

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO COMO PROIBIÇÃO DE INTERVENÇÃO E MANDADO DE PROTEÇÃO: DO SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO AVALIATIVO DAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE INFLUENCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE LAW AS A PROHIBITION TO INTERFERE AS WELL AS A OBLIGATION TO PROTECT: THE MEANING OF THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE AS AN EVALUATION CRITERIA FOR VIOLATIONS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

REINHARD SINGER

Professor Catedrático da Universidade Humboldt, Berlim (Alemanha).
reinhard.singer@rewi.hu-berlin.de

TRADUZIDO POR

JOÃO CARLOS METTLACH PINTER

Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo. Atualmente, realiza pesquisa de doutorado em direito civil e curso de graduação em Letras (Português – Grego Antigo), ambos na Universidade de São Paulo. Auxilia, na qualidade de assistente, as disciplinas de direito civil e de direito romano na mesma universidade. Concentra suas pesquisas na área de teoria do direito e direito privado, com maior ênfase no direito privado patrimonial.
joaocarlosmp@gmail.com

Recebido em: 16.02.2019
Aprovado em: 29.10.2019

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Civil

RESUMO: O presente artigo analisa questões em aberto no tocante à influência dos direitos fundamentais no Direito Privado alemão. Considerando que a teoria da eficácia direta (*unmittelbare Drittwirkung*) é afastada em razão da Lei Fundamental alemã não vincular os sujeitos de direito privado aos direitos fundamentais, é abordado o fato de que a teoria da eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*), predominante

ABSTRACT: The present paper analyses unsolved issues that are related to the influence of fundamental rights in German Private Law. Considering that the theory of direct third-party effect (*unmittelbare Drittwirkung*) is not applicable due to the fact that private parties are not bound by fundamental rights according to the German Constitution, it is said that the theory of indirect third-party effect (*mittelbare Drittwirkung*),

na jurisprudência e doutrina, recebe críticas na medida em que não traz critério que possa medir o alcance e a eficácia (indireta) dos direitos fundamentais. Ademais, o Tribunal Constitucional alemão tem reconhecido que os direitos fundamentais não atuam somente como proibições de intervenção, mas também como mandamentos de proteção, como nos casos de violação de paridade contratual. Neste sentido, a utilização de direitos fundamentais como mandamentos de proteção demandaria a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério avaliativo, na medida em que tais intervenções somente devem ser admitidas quando os interesses do protegido preponderarem sobre os interesses daquele sobre o qual incide o dever de proteção.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil – Direitos Fundamentais – Princípio da Proporcionalidade – Proteção da autonomia privada – Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

which currently prevails in the German doctrine and court precedents, is criticized in the sense that it does not provide any criteria which would enable to measure the reach and the (indirect) third-party effect of fundamental rights. Moreover, the Constitutional Court of Germany has recognized that fundamental rights are not only intended to prohibit interferences, but also serve as a obligation to protect, in cases such as the need to reinforce the equality of a contract. In this sense, fundamental rights as a obligation to protect shall employ the proportionality principle as an evaluation criteria, whereas such interferences shall only be admitted when the interests of the protected party have to prevail over the interests of the party whom the duty of protection has been exercised upon.

KEYWORDS: Private Law – Fundamental rights – Proportionality principle – Protection of private autonomy – Federal Constitutional Court of Germany.

SUMÁRIO: Introdução. I. Eficácia Direta. 1. Proteção dos direitos fundamentais em face do poder social. 2. Inexistência de vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais. 3. Controle dos direitos fundamentais em caso de abalo da paridade contratual. II. Eficácia indireta. 1. Eficácia privada dos direitos fundamentais sobre as cláusulas gerais cogentes do BGB. 2. Vagueza do critério de avaliação e a vinculação direta do legislador de Direito Privado. 3. Vinculação direta do Poder Judiciário aos direitos fundamentais como proibição de intervenção. III. Direitos fundamentais como deveres de proteção. 1. Direitos fundamentais como mandamento de proteção no direito contratual. 2. Deveres de proteção contra intervenções de sujeitos privados. 3. O princípio da vedação da proteção deficiente como critério de avaliação dos deveres de proteção dos direitos fundamentais. 4. Jurisprudência atual sobre a função de proteção dos direitos fundamentais. IV. Síntese.

INTRODUÇÃO

O debate a respeito da influência dos direitos fundamentais no Direito Privado acalmou-se na Alemanha, posto que não se possa afirmar hoje que todas as questões tenham sido respondidas. Além da teoria da eficácia mediata, que predomina na jurisprudência, impôs-se a teoria da função protetiva dos direitos fundamentais. Continuam em aberto, porém, questões fundamentais, especialmente como a autonomia privada poderia ser protegida com a incidência dos direitos fundamentais e com a correspondente aplicação do princípio da proporcionalidade; se devem existir, nos mandamentos constitucionais de proteção, um princípio de vedação à proteção insuficiente em vez do princípio da proibição do excesso; e, se, por fim, deve ser atribuída ao Tribunal Constitucional alemão a competência para funcionar como última instância civil.

SINGER, João Carlos Mettlach Pinter. Direitos fundamentais no Direito Privado como proibição de intervenção e mandamento de proteção: do significado do princípio da proporcionalidade como critério avaliativo das violações dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 271-289. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

I. EFICÁCIA DIRETA

Aceita-se consensualmente que os direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã têm por função atribuir aos cidadãos direitos de proteção quando esses padecem de um constrangimento desproporcional em sua esfera de liberdade individual.¹ Já para uma proteção em face de outros privados, a Constituição não oferece qualquer fundamento, pois os sujeitos de direito, nas relações de Direito Privado, agem no plano da igualdade. É a ameaça que o Estado exerce sobre as liberdades constitucionais que fundamenta, do ponto de vista da história de seu surgimento, a justificação do catálogo de direitos fundamentais.

1. *Proteção dos direitos fundamentais em face do poder social*

Os defensores da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais defendiam a concepção de que a proteção em face dos sujeitos privados estaria justificada quando esses estivessem em uma posição de poder equiparável à do Estado. Esse pressuposto estaria presente, por exemplo, na relação entre empregado e empregador. Não foi por acaso, aliás, que a teoria da eficácia direta tenha sido, de início, abrigada pelo Tribunal Federal do Trabalho², bem como por Nipperdey³, seu primeiro presidente. Depois, também o Tribunal Federal alemão (BGH), de fato, adotou a teoria da eficácia direta ao entender que o direito geral de personalidade configurava “um outro direito” no sentido do § 823, I, BGB, garantindo proteção jurídica também contra a intervenção de outros sujeitos privados. De acordo com esta concepção, a violação do direito geral da personalidade configuraria um ato ilícito⁴.

