

DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA, À HONRA E À IMAGEM (ART. 5º, X DA CF): ALCANCE E SUBSTRATO FÁTICO DA NORMA CONSTITUCIONAL (INTERVENÇÃO ESTATAL POTENCIALMENTE VIOLADORA)¹

FUNDAMENTAL RIGHTS TO INTIMACY, PRIVATE LIFE, HONOR AND IMAGE (ARTICLE 5th, X, BRAZILIAN CONSTITUTION): SCOPE AND FACTUAL SUBSTRATE OF CONSTITUTIONAL RULE (POTENCIAL VIOLATION BY THE STATE'S INTERVENTION)

Leonardo Martins²

Resumo

O presente artigo vai perseguir o precípua propósito de investigar as condições jurídicas para a correta interpretação e aplicação do art. 5º, X da CF. No primeiro tópico, a atenção volta-se à interpretação dos dados normativos fundamentais do parâmetro jurídico-constitucional do art. 5º, X da CF, com o esclarecimento a respeito do sistema de direitos fundamentais de personalidade, tal qual previsto pelo constituinte no art. 5º, X da CF. No segundo tópico, os esforços da pesquisa recaem sobre a classificação da categoria de direito fundamental, à qual pertencem os direitos fundamentais de personalidade em pauta. Segue-se a análise de outros elementos jurídico-dogmáticos imprescindíveis à correta interpretação e aplicação do art. 5º, X da CF. No terceiro tópico, definir-se-á o bem jurídico-constitucional, mais precisamente o conteúdo abrangido pela norma definidora do direito fundamental em pauta, que se convencionou chamar de dogmática da área ou âmbito de proteção normativa do art. 5º, X da CF. Nesse sentido, investiga-se o alcance específico de sua área de proteção e elencam-se as típicas intervenções estatais nela, as quais sejam potencialmente violadoras do referido direito fundamental.

Palavras-chave: Intervenção Estatal; Direitos Fundamentais; Constituição Federal.

Abstract

This article aims to investigate the legal conditions for the correct interpretation and application of the article 5, section 10 of the Federal Constitution (FC). Firstly, the author draws the attention to the interpretation of the fundamental normative data of the constitutional parameter of the article 5(10) of the FC,

¹ Artigo recebido em: 10/04/2016. Aceito para publicação em: 09/05/2016.

² Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1994), mestre (LL.M.) em Jurisdição Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin (1997), Alemanha e doutor (doctor iuris) em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin (2001), Alemanha. Pós-doutoramentos pelo Hans-Bredow-Institut (Pesquisa em Regulação da Comunicação Social) junto à Univ. de Hamburg, Alemanha (2004) e pelo Erich Pommer Institut (Direito e Economia da Com. Social) como Fellow da Fundação Alexander v. Humboldt (2010) e mais duas vezes pela Humboldt-Universität zu Berlin (2011 e 2013-14). Atualmente é Professor Associado I da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Foi Professor Visitante na Humboldt-Universität zu Berlin (de 2001 a 2012). *E-mail:* <leonardomartins1@yahoo.com.br>.

clarifying on the fundamental rights of personality, as enclosed in the aforementioned article. Secondly, the study focuses on the category of fundamental right to which belong the fundamental rights of personality discussed in the present article. The author also analyses other legal-dogmatic elements indispensable for the correct interpretation and application of article 5(10) of the FC. Then, the article defines the legal-constitutional rights and, more precisely, the standard defining the fundamental right aforementioned, so-called the dogmatics or the scope of normative protection of article 5(10) of the FC. Finally, the study investigates the specific scope of protection and list the typical State interventions in it, which are potentially harmful to the aforesaid fundamental right.

Keywords: State Intervention; Fundamental Rights; Federal Constitution.

