

AS IMPLICAÇÕES DA TEORIA DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL (*SCHUTZPFLICHT*) AO DIREITO PRIVADO: UMA LEITURA A PARTIR DE SUA CONFORMAÇÃO PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA ALEMÃS

THE IMPLICATIONS OF THE OBJECTIVE DIMENSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS THEORY AND THE STATE PROTECTION DUTY (SCHUTZPFLICHT) TO PRIVATE LAW AND ITS CONFORMATION BY THE GERMAN CONSTITUTIONAL THEORY

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL

Pós-doutora pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS.
moniah@unisc.br

ROSANA HELENA MAAS

Pós-doutora pela Paris Lodron Universität Salzburg. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com doutorado sanduíche na Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät. Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, no Curso de Direito e na Pós-Graduação em Direito.
rosanamaas@unisc.br

Recebido em: 10.08.2019
Aprovado em: 20.01.2021

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, juntamente com uma de suas principais decorrências – o dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) – aparece com uma das mais importantes teorias pós-2ª Guerra, sendo

ABSTRACT: The objective dimension of fundamental rights, in addition to one of its main consequences, the notion of "State protection duty" (*Schutzpflicht*), appears as one of the most important theories developed after World War II,

consolidada pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, possuindo, por sua vez, notada incidência no direito privado. Neste sentido, pretende-se, com o presente trabalho, verificar quais são as implicações da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do dever de proteção (*Schutzpflicht*) ao direito privado. A leitura que se propõe tem como base a doutrina alemã e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, concluindo-se que, a partir dessa construção, os direitos fundamentais devem ser protegidos não só nas relações Estado-indivíduo, mas também nas relações entre particulares (eficácia horizontal), constituindo dever estatal zelar pela sua proteção.

PALAVRAS-CHAVE: Dever de proteção estatal – Dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais – Direito Privado.

having been consolidated by German constitutional theory and jurisprudence, having strong impact on private law. In this sense, the present work intends to verify the implications of the objective dimension of fundamental rights and the “State protection duty” (*Schutzpflicht*) to private law, based on German literature and on the case law of the German Federal Constitutional Court, concluding that fundamental rights must be protected not only in State-individual relations, but also in relations between individuals (effectiveness), and it is a State duty to ensure their protection.

KEYWORDS: State protection duty – Objective dimension of fundamental rights – Private law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fundamento da noção de dever do Estado na proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas. 2. O dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) e suas implicações ao Direito Privado. Conclusão. Referências. Referências jurisprudenciais e legislativas.

INTRODUÇÃO

A teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais surge através da construção teórica e jurisprudencial no caso *Lüth*, decisão histórica de 1958 e marco do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), sendo que uma de suas maiores e importantes decorrências consiste no “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*) em relação aos direitos fundamentais, não apenas nas relações dos cidadãos com os órgãos públicos, mas nas próprias relações entre particulares, vindo, assim, a incidir também no direito privado, como exemplo, em relações contratuais, direitos de herança etc. Daí a importância de seu estudo neste ensaio, que busca analisar as bases teóricas que sustentam a noção de incidência dos direitos fundamentais no direito privado.

Partindo-se dessa concepção, pretende-se, com este trabalho, responder à seguinte problemática: quais são as implicações da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) no direito privado? Para tanto, utilizam-se

LEAL, M. C. H.; MASS, R. H. As implicações da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) ao Direito Privado: uma leitura a partir de sua conformação pela doutrina e jurisprudência alemãs. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 33-60. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

Verificou-se, ainda, que estas teorias, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e o dever de proteção estatal são construídos pela jurisprudência e pela doutrina alemãs, não sendo derivadas diretamente da Lei Fundamental, o que fez ser importante a análise dos principais doutrinadores sobre o assunto, como por sua incidência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als Objektive Normen. *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, vol. 29, p. 49-69, 1990.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*. Berlin; New York: Gruyter, 1999.
- CALLIESS, Christian. § 44 Schutzpflichten. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen, Paul (Hg.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Band II. Heidelberg: C.F. Müller, 2006.
- DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- DREIER, Horst. *Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG*. In: DREIER, Horst (Hg.). *Grundgesetz Kommentar*. Band I. Präambel, Artikel 1-19. Tübingen: Mohr Siebeck Tübingen, 2013. p. 42-154.
- GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20., ed. atualizada. Heidelberg: Müller, 1995.
- ISENSEE, Josef. § 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hg.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. Band V. Heidelberg: C.F. Müller, 1992. p. 143-242.
- ISENSEE, Josef. § 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hg.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. Band IX. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 413-569.
- JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. ed. Tübingen: Lizenzausgabe mit freundlicher Genehmigung des Verlags J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1919.
- KISCHEL, Uwe. *Die Begründung*. Band 94. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. (Orgs.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 143-163.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- PIEROTH, Bodo et al. *Grundrechte Staatsrecht II*. 31. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2015.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- SACHS, Michael. *Verfassungsprozessrecht*. 2. ed. Frankfurt: Recht und Wirtschaft, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 105-149, abr./jun. 2005.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Trad. Beatriz Hennig et. al. Organização de Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 24 de junho de 2009. Disponível em: [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>]. Acesso em: 04.03.2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 16 de março de 2010. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 04.03.2016.
- DEUTSCHLAND. *Basistexte Öffentliches Recht: Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht*. 21. ed. München: Beck-Texte im dtv, 2016.

LEAL, M. C. H.; MASS, R. H. As implicações da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) ao Direito Privado: uma leitura a partir de sua conformação pela doutrina e jurisprudência alemãs. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 26. ano 8. p. 33-60. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2021.

DEUTSCHLAND/BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht. Disponível em: [www.servat.unibe.ch]. Acesso em: 01.04.2019.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- 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, de Ingo Wolfgang Sarlet – *RDCC* 12/63-88 (DTR\2017\5685); e
- O efeito irradiante dos direitos fundamentais e a autonomia do direito privado: a "decisão *lütth*" e suas consequências, de Marie-Christine Fuchs – *RDCC* 16/221-232 (DTR\2018\19396).