2. *Inexistência de vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais*

Opõe-se à equiparação do poder estatal com o poder social o fato de a proteção da dignidade da pessoa humana, de acordo com o art. 1º, § 3º, da Lei Fundamental alemã, dirigir-se a “todo poder estatal”, e os demais direitos fundamentais vincularem, segundo o mesmo artigo da Lei Fundamental alemã, “o Poder Legislativo, Executivo e o Judiciário”, mas não os sujeitos privados⁵. Além disso, a sistemática de li-

1. Dreier, Jura, 1994, 505.

2. BAG AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Casamento e família.

3. FS Molitor 1962, 17 ff.

4. BGHZ 13, 334, 338; 24, 72, 76 f.; 27, 284, 285.

5. Canaris, AcP 184 (1984) 201, 203 f.

mites imposta pelo catálogo de direitos fundamentais só se amolda às intervenções estatais, mas não às intervenções privadas. Estes não buscam nem o interesse do bem comum, nem detêm competência para realizar limitações aos direitos fundamentais, como preveem os arts. 2º, § 2º; 5º, § 2º; 12, § 1º, da Lei Fundamental alemã. Limitações da liberdade contratual, artística e profissional não podem ser objeto de convenções privadas válidas. Nada disso seria compatível com o princípio da liberdade contratual. Mesmo que se parta da ideia de que determinados sujeitos privados hipersuficientes, como o empregador, exerçam um poder privado ou social de forma análoga ao Estado⁶, ainda assim persistem importantes diferenças entre a atividade do legislador e a do empregador. Os contratos exigem o consenso da parte contratual, ao passo que as leis dispensam a concordância daqueles que são por ela atingidos.

3. *Controle dos direitos fundamentais em caso de abalo da paridade contratual*

Não se pode negar, todavia, alguma razão ao argumento do poder social. Isso já é ilustrado pelo rico instrumental do Direito Civil e do Direito Comercial, que serve para pôr rédeas ao poder social: o leque vai desde a proteção da concorrência por meio da Lei Antitruste (GWB), dos acordos coletivos e meios de pressão dos trabalhadores; passa pelo controle de conteúdo feito pelas condições gerais de contratação nos contratos de adesão e pelos instrumentos clássicos do Direito Privado, como os §§ 134 e 138 do BGB, que sancionam a violação às proibições legais e aos bons costumes; e chega até às numerosas previsões de defesa do consumidor, que protegem a parte mais fraca por meio de deveres de informação e de esclarecimento, de prescrições quanto à forma, direitos de resolução, bem como normas protetivas cogentes nos contratos de compra e venda, de viagem e de crédito. Evidenciou-se, porém, que a proteção da parte mais fraca pelo legislador é sempre incompleta. Deve-se agradecer à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão pelo fato de que convenções privadas, concluídas sob a influência de um poder social, não tenham sido protegidas com base na proteção constitucional da liberdade de autodeterminação. Aquele que foi obrigado a contrair fiança em benefício do marido ou do pai, de forma que o beneficiado recebesse uma quantia urgentemente necessária para continuar a realizar negócios ou a manter sua subsistência, encontra-se em um conflito insolúvel entre a solidariedade familiar e a racionalidade econômica. O Tribunal Constitucional alemão leva em consideração essa inferioridade estrutural e limita a liberdade contratual de um contratante com a finalidade de proteger a liberdade de autodeterminação do outro contratante, baseando-se no art. 2º, § 1º, da Lei Fundamental alemã⁷.

6. ErfK/Dieterich (n. 17), Einl. GG, nota marginal 19.

7. BverfGE 89, 214 (229 ff.); já, antes, BverfGE 81, 242 (254 ff.) – caso do agente comercial.

É plenamente compreensível que o direito fundamental da liberdade contratual seja mobilizado para impor limites à heterodeterminação em casos de situações sociais de desigualdade. Não se trata aqui de uma intervenção equiparável àquela do poder estatal e que dele emane, mas se cuida de uma situação na qual a autodeterminação merece proteção. Em outras palavras: não se trata de compreender os direitos fundamentais como proibições de intervenção, mas, sim considerar seu papel como mandamento de proteção, que têm um ponto de partida conforme à lei – diverso, portanto, da doutrina da eficácia direta, na medida em que o Estado é o destinatário do mandamento de proteção. Ainda voltarei à discussão dos deveres de proteção.

II. EFICÁCIA INDIRETA

1. *Eficácia privada dos direitos fundamentais sobre as cláusulas gerais cogentes do BGB*

O Tribunal Constitucional alemão, em sua jurisprudência mais antiga, adotou a teoria do jurista Günther Dürig a respeito da eficácia indireta dos direitos fundamentais⁸. A ideia básica consiste em que os direitos fundamentais deveriam ser aplicados, sobretudo, nas cláusulas gerais do Direito Privado, que podem e devem ser preenchidas axiologicamente. O influxo dos valores dos direitos fundamentais deve ser invocado, sobretudo, naquelas prescrições do Direito Privado que contêm regras cogentes e que constituem uma parte da *ordrepublic* (em sentido amplo). Isto é, as normas que não estão sujeitas ao poder dos sujeitos privados. Aplicando tal raciocínio ao direito contratual, entende-se que o conjunto valorativo incorporado pelos direitos fundamentais dá forma, sobretudo, à cláusula dos bons costumes, prevista no § 138 do BGB. Idêntico raciocínio aplica-se à cláusula geral de atos ilícitos do § 826 do BGB, pois, nas decisões que o envolvem, deve-se considerar aquilo que os bons costumes exigem no caso concreto, partindo do conjunto de acepções axiológicas “que o povo alcançou em um determinado momento de sua evolução espiritual e cultural e fixou em sua Constituição”⁹. Em uma decisão fundamental do Tribunal Constitucional alemão, o diretor da Associação de Imprensa de Hamburgo (Lüth) convocou um protesto contra o filme “Amada Imortal”, do diretor nazista Veit Harlan. A sociedade produtora e a distribuidora do filme requereram uma medida liminar perante o Tribunal de Hamburgo, com a finalidade de que Lüth fosse condenado, com base no § 826 do BGB, a abster-se de espalhar a convocação ao boicote. O § 826 do BGB obriga aquele que dolosamente viola os bons costumes e causa dano a outrem a prestar uma indenização compensatória. Em sede de reclamação constitucional, o Tribunal

8. FS Nawiasky 1956, 157, 177 ss.

9. BverfGE 7, 198, nota marginal 28 – Lüth.

Constitucional alemão cassou a decisão do Tribunal inferior, pois, na aplicação do § 826 do BGB, não se teria apreciado suficientemente a sua nobre razão de querer se distanciar da convicção nacional-socialista, nem do art. 5 da Lei Fundamental alemã, que assegura a liberdade de expressão, então alegada na questão.