Sumário: 1 *Introdução; I Parâmetro jurídico-constitucional do art. 5º, X da CF no sistema de direitos fundamentais da CF; 1 Intimidade, vida privada, honra e imagem como elementos do sistema normativo de proteção dos direitos de personalidade em nível constitucional; 2 Concorrência de direitos fundamentais (art. 5º, caput; art. 5º, XI; e art. 5º, XII da CF): do reconhecimento à solução do problema; II Categoria e função, titularidade e efeitos da norma definidora dos direitos fundamentais do art. 5º, X da CF; 1 Categoria e função; 2 Titularidade; 3 Efeito vertical e horizontal; 4 Deveres estatais de tutela?; III Alcance da área de proteção do art. 5º, X da CF e intervenções estatais; 1 Unidade da área de proteção; 1.1 área da vida normatizada constitucionalmente (“área de regulamentação”): proteção negativa (status negativus) das esferas de personalidade; 1.2 Peculiaridades do direito fundamental à intimidade; 1.3 Peculiaridades do direito fundamental à vida privada; 1.4 Peculiaridades do direito fundamental à honra; 1.5 Peculiaridades do direito fundamental à imagem; 2 Alcance da área de proteção; 2.1 Condutas e situações especificamente protegidas; 2.2 Liberdade para o exercício negativo; 3 Típicas intervenções estatais; 3.1 Relevância da verificação da intervenção e de sua intensidade; 3.2 Intervenções legislativas; 3.3 Intervenções administrativo-executivas; 3.4 Intervenções judiciais; IV Conclusões intermediárias; 6 Referências.*

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais de personalidade garantidos no art. 5º, X da CF, quais sejam: os direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem podem e devem ser investigados em face de seu caráter jurídico-dogmático, i.e., em face de sua eficácia de norma suprema dentro do ordenamento jurídico e das formas dos vínculos dos órgãos estatais a ela. Excluídos da análise jurídico-científica serão, na presente exposição, os aspectos meramente históricos, sociais, políticos, econômicos ou filosóficos. Tais ciências sociais afins seriam, todavia, trazidas à pauta sempre que fossem necessárias à interpretação das pertinentes normas definidoras de direitos fundamentais e de atos normativos infraconstitucionais, com vistas à realização do exame de sua constitucionalidade, o que foi apenas indiretamente o presente caso.

Trata-se de perseguir o precípuo propósito de investigar as condições jurídicas para a correta interpretação e aplicação do art. 5º, X da CF. Como método da apresentação da disciplina jurídico-científica em pauta e da interpretação das

normas constitucionais pertinentes, parte-se da estrita separação entre legiferação, de um lado; e interpretação/aplicação normativa, de outro. Essa estrita separação implica a separação entre parâmetro constitucional e objeto do controle normativo de constitucionalidade. No mais, outra opção metodológica decorrente do escolhido ponto de partida é a rígida delimitação entre, de um lado, a esfera de atuação do poder estatal (abrangendo as funções estatais legislativa, administrativo-governamental e jurisdicional), como poder vinculado à norma-parâmetro jusfundamental; e, de outro, a esfera individual/social. Por fim, está presente um ônus argumentativo a ser cumprido pelo Estado quando da necessária justificação constitucional de sua atuação, e não pelos titulares dos direitos fundamentais, que estão vinculados *imediatamente* somente à lei; mas não, dessa maneira imediata, à Constituição Federal [“a seguir, apenas CF”]. Aplica-se, no caso, o princípio distributivo, refutando-se a teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais. Contudo, isso será objeto de um segundo ensaio complementar ao presente³.

Para o alcance dos objetivos específicos desse primeiro ensaio com o uso do método teórico-liberal, a presente exposição subdivide-se em três tópicos principais, sendo concluída por uma síntese em teses.

No primeiro tópico, a atenção volta-se à interpretação dos dados normativos fundamentais do parâmetro jurídico-constitucional do art. 5º, X da CF, com o esclarecimento a respeito do sistema de direitos fundamentais de personalidade, tal qual previsto pelo constituinte no art. 5º, X da CF. Em outras palavras: esclarece-se, assim, sua localização sistemática. Ao cabo desse primeiro tópico, ocorre uma verificação dos direitos fundamentais concorrentes, a saber: dos direitos fundamentais decorrentes do art. 5º, *caput* da CF; do art. 5º, XI e do art. 5º, XII, da CF.

No segundo tópico, os esforços da pesquisa recaem sobre a classificação da categoria de direito fundamental, à qual pertencem os direitos fundamentais de personalidade em pauta. Segue-se a análise de outros elementos jurídico-dogmáticos imprescindíveis à correta interpretação e aplicação do art. 5º, X da CF, como é o caso do estudo da titularidade (polo ativo da relação jurídico-jusfundamental) e dos efeitos da norma definidora dos direitos fundamentais do art.

³ A ser intitulado “Direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X da CF): Dos seus limites constitucionais e justificação constitucional de sua imposição”.

5º, X da CF. No que tange a tais efeitos, procede-se ao esclarecimento a respeito dos destinatários normativos – polo passivo da relação jurídico-jusfundamental – e ao estudo das características do vínculo e da eficácia vertical; e, eventualmente, também da eficácia horizontal de tais direitos fundamentais.

