a tão controversa aplicação das categorias dos deveres de proteção e da proibição de proteção insuficiente ao direito privado e solução de conflitos entre atores privados), o seu texto encontrou significativa acolhida, pelo menos no campo da literatura constitucional especializada sobre o tema<sup>39</sup>.

Onde segue a se verificar maior dissídio é no que diz com o *modus* da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois aqui a doutrina (e jurisprudência) dominante segue sufragando a tese da eficácia direta, muito embora o número de defensores de uma eficácia apenas indireta, como já adiantado, esteja a crescer nos últimos anos. Isso se deve em parte às flagrantes distorções verificadas em uma série de decisões judiciais hipertrofiando a aplicação de princípios (destaque aqui para a dignidade da pessoa humana) e direitos fundamentais às relações privadas.

---

36. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 27, abr.-jun. 1999. p. 33-44.

37. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Cit. p. 107-163.

38. Com destaque aqui – até mesmo em virtude de algumas diferenças relevantes entre o pensamento dos dois autores, ambos, contudo, advogando uma eficácia em princípio direta embora não absoluta – para: STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais*. Cit. p. 220 e ss; e SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Cit. p. 332 e ss.

39. Cf., por exemplo, os trabalhos de Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, Virgílio Afonso da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, Marcelo Duque, todos já referidos.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.



Além disso, também é correto reconhecer que em parte tal processo se deve à convicção manifestada por alguns autores de que a solução adequada do ponto de vista dogmático é mesmo a da eficácia indireta, o que também se deve ao impacto da obra de Canaris, precisamente pelo fato de sua argumentação ser mais convincente (o que mesmo um defensor de uma eficácia direta deverá reconhecer) do que as teses anteriores, advogando uma eficácia indireta<sup>40</sup>. Com efeito, ao demonstrar que os direitos fundamentais repercutem nas relações privadas mesmo para além da interpretação das cláusulas gerais do direito privado e na sua dupla dimensão defensiva e positiva, portanto, também como deveres de proteção, Canaris conseguiu corrigir disfunções evidentes das convencionais doutrinas da eficácia apenas mediata e potencializar, de modo racional e dogmaticamente apurado, a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado.

Mas também é verdade que Canaris – e isso aparentemente não foi registrado até o momento pela doutrina e jurisprudência subsequente à publicação do seu novo texto sobre o tema<sup>41</sup> – acabou por revisar em parte o seu entendimento e passou a sustentar que embora a regra siga sendo a de uma eficácia (vinculação) indireta dos atores privados, no campo das discriminações ofensivas à dignidade humana (além, é claro, das hipóteses de uma previsão constitucional expressa) a vinculação dos particulares deverá ser direta, viabilizando uma intervenção e correção judicial imediata.<sup>42</sup>

Aqui, contudo, há que agregar algumas considerações.

Em primeiro lugar, sugere-se que a alteração parcial do entendimento de Canaris poderia contribuir ao menos para uma reavaliação por parte de autores que, com base (também) na anterior orientação de Canaris, sustentam a tese da eficácia apenas indireta, no mínimo induzir ao necessário e saudável contraditório acadêmico.

---

40. A começar por: DÜRIG, Günther. Grundrechte und Zivilrechtssprechung. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günther (Coord.). *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. München: Isar Verlag, 1956. p. 157-190.

41. Convém frisar, neste contexto, que o que se está a sugerir não é uma crítica aos textos anteriores, mas sim que os autores dedicados ao tema poderiam, em trabalhos mais recentes, ter considerado a posição ajustada de Canaris, seja para refutá-la, seja para ajustá-la ou mesmo a sufragar.

42. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no Sistema de Direito Privado. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 07, n. 22, jan.-mar. 2013. p. 15-20. Note-se que a admissão de hipóteses de uma eficácia direta tendo como parâmetro a dignidade humana na esfera das proibições de discriminação corresponde a uma relativamente recente correção da posição anterior, mais restritiva, adotada pelo autor, divulgada pela primeira vez por ocasião de conferência proferida em setembro de 2012, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Para os defensores da eficácia direta, que constituem a maioria na doutrina constitucional (e na esfera do assim chamado direito civil constitucional) a inovação proposta por Canaris igualmente poderia conduzir a uma matização de suas posições, ou, ao menos, oferecer critérios adicionais para balizar uma aplicação mais consistente e coerente dos direitos fundamentais na esfera do direito privado.

Por outro lado, é possível encaminhar algumas observações críticas em relação à inovação advogada por Canaris.

Em primeiro lugar – e aqui a divergência não é direcionada apenas a Canaris – a tese de acordo com a qual apenas a dignidade humana no campo do princípio da igualdade (Canaris) ou, de modo mais abrangente, o conteúdo em dignidade dos direitos fundamentais<sup>43</sup> vinculam diretamente também os particulares, embora possa ser convincente para o caso da Alemanha, notadamente em função do disposto no art. 1º, III, da Lei Fundamental (de que os direitos fundamentais vinculam os atores estatais), não se revela necessariamente a melhor para o caso do Brasil. Isso pelo menos não como critério exclusivo, ainda mais em face do previsto no art. 5º, § 1º, da CF afirmando a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, o que aqui não é possível desenvolver.

Além disso, outra crítica que poderia ser endereçada a tal concepção é a de que a noção de dignidade humana é fluída e permite interpretação mais ou menos restritiva, mas em geral, como se verifica no Brasil, tem sido utilizada de modo hipertrofiado e mesmo em substituição a outras normas de direitos fundamentais. É claro que quanto a esse ponto, a tese de Canaris se revela vantajosa e contorna substancialmente o problema, pois prefere uma interpretação restritiva e limita a vinculação direta dos particulares aos casos de uma discriminação arbitrária em função de uma violação da dignidade humana.