2. *Vagueza do critério de avaliação e a vinculação direta do legislador de Direito Privado*

A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais sofreu críticas legítimas. O conceito é vago e indeterminado¹⁰. Falta um critério que permita medir o alcance e a eficácia (limitada) dos direitos fundamentais. Além disso, se a Constituição não vincula os sujeitos privados, ela vincula diretamente (e não apenas indiretamente) o legislador de Direito Privado. Esta conclusão extrai-se com clareza do art. 1º, § 3º, da Lei Fundamental alemã, que submete o legislador – e aí inclui também o legislador de Direito Privado – à vinculação aos direitos fundamentais. Na medida em que se trata de intervenções em posições relativas a direitos fundamentais, não há qualquer razão para distinguir entre relações de Direito Público e de Direito Privado. Trata-se, portanto, de uma mera obviedade que as limitações da autonomia privada, que ocorrem por exemplo no direito do locatário em denunciar a locação, demandam uma justificação constitucional e que devem permitir a avaliação sobre se o legislador perseguiu um fim legítimo do bem comum; se a limitação da autonomia privada se adequou ao atingimento de sua finalidade; se é necessária e proporcional etc. Foi exatamente isso que fez o Tribunal Constitucional alemão em sua decisão de 8 de janeiro de 1985: certificou ao legislador que nada havia a objetar, do ponto de vista constitucional, à restrição à liberdade de denúncia, pois ela garante proteção ao locatário que respeita o contrato em face de denúncia injustificada, independentemente da situação do mercado imobiliário¹¹. Idêntico raciocínio vale para as regras de cogestão no direito da organização social das empresas, e para as limitações das liberdades contratuais na Lei Geral de Igualdade de Tratamento (AGG), que também tiveram sua constitucionalidade questionada.

3. *Vinculação direta do Poder Judiciário aos direitos fundamentais como proibição de intervenção*

Idênticos princípios que valem para o legislador de Direito Privado valem também para a jurisprudência de Direito Privado. Em primeiro lugar, também se aplica ao Poder Judiciário a previsão do art. 1º, § 3º, da Lei Fundamental alemã, que ordena expressamente a vinculação deste poder aos direitos fundamentais. Em segundo

10. *Canaris*, Grundrechte 1999, 16, “misterioso”.

11. BVerfGE 68, 361 nota marginal 18.

lugar, há a necessidade de se medir as decisões da Justiça com base nos direitos fundamentais em razão da própria função do Poder Judiciário, que aplica a lei e concretiza seu conteúdo. As normas jurídicas desenvolvidas nesse processo correspondem, independentemente de uma classificação das teorias das fontes do direito judicial, à atividade legislativa, no que concerne ao conteúdo e à função¹². É objetivamente necessário que os direitos fundamentais não sejam aplicados como proibições de intervenção apenas contra intervenções do legislador de Direito Privado, mas também contra intervenções que com absoluta clareza resultem de um julgamento. Nesse caso, fica sob avaliação constitucional a norma tal qual o julgamento a considerou.

Uma importante consequência que se pode tirar desse ponto é que, tanto as leis, quanto as decisões judiciais que impõem limitação aos direitos fundamentais, devem ser avaliadas conforme o princípio da proporcionalidade. Levando-se isso a ferro e a fogo, o Tribunal Constitucional alemão seria uma instância de extremo revisionismo dos julgamentos dos tribunais civis superiores, como o Tribunal Federal alemão (BGH) e o Tribunal Federal do Trabalho alemão (BAG). O problema não se limita especificamente ao ordenamento de Direito Privado, mas se expande também para a revisão de julgamentos de outros tribunais. De resto, só é lógico medir a intervenção nos direitos fundamentais com base nos critérios da necessidade, da adequação e do princípio da proporcionalidade, pois apenas estes critérios incorporam critérios avaliativos adequados.

III. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DEVERES DE PROTEÇÃO

Desde o primeiro julgamento do Tribunal Constitucional alemão a respeito da liberalização do aborto (§ 218 do Código Penal alemão), é reconhecido que os direitos fundamentais não atuam apenas como proibições de intervenção, mas também como mandamentos de proteção¹³. Esta lógica também pode ser estendida para a proteção de direitos fundamentais em caso de colisão de direitos, bem como para o campo do direito contratual.

1. *Direitos fundamentais como mandamento de proteção no direito contratual*

a) Liberdade contratual e seus limites no direito positivo

É da essência da liberdade contratual que as partes se vinculem a si próprias e renunciem, em determinada medida, a sua liberdade, que é expressa pelos direitos

12. *Canaris*, JuS 1989162.

13. BVerfGE 39, 1, 42 ss.

SINGER, João Carlos Mettlach Pinter. Direitos fundamentais no Direito Privado como proibição de intervenção e mandamento de proteção: do significado do princípio da proporcionalidade como critério avaliativo das violações dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 21, ano 6, p. 271-289. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

fundamentais. Um ordenamento jurídico que reconheça a liberdade contratual deve aceitar obrigatoriamente este tipo de decisão, até mesmo quando a relação contratada seja irracional de acordo com uma avaliação objetiva. A parte contratual que precisa de proteção é aquela cuja declaração de vontade não se baseia em sua livre autonomia, mas é o resultado da heteronomia. Coerentemente, o Direito Civil vigente impôs limites desde sempre à autonomia privada. Quem sofreu dolo ou erro pode anular o negócio jurídico. Negócios jurídicos de risco, como a fiança, só são válidos se a declaração negocial se revestir da forma escrita (§ 766 do BGB), ao passo que os acordos relativos a bens imóveis demandam mesmo escrituração notarial (§ 311b do BGB). No direito do consumidor, a proteção é instrumentalizada por meio dos deveres de informação e esclarecimento, bem como pelo direito de resolução, nos contratos de risco, como os celebrados à distância, por *E-commerce*, bem como os de crédito. Os contratos consumeristas se submetem, além disso, a um rigoroso controle de conteúdo: nesses, toda convenção pode ser avaliada no que diz respeito à sua adequação (§ 310, 3. BGB).

b) Proteção do hipossuficiente na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão

Apesar dessa abrangente rede de segurança para a proteção do hipossuficiente, sempre surgem novas lacunas, que o Tribunal Constitucional alemão desvelou em diversos julgados do início dos anos 1990 do século passado.

aa) Decisão do agente comercial (BVerfGE 81, 242)

O primeiro caso tratava de uma proibição de concorrência de natureza contratual em face de um agente comercial, que agenciava exclusivamente uma determinada empresa. A cláusula contratual, em concordância com o § 90a, 2, do Código Comercial alemão, liberava a empresa do pagamento de qualquer indenização caso a relação contratual fosse denunciada por justa causa, em razão de um comportamento culposo do agente¹⁴. O segundo caso lidava com uma fiadora de 21 anos, que assumira, em favor de seu pai, uma fiança de valor superior a cem mil marcos alemães, para que a instituição bancária fornecesse crédito para sua empresa. As consequências foram duras para os contratantes: o agente, mesmo sem indenização, não pôde, na prática, exercer sua profissão por um período de dois anos em razão da observância da proibição de concorrência pós-contratual; já a jovem fiadora não conseguia nem ao menos pagar os juros da dívida com seu diminuto salário. Apesar de os tribunais civis inferiores terem entendido, mesmo com a evidente inferioridade do agente e da fiadora, que, em ambos os casos, os deveres contratuais deveriam ser observados em razão do princípio *pacta sunt servanda*, o Tribunal Constitucional alemão não acolheu essa visão formal e mobilizou a função protetiva dos direitos fundamentais. Se uma das partes contratuais se encontra em uma situação tão forte de superioridade,

14. BVerfGE 81, 242 (255 f.).

que lhe permita, na prática, estipular unilateralmente o regramento contratual, então se deve reconhecer a situação de heteronomia da outra parte contratual. A tarefa de proteção, prevista na Constituição, dirige-se aqui ao juiz, que deve aplicar as opções basilares dos direitos fundamentais em casos de violação da paridade contratual pela via dos meios do Direito Civil.

Por mais que se trate juridicamente de comerciantes autônomos, a maior parte dos agentes comerciais é economicamente dependente, não dispondo, em uma abordagem tipificante, de força de barganha suficiente para negociar livremente seus direitos e deveres com as empresas. O legislador teria, por isso, aspirado a uma regra que levasse em conta a posição geralmente inferior do agente e que o protegesse de convenções que o prejudicassem. Apesar de o § 90, 2, do Código Comercial alemão prever, à época, uma proibição de concorrência desprovida de indenização quando o agente desse causa, por um comportamento culposo, a uma situação desencadeadora da denúncia do contrato por motivo relevante, a recusa absoluta de uma pretensão à indenização pelo período de carência seria desproporcional em razão da limitação à liberdade de profissão, prevista conjuntamente com a cláusula de proibição de concorrência. Nesse meio tempo, o legislador alterou a previsão legislativa e permitiu à empresa, que denuncie o contrato por justa causa, a renunciar à cláusula de proibição de concorrência. Neste caso, não é preciso o pagamento de qualquer indenização, mas a empresa deve assumir as desvantagens da concorrência promovida pelo agente (§ 90, 3, do Código Comercial alemão).

bb) Decisão da fiança (BVerfGE 89, 214)

No caso da fiança, decidiu-se pela necessidade de proteger a fiadora, contando então com 21 anos, das consequências de sua declaração de vontade. De acordo com a opinião do Tribunal Constitucional alemão,¹⁵ a fiadora assumiu para si um risco extraordinariamente alto sob pressão da solidariedade familiar a seu pai e sob a insistência do funcionário da instituição bancária, que minimizou as dimensões do risco – ele precisaria de sua assinatura “apenas para constar”. Desta forma, ela não teve qualquer perspectiva realista de quitar a dívida em caso de exercício do contrato de fiança, pois ela não dispunha, à época, nem de patrimônio próprio, nem de um salário considerável. Pelo contrário, ela estava desempregada na maior parte do tempo, tendo trabalhado numa fábrica de peixes por 1.150 marcos alemães (isto é, 600 euros) líquidos por mês. O Tribunal Constitucional alemão tornou necessário, para reconhecer a necessidade de proteção contra a heteronomia praticada pela parte mais forte, em geral, de uma “situação tipificável”, que “apresentasse uma inferioridade estrutural de uma das partes contratuais” e, ainda, que fossem “as consequências do contrato excepcionalmente onerosas para a parte inferior”. Neste ponto, o Tribunal

15. BVerfGE 89, 214 (232).

SINGER, João Carlos Mettlach Pinter. Direitos fundamentais no Direito Privado como proibição de intervenção e mandado de proteção: do significado do princípio da proporcionalidade como critério avaliativo das violações dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 21, ano 6, p. 271-289. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

orientou-se reconhecidamente pela estrutura da proibição da usura do § 138, 2, do BGB, pois a norma, além da uma inadequação da obrigação contraída, que deve ser caracterizada por uma “desproporção evidente entre prestação e contraprestação”, exige circunstâncias especiais, que permitem concluir tipicamente por uma inferioridade de negociação de uma das partes contratuais: “exploração da situação de necessidade, da inexperiência, da deficiência da capacidade de raciocínio ou imensa fraqueza de vontade do outro”. Não é verdade, como alguns críticos precipitadamente julgaram, que o Tribunal Constitucional alemão teria criado o suporte fático da “capacidade econômica” como um novo e antissistemático requisito de eficácia, e que futuramente a mera ausência de igualdade de forças seria suficiente para questionar a vinculação dos contratos. É preciso que concorra uma onerosidade desproporcional da parte inferior como consequência da obrigação contraída, de forma que o Tribunal Constitucional alemão acertadamente rejeitou questionamentos a respeito da eficácia dos contratos de fiança entre cônjuges, cujos montantes não fossem anormalmente altos e que estivessem dentro da ordem de grandeza dos valores de aquisição para manutenção do lar.