Por outro lado, é de se indagar – ainda mais para o caso brasileiro – se Canaris não acabou por restringir demasiadamente o conteúdo da dignidade humana. Isso já por excluir as desigualdades baseadas no gênero, mas também por afastar outras situações que envolvem violações da dignidade humana, como no domínio dos direitos de personalidade, mas também não considerar os direitos sociais, pelo menos naquilo que está em causa a garantia de um mínimo existencial. Se isso soa relevante também para o debate na Alemanha, no caso brasileiro assume particular importância, seja pela ampla acolhida de direitos sociais no texto constitucional, seja pelo fato de que doutrina e jurisprudência ter, em regra (salvo objeções conhecidas e já referidas), reconhecido que o mínimo existencial vincula (e mesmo diretamente) tanto atores estatais quanto privados.

---

43. Assim, paradigmaticamente – para a Alemanha: NEUNER, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat*. München: 1998. p. 150 e ss.

---

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 63-88. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

É claro, de outra parte, que isso não afasta a crítica, correta em diversos casos, de uma manipulação judicial da noção de mínimo existencial, cuja concretização cabe, em primeira linha, ao legislador, mas de todo modo demonstra que a realidade normativa (e fática) alemã e brasileira não pode pura e simplesmente ser equiparada, consoante; aliás, o próprio Canaris deixou claro no seu já referido prefácio, à edição em língua portuguesa de seu livro sobre Direitos Fundamentais e o Direito Privado.

De todo modo, independentemente de se compartilhar ou não as críticas sumariamente tecidas em relação a alguns aspectos da nova proposta de Canaris, causa estranheza a falta de referência ao seu novo entendimento entre nós, em especial quando se sabe que o seu ponto de vista ajustado foi publicado em língua portuguesa e no Brasil. Além disso, parece-nos que – ao menos em parte – os ajustes formulados por Canaris podem ser úteis para o melhor enfrentamento de determinadas constelações de casos também no direito brasileiro. Pelo menos, contudo, os poucos autores, que – também influenciados por Canaris – sustentam uma eficácia apenas indireta dos Direitos Fundamentais na esfera das relações privadas, teriam a ocasião (e mesmo a obrigação) de testar os seus próprios argumentos, seja para manter seu entendimento, seja para ajustá-lo no todo ou em parte.

#### 4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM CARÁTER DE ENCERRAMENTO

Ainda que parte das ponderações de natureza crítica em relação ao modo como Canaris tem sido citado na doutrina e na jurisprudência do STF já tenha sido adiantada, calha aqui retomá-las em caráter de síntese conclusiva, complementando-as no que couber.

Num primeiro plano, há como afirmar que, embora já significativa do ponto de vista quantitativo – mas não no domínio do Direito Privado –, a recepção da obra de Canaris na jurisprudência do STF deixa muito a desejar numa perspectiva qualitativa, e isso independentemente da seara do Direito na qual se faz referência ao seu pensamento.

Com efeito, embora a necessidade de se respeitar sempre as peculiaridades da ordem jurídica (em especial do direito constitucional positivo) brasileiro, o recurso ao pensamento de Canaris apenas em termos genéricos e sem a consequente (e necessária) justificação no caso concreto e acompanhada da aplicação coerente das categorias dogmáticas relacionadas, nem sempre auxilia de modo efetivo na solução da controvérsia, como poderá mesmo levar a algumas distorções, ainda mais quando num ambiente estranho ao do Direito Privado. Justamente o rigor e coerência da dogmática de Canaris poderiam auxiliar no bloqueio de soluções simplistas e mesmo em alguns casos panfletárias, bem como contribuir para um melhor desenvolvimento da teoria e da prática sobre o tema no Brasil.

Nesse contexto, assume relevo o fato de que a utilização da noção de deveres de proteção e em especial dos critérios relacionados à proibição de proteção insuficiente se dá em caráter excepcional e devidamente justificada à luz das circunstâncias do caso concreto, mas não de modo generalizado e sem maior cuidado argumentativo, como se verifica em boa parte das decisões inventariadas.

Aliás, a recepção, evidentemente filtrada e constitucionalmente adequada, da dogmática alemã dos direitos fundamentais e em particular da doutrina de Canaris, poderia servir para mitigar substancialmente alguns evidentes exageros, de modo a responder e afastar pelo menos algumas das críticas (em boa parte acertadas, levando em conta o modo de aplicação da CF nas demais esferas do Direito, aqui em especial do Direito Privado), ademais de assegurar maior consistência, segurança e previsibilidade às decisões.

Soma-se a isso o fato de que a revisão parcial do entendimento de Canaris, antes aferrado à tese de uma eficácia apenas indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, há que ser igualmente levado em conta, pena de uma recepção em parte distorcida no Brasil, sem prejuízo de que mesmo o reconhecimento de uma eficácia direta na esfera das discriminações atentatórias à dignidade da pessoa humana carece de uma reflexão crítica, como, aliás, já esboçada no presente texto.

De qualquer sorte, é possível arriscar que uma guinada para uma recepção mais focada na qualidade, ou seja, do quando e como utilizar, de modo apropriado, suficientemente fundamentado e sempre constitucionalmente adequado, o pensamento de Canaris, tanto os direitos fundamentais, mas especialmente o Direito Privado, só teriam a ganhar.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado, de Ingo Wolfgang Sarlet – *RDCC* 61/90-125 e *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor* 2/287-328 (DTR\2007\72);
- Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã, de Gilmar Ferreira Mendes – *RTrib* 24/48-59, *RDCI* 27/33-44 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/365-382 (DTR\1999\187); e
- A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX, de Otavio Luiz Rodrigues Junior – *RT* 938/79-155 (DTR\2013\10485).