cc) Controle do conteúdo de pactos antenupciais

Com base na jurisprudência do agente comercial e do contrato de fiança, tornou-se intuitivo submeter os pactos antenupciais a um controle de adequação, quando tivessem por consequência uma distribuição desigual dos ônus para um dos cônjuges e se apresentassem indícios de que houvera desequilíbrio de forças. Esses pressupostos eram considerados preenchidos se o pacto antenupcial onerasse apenas uma das partes e tivesse sido concluído no contexto da gravidez da mulher, prejudicada pelo pacto. Deve-se aceitar regularmente a presença de uma inferioridade estrutural, de acordo com o Tribunal,

“[...] quando uma mulher solteira e grávida se vê diante da alternativa de futuramente encarregar-se sozinha das responsabilidades e cuidados pela criança que espera, ou de responsabilizar o pai da criança por meio de um pacto antenupcial, mesmo que concluindo com ele um pacto antenupcial que a onere demasiadamente.”¹⁶

Essa situação de necessidade enfraqueceria sua possibilidade de negociação, de forma que deve ser verificado, para que se lhe projeta, se o pacto antenupcial constitui uma regulação equilibrada da negociação, que não leva em conta exclusivamente os interesses do cônjuge masculino. Desde então, os tribunais civis não toleram mais pactos antenupciais que afastem o dever de alimentos em relação ao núcleo da previsão legal, isto é, do dever de alimentos para a assistência das crianças menores

16. BVerfGE 103, 89, 102; cf, além disso, BVerfG NJW 2001, 2248; Schwenger, AcP 196 (1996) 88, 108 ss.

SINGER, João Carlos Mettlach Pinter. Direitos fundamentais no Direito Privado como proibição de intervenção e mandado de proteção: do significado do princípio da proporcionalidade como critério avaliativo das violações dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 271-289. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

de idade¹⁷, bem como em caso de velhice ou de doença do legitimado aos alimentos. Quem renuncia a direitos tão elementares se encontra tipicamente em uma situação mais fraca, de forma que pode ser abrangida pela inferioridade estrutural do parceiro contratual, vista como essencial nos casos da fiadora e do agente comercial.

dd) Acordos sobre contracepção (BGHZ 97, 372)

O dever do Estado de proteger a autonomia da pessoa pode-se impor também quando aquele nega eficácia aos acordos, feitos entre companheiros em uma união estável, a respeito da contracepção¹⁸. Uma mulher que prometera ao parceiro tomar a pílula anticoncepcional, mas que secretamente parou de fazê-lo, não pode ser condenada ao pagamento de uma indenização em razão de inadimplemento contratual, se o parceiro tiver de pagar alimentos pela criança indesejada. Desconsiderando-se o fato de que tais convenções, em regra, carecem de eficácia vinculativa, pois os parceiros em uma união estável não querem subordinar sua relação ao Direito, mas, antes, confiam em seus sentimentos e concepções morais, uma tal convenção não seria juridicamente vinculativa, pois a decisão de ter ou não ter um filho pertence ao cerne absoluto da autonomia da pessoa, que não pode ser objeto de disposição diante da indisponibilidade da dignidade da pessoa humana, conforme o art. 1, §§ 1º e 2º, da Lei Fundamental alemã. A meu ver, influi também, nestes casos, o fato de haver dúvidas quanto à sinceridade e à voluntariedade dessas vinculações. Da mesma forma que nos pactos antenupciais com assunção unilateral dos ônus, é evidente que há promessas ligadas ao planejamento familiar que são feitas apenas em razão da expectativa do outro, com vistas a não perder o parceiro. A tais promessas, a jurisprudência deve negar o reconhecimento jurídico.

ee) Dever do locador em tolerar a instalação de antenas parabólicas por um locatário estrangeiro

A função protetiva dos direitos fundamentais exerce também um papel importante quando sua desconsideração leva à existência de lacunas que devem ser colmatadas na interpretação contratual. Assim, o Tribunal Constitucional alemão concedeu o direito a um locatário turco residente na Alemanha, baseado na interpretação conforme à Constituição, a dispensar o consentimento do locador para a instalação de uma antena parabólica para receber o sinal dos programas de seu país de origem e poder manter, assim, sua ligação cultural e linguística¹⁹. A decisão foi criticada, pois ela não deu nenhuma importância ao contrato, que é o melhor instrumento para a regulação de tais questões, mas, antes, realizou uma ponderação dos interesses em

17. Fundamental a respeito, BGH FamRZ 2004, 601.

18. BGHZ 97, 372; Brox/Walker, nota marginal 2 ss.; Bork, AT, § 1 nota marginal 3 ss.; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, nota marginal 372 a).

19. BVerfGE 90, 27; Hoffmann-Riem/Eifert, JZ 1995, 154.

colisão influenciada por valores subjetivos²⁰. A liberdade contratual na locação urbana, contudo, não é instrumento a que se pode reconduzir o locatário sem levar em consideração sua posição na negociação. O direito social de locação, que limita fortemente a denúncia da relação locatícia, dado que o locatário está ligado existencialmente à entrega do imóvel, considera essa inferioridade estrutural do locatário e o protege, mesmo contra a vontade do locador, especialmente contra situações injustificadas de denúncias contratuais e de aumentos do valor da locação. Assim, não se pode indicar a convenção contratual como instrumento de proteção do locatário, pois ele não tem uma perspectiva realista de ver concretizado seu direito à liberdade de informação, que é protegido constitucionalmente.

2. Deveres de proteção contra intervenções de sujeitos privados

A função protetiva dos direitos fundamentais não é mobilizada apenas em casos de violação da paridade contratual, isto é, em casos nos quais a autonomia privada não funciona como autoproteção, mas também em casos de intervenções realizadas por sujeitos de direito privado. Como esses não estão vinculados aos direitos fundamentais, os direitos fundamentais não funcionam, nestes casos, como proibições de intervenção, mas como mandamentos de proteção.

a) Proteção contra convocação de boicote desleal nas relações econômicas

Tal proteção é necessária, por exemplo, quando uma empresa do setor midiático é impedida de defender sua liberdade de imprensa em razão da convocação de um boicote de motivação política por uma empresa concorrente, como aconteceu no caso do jornal *Blinkfuer*. Como o jornal, mesmo após a construção do Muro de Berlim, continuou a reproduzir os programas de televisão e rádio da Alemanha Oriental, a Editora Springer ameaçou os jornalistas que não aderissem ao boicote, com o rompimento das relações comerciais. Se o Tribunal Federal alemão (BGH) rejeitou a ação de indenização do jornal *Blinkfuer*, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu que a liberdade de imprensa exigia que houvesse proteção da imprensa contra tentativas de suprimir a concorrência de opinião por meio de pressão econômica²¹. Certamente, uma ponderação de bens jurídicos é indispensável²² e, no caso, beneficia claramente o jornal *Blinkfuer*, pois a Editora Springer não fez uso da disputa intelectual de opinião, meio protegido pelo art. 5º da Lei Fundamental alemã, mas preferiu se valer de meios desleais, que podem ser facilmente qualificados como lesões imorais (§ 826 do BGB) e, desta forma, não gozam de qualquer proteção do ordenamento jurídico.

20. Diederichsen, AcP 198 (1998) 171, 180 e 182.

21. BVerfGE 25, 256, 268.

22. Canaris, JuS 1989, 161, 168.

b) Proteção contra violação dos direitos de personalidade

A função protetiva dos direitos fundamentais tem grande importância no desenvolvimento e no reconhecimento do direito geral da personalidade como “outro direito”, no sentido do § 823, 1, do BGB. Violações cometidas pela afirmação de fatos não verdadeiros²³, críticas injuriosas²⁴, divulgação de fotos sem o consentimento do fotografado²⁵ ou a exploração econômica ilícita do nome ou da imagem de terceiros²⁶, cometidos por outros sujeitos de direito privado, foram considerados pela jurisprudência, com a evolução do direito geral de personalidade, como aviltante à função protetiva dos direitos fundamentais. O reconhecimento como *outro direito* no sentido do § 823, 1, do BGB é resultado de uma interpretação conforme à Constituição. Foi especialmente criticado o Tribunal Constitucional alemão ao conceder indenização por dano moral à princesa iraniana Soraya, em razão da divulgação de uma entrevista inventada, por efeito de o § 253 do BGB, à época, apenas reconhecer tal pretensão nos casos determinados pela lei. Há, porém, um mandamento constitucional de proteção efetiva aos direitos da personalidade. Se tal proteção só pode ocorrer por meio do reconhecimento de danos não patrimoniais – e há vários argumentos a favor desta tese –, a decisão corresponde não às previsões do BGB, mas ao mandamento constitucional de proteger efetivamente os direitos fundamentais. Se o legislador não cumpre essa tarefa, cabe ao juiz implementá-la.

3. *O princípio da vedação da proteção deficiente como critério de avaliação dos deveres de proteção dos direitos fundamentais*

Diferentemente da função dos direitos fundamentais como proibição de intervenção, não importam, para a função de mandamento de proteção, critérios como a adequação, necessidade e proporcionalidade da limitação dos direitos fundamentais. Tais critérios se adequam apenas às intervenções estatais, não às dos sujeitos privados. Canaris sugeriu, então, que a necessidade da proteção dos direitos fundamentais não fosse medida de acordo com o princípio da proibição do excesso, usualmente utilizado para as intervenções. Em vez disso, dever-se-ia utilizar o princípio da vedação da proteção deficiente²⁷.

23. BGHZ 128, 1 – Caroline I (entrevista inventada).

24. BGHZ 39, 124 (Referência a uma cantora de televisão como *uma cabra ordenhada até a última gota*).

25. BGHZ 131, 332 – Caroline II; EGMR NJW 2004, 2647.

26. BGH NJW 1992, 2084 – Fuchsberger.

27. Canaris, AcP 184 (1984) 201, 228; *idem.*, JuS 1989, 161, 163 e Grundrechte 1999, 43 ss.

a) Menor eficácia dos mandamentos de proteção?

Isso significaria que a eficácia da função protetiva seria menor do que a função de proibição de intervenção. Por se tratar de uma abstenção do legislador, seria necessário um dever justificado para agir. Além disso, haveria, de certo modo, limites naturais da proteção, pois uma ampla proteção do cidadão seria “faticamente impossível” e, por fim, seria preciso garantir ao legislador uma margem de manobra para cumprir seu dever de proteção. Na prática, isso levaria, correspondentemente, a que, com esse instrumental de menor eficácia, fosse preservada a autonomia do Direito Privado e da autonomia privada na medida necessária.

b) Relação entre o princípio da proibição do excesso e o da vedação da proteção deficiente

O que é negativo no critério da vedação da proteção deficiente é que, além do princípio da proporcionalidade, não há qualquer outro critério avaliativo sujeito à apreciação judicial, com cujo auxílio se pudesse julgar se o princípio da vedação da proteção deficiente foi ou não violado. Canaris menciona uma série de critérios, como a pertinência e a necessidade de proteção do direito fundamental, bem como o modo e o grau de proteção constitucional do bem jurídico. Mas a questão a respeito da necessidade de proteção não exige qualquer “medida”, muito menos uma deficiência, mas é uma condição elementar para o estabelecimento de um dever de proteção. A medida correta da proteção é estabelecida em um segundo momento, quando se deve avaliar se o dever de proteção afeta interesses de terceiros, especialmente de outros sujeitos de direito privado. Canaris, por outro lado, questiona se a proteção já existente no direito é eficaz e adequada. Neste ponto, o legislador teria uma ampla margem de conformação, pois aquele só estaria obrigado, pela Constituição, a estabelecer uma proteção mínima.

Além disso, não parece evidente por qual motivo decorre da existência de um dever de proteção apenas a necessidade de concretização de uma proteção mínima. Quando um direito fundamental é violado por sujeitos privados, há, da perspectiva da proteção dos direitos fundamentais, uma pretensão à proteção amplamente eficaz e efetiva. Apenas quando essa proteção entra em conflito com outros interesses opostos é que surge a necessidade de pôr a proteção dos direitos fundamentais, de um e de outro, em uma relação adequada. Como da perspectiva do outro há uma intervenção em seus direitos, a medida mais adequada para a delimitação do dever de proteção é o princípio da proibição do excesso. Por detrás do princípio da vedação da proteção deficiente esconde-se, na verdade, uma proibição do excesso, na qual os interesses daquele que deve ser protegido e os interesses do terceiro atingido são postos em equilíbrio. A vantagem dessa perspectiva é que ela concebe uma medida para a determinação da abrangência do dever de proteção, que carece da vedação da proteção deficiente. Neste ponto, o momento da ponderação dos direitos fundamentais de terceiros leva, com a mobilização da função protetiva dos direitos fundamentais,

SINGER, João Carlos Mettlach Pinter. Direitos fundamentais no Direito Privado como proibição de intervenção e mandado de proteção: do significado do princípio da proporcionalidade como critério avaliativo das violações dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 271-289. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

a um exame de proporcionalidade, que se localiza no quadro das categorias tradicionais dos controles dos direitos fundamentais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Ele permite, portanto, uma manipulação racional do princípio da vedação da proteção deficiente, caso se queira insistir neste conceito.

Tomando-se o caso L \ddot{u} th como exemplo, pode-se demonstrar que a aplicação dos direitos fundamentais como proibições de intervenções e como mandamentos de proteção leva a resultados idênticos. Admitindo-se que seja lícito a L \ddot{u} th convocar o boicote, pergunta-se se o legislador concebeu um dever de proteção em favor de Veit Harlan e do dono do teatro. Diferentemente do que defendeu Canaris, para quem, neste caso, os direitos fundamentais de Harlan e do dono do teatro foram apenas levemente afetados, é possível responder afirmativamente à questão, pois eles devem ser protegidos contra intervenções em sua liberdade artística e profissional. Caso se lhes projeta e, conseqüentemente, se lhes atribua um direito de abstenção contra a convocação do boicote, bem como se atribua uma pretensão à indenização, intervir-se-ia, por outro lado, no direito fundamental à liberdade de expressão de L \ddot{u} th. Se esta intervenção é ou não justificada, depende, novamente, de ser ou não proporcional, em relação à proteção do interesse comercial, a proibição de boicote imposta ao dono do teatro. Chegar-se-ia à mesma avaliação a que o Tribunal Constitucional alemão procedeu no caso ao avaliar a constitucionalidade da proibição de convocação de boicote imposta a L \ddot{u} th. Os princípios da proibição do excesso e da vedação da proteção deficiente não são idênticos, mas levam, de acordo com a solução aqui defendida, à aplicação da mesma medida de avaliação; só difere no nível sistemático diverso de avaliação.

A margem de conformação do legislador leva a que, em casos de deveres de proteção que produzem eficácia nas relações jurídicas havidas entre sujeitos privados, ele tenha de atentar à liberdade desses sujeitos, que são atingidos por intervenções como consequência das medidas de proteção. Além disso, deveres de proteção, que só podem ser instrumentalizados mediante o emprego de meios estatais, devem atentar também ao fato de que os meios estatais são limitados e de que não há pretensão individual a que o Estado ponha à disposição recursos orçamentários ilimitados. Uma delimitação semelhante pode ser aplicada no caso de eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado, quando se exige de um terceiro que ele empregue meios para a proteção de direitos fundamentais, como dos direitos de personalidade.

4. *Jurisprudência atual sobre a função de proteção dos direitos fundamentais*

a) *Direito ao esquecimento (EuGH NJW 2014, 2257 – Google Spain)*

Por fim, eu gostaria de discutir a aplicação prática do princípio da proporcionalidade, em relação aos deveres de proteção, com base em dois exemplos atuais.

SINGER, João Carlos Mettlach Pinter. Direitos fundamentais no Direito Privado como proibição de intervenção e mandado de proteção: do significado do princípio da proporcionalidade como critério avaliativo das violações dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 21, ano 6, p. 271-289. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

O primeiro exemplo é a famosa decisão, envolvendo o Google, do Tribunal de Justiça da União Europeia, relativa ao direito ao esquecimento²⁸. O cidadão espanhol Costeja González exigiu do motor de busca Google, em 2010, a exclusão de enlaces que levavam o usuário, mediante a inscrição de seu nome, a duas páginas de um jornal que informara, em 1996, a respeito do leilão iminente de sua propriedade, em razão do atraso no pagamento de contribuições sociais. O Tribunal de Justiça da União Europeia derivou, a partir do art. 7º (proteção da esfera privada) e do art. 8º (proteção dos dados pessoais), da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o direito de proteção dos dados pessoais, que deve ser levado em consideração na interpretação da Diretiva Europeia de Proteção aos Dados, aprovada pelo Regulamento Europeu de Proteção de Dados, em 25 de maio de 2018. O art. 12, *b*, da Diretiva 95/46 garante o direito de obter, daquele que for, conforme o caso, responsável por sua edição, correção, exclusão ou bloqueio dos dados cuja elaboração não seguir as previsões da Diretiva. De acordo com o art. 6 da Diretiva 95-46, o responsável pela elaboração deve cuidar para que os dados pessoais

“[...] sejam elaborados de acordo com a boa-fé e de forma legítima [...] e não devem ser mantidos, de forma a possibilitar a identificação da pessoa atingida por mais tempo que o necessário para a realização dos objetivos para os quais eles foram criados ou reeditados” (nota marginal 71).

Desta previsão, o Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que mesmo dados verdadeiros não podem permanecer acessíveis por mais tempo do que aquele necessário para a realização dos objetivos para os quais foram criados ou reeditados (princípio da adequação aos fins). Em razão da gravidade da intervenção, a permanência não poderia ser justificada com base nos interesses econômicos do motor eletrônico de busca (nota marginal 81). Na verdade, o equilíbrio leva à prevalência do interesse do usuário da *Internet*. Em geral, prevaleceria o interesse do atingido, mas existiriam também situações nas quais o interesse da esfera pública no acesso às informações preponderaria, a depender do papel que a pessoa exerça na vida pública (nota marginal 97). Como no caso sob exame não se vislumbrava a existência de qualquer interesse público, o atingido teria direito à exclusão do referido enlace da lista de resultados em razão de se tratar de dados sensíveis referentes a eventos ocorridos há 16 anos.

O Tribunal de Justiça da União Europeia considerou, logo de início, a existência de um dever protetivo oriundo dos direitos fundamentais previstos na Carta Europeia, em conformidade com a posição aqui defendida, que não afeta apenas o proprietário da página da *Internet*, mas também o motor de busca, que tem grande

28. EuGH NJW 2014, 2257.

SINGER, João Carlos Mettlach Pinter. Direitos fundamentais no Direito Privado como proibição de intervenção e mandado de proteção: do significado do princípio da proporcionalidade como critério avaliativo das violações dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 271-289. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

participação na difusão de informações por conectar a informação ao nome da pessoa atingida. Em um segundo momento, avaliou-se se esta proteção intervinha de forma desproporcional nos direitos fundamentais de terceiros – no caso, o motor de busca e o usuário da *Internet*. O critério avaliativo usado para a função protetiva dos direitos fundamentais previstos na Carta Europeia é também o princípio de proibição do excesso.

Chegar-se-ia ao mesmo resultado se o caso fosse resolvido com base nos direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental alemã²⁹. O direito fundamental à auto-determinação informacional é, de acordo com a jurisprudência recorrente do Tribunal Constitucional alemão³⁰, uma expressão do direito geral de personalidade e engendraria, da mesma forma, proteção contra intervenções, a que não corresponderia nenhum interesse do motor de busca ou dos usuários da *Internet*.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, porém, não analisou suficientemente as consequências práticas. De acordo com essa decisão, os motores de busca seriam obrigados a bloquear enlaces que encaminhem a páginas com dados pessoais editados ilegalmente. O Google teve de lidar, desde a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, até abril de 2018, com 670 mil pedidos de bloqueios de enlaces. Neste ponto, deve-se questionar se a liberdade de informação dos usuários da *Internet* não foi desproporcionalmente limitada. Uma discussão semelhante acompanha a recém-promulgada Lei de Regulamentação da *Internet*, que obriga os serviços de *Internet*, entre outros, a apagar mensagens de ódio nos fóruns da *Internet*.

b) Deveres de verificação do conteúdo que recai sobre os motores de busca em casos de violação de direitos da personalidade por meio de páginas anunciadas

A jurisprudência alemã age com moderação em relação aos deveres de proteção dos motores de busca³¹. Um casal, que teve seus direitos da personalidade ofendidos pelos comentários dos membros de um fórum hostil da *Internet*, exigiu que o Google providenciasse que a determinada página não fosse mais encontrável no índice de resultados da pesquisa do motor de busca. Segundo o Tribunal Federal alemão (BGH), o Google tem responsabilidade apenas quando se recorre à empresa como violadora indireta em razão da lesão aos deveres de verificação do conteúdo. Isso pressupõe, conforme o Tribunal já acatou, que o responsável pelo motor de busca tenha

29. Na aplicação de regras derivadas do direito comunitário, o Tribunal Constitucional alemão não exerce mais sua jurisdição, em razão da prevalência do Direito Europeu, sempre que a União Europeia assegure uma proteção eficaz dos direitos fundamentais. Dado que o legislador nacional dispõe de certa margem de conformação, este é mantido na aplicação dos direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã. Cf. BGHZ 208, 82 – nota marginal 33 ss.

30. Fundamenal, a respeito, BVerfGE 65, 1 – censo demográfico.

31. BGH 27.2.2018 – VI ZR 489/16, juris.

conhecimento de uma lesão a direitos que seja pública e facilmente identificável. Seria o caso, por exemplo, de alusões à pornografia infantil, incitação à violência contra pessoas, confusão evidente de pessoas, existência de um título executivo contra o violador direto, perda de qualquer interesse pela informação com o passar do tempo, discursos de ódio ou críticas claramente injuriosas³². No caso concreto, porém, os comentários reclamados não teriam, *a priori*, extrapolado os limites da discussão objetiva, de forma que inexistiu uma violação evidente a um direito.

O julgamento se insere na concepção de deveres de proteção oriundos dos direitos fundamentais aqui defendida. Esses acabam por não prevalecer, pois a proteção exigida interfere desproporcionalmente na posição jurídica do responsável pelo mecanismo de busca. De resto, são muito similares os princípios que regem a responsabilidade dos responsáveis por portais da *Internet*. Aqui também exige a jurisprudência que a lesão jurídica possa ser facilmente afirmada com base na declaração daquele que foi atingido³³, bem como justifique a existência de deveres de avaliação da parte dos responsáveis pelos portais da *Internet*.

IV. SÍNTESE

1. De acordo com o art. 1º da Lei Fundamental alemã, apenas o poder público e especialmente o Poder Legislativo e o Judiciário estão vinculados aos direitos fundamentais, não açambarcando os sujeitos de direito privado. É de se rejeitar a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, dado que ela acaba por vincular os sujeitos de direito privado.

2. A doutrina dominante segue a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, mas não dispõe de um critério avaliativo sujeito ao crivo judicial e ignora que tanto o legislador (e, no caso de interpretação das leis) como o juiz estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais, os quais se aplicam como proibições de intervenção em relação às leis e às decisões judiciais. O critério avaliativo é o princípio da proporcionalidade.

3. Os direitos fundamentais geram também mandamentos de proteção para o legislador e, quando esse se queda inerte, também para o juiz. Os deveres de proteção voltam-se contra a intervenção de terceiros, desde que a autoproteção da autonomia privada não seja possível.

4. Os limites dos deveres de proteção são dados, sobretudo, pelos direitos de terceiros. Intervenções em tais direitos só podem ser admitidas quando os interesses

32. *Ibidem*, nota marginal 36.

33. BGHZ 191, 219, nota marginal 25t f. – Comentário em Blog.

daquele que é protegido preponderarem sobre os interesses daquele sobre o qual incide o dever de proteção. O critério avaliativo aqui é o princípio da proporcionalidade, e não o princípio da vedação da proibição deficiente, que mal serve à avaliação judicial.

5. A jurisprudência atual a respeito dos deveres de proteção dos responsáveis pelos motores de busca e dos serviços de hospedagem de *sites* torna a exclusão do conteúdo denunciado, nos casos de denúncia de conteúdos que tenham por conteúdo lesões jurídicas, dependente da salvaguarda do princípio da proporcionalidade à ofensa dos deveres de verificação do conteúdo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- 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);
- Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos Direitos Fundamentais, de Bernhard Schlink e Leonardo Martins – *RDCC* 11/261-297 (DTR\2017\1673);
- O Código Civil alemão e o desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha, de Reinhard Zimmermann – *RDCC* 12/317-358 (DTR\2017\5688);
- O efeito irradiante dos Direitos Fundamentais e a autonomia do Direito Privado: a “decisão lüth” e suas consequências, de Marie-Christine Fuchs, Patrícia Cândido Alves Ferreira e Otavio Luiz Rodrigues Jr. – *RDCC* 16/221-232 (DTR\2018\19396); e
- Os principais Direitos Fundamentais constitucionais e sua aplicabilidade prática, de Emerson Penha Malheiro e Renata Silva Cunha – *RDCI* 105/97-120 (DTR\2018\8036).