No terceiro tópico, definir-se-á o bem jurídico-constitucional, mais precisamente o conteúdo abrangido pela norma definidora do direito fundamental em pauta, que se convencionou chamar da dogmática da área ou âmbito de proteção normativa do art. 5º, X da CF. Nesse sentido, investiga-se o alcance específico de sua área de proteção e elencam-se as típicas intervenções estatais nela, as quais sejam potencialmente violadoras do referido direito fundamental.

I PARÂMETRO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 5º, X DA CF NO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CF

Como se trata de um estudo jurídico-constitucional-dogmático sobre os direitos fundamentais de personalidade – os quais foram outorgados pelo constituinte no art. 5º, X da CF – à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, não poderia ser outro o ponto de partida, senão o próprio dispositivo constitucional. Este serve de parâmetro para a análise dos atos estatais a ele referentes e vinculados por força constitucional (art. 5º, § 1º da CF).

Há de se distinguir, na presente análise preliminar do aludido parâmetro jusfundamental, dois aspectos sistêmicos prejudiciais em relação à sua interpretação. Primeiro, verifica-se seu *locus* no sistema jusfundamental (a seguir, sob **1.**); e, depois, a relação com outras normas concorrentes, porque incidentes sobre fatos, quando não idênticos, pelo menos muito similares entre si (sob **2.**).

1 INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM COMO ELEMENTOS DO SISTEMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE EM NÍVEL CONSTITUCIONAL

Os elementos a serem abaixo, detidamente, esmiuçados da intimidade; da vida privada; da honra; e da imagem, compõem, em seu conjunto, o sistema normativo de proteção dos direitos de personalidade em nível constitucional. Isso porque a norma definidora de direito fundamental do art. 5º, X da CF, alça ao plano constitucional alguns dos mais clássicos direitos subjetivos de personalidade que, em algumas das Constituições do tipo ocidental democrático, não foram expressa ou

literalmente positivados⁴. Na Constituição alemã, por exemplo, outorgou-se apenas um direito fundamental “ao livre desenvolvimento da personalidade”, que, todavia, abarca, segundo a praticamente unânime opinião especializada, os aspectos da autonomia da vontade individual; autonomia esta que pode ser tripartida em autodeterminação, autopreservação e autoexposição⁵.

Assim, a outorga de facetas bem sintetizadas dos quatro vocábulos da intimidade, vida privada, honra e imagem feita pelo constituinte no dispositivo do art. 5º, X da CF, pode ser entendida como a outorga de um sistema de proteção de direitos fundamentais de personalidade. Tal sistema tem a pretensão de ser, já em si, livre de lacunas.⁶ Sua interpretação sistemática com outros direitos fundamentais concorrentes a serem, a seguir, analisados e, notadamente, com a norma constitucional outorgante da liberdade geral, no *caput* do art. 5º, reforça esse reconhecimento.

2 CONCORRÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (ART. 5º, CAPUT; ART. 5º, XI; E ART. 5º, XII DA CF): DO RECONHECIMENTO À SOLUÇÃO DO PROBLEMA

Relevante distinção feita na teoria geral dos direitos fundamentais, como estudo da parte geral da disciplina constitucional, é a distinção entre concorrência e colisão de direitos fundamentais⁷. A colisão será, no supramencionado segundo ensaio sobre os direitos fundamentais em pauta, brevemente analisada. No entanto, pode-se adiantar que o termo sugere – e tal sugestão não é, de fato, enganosa – um choque entre direitos e a necessidade de o operador jurídico – principalmente, o juiz constitucional – cumprir o papel quase de um árbitro entre duas posições antagônicas⁸.

⁴ Cf., por exemplo, a vigente Constituição portuguesa, que sob a epígrafe “outros direitos pessoais” e a exemplo da Constituição alemã, pretende excluir qualquer possibilidade de lacuna de proteção constitucional dos direitos gerais de personalidade ao dispor, em seu art. 26º, 1: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

⁵ Cf. Pieroth, Schlink, Kingreen, Poscher (2015, p. 98-101). Para alguns autores, como Michael e Morlok (2016, p. 218), a função da garantia seria possibilitar ao seu titular a formação da identidade, que há de poder ser por ele “reconhecida, marcada e apresentada.”

⁶ Vide sobre esse caráter do sistema das normas jusfundamentais: Schmidt (2016, p. 101 s.)

⁷ Dimoulis; Martins (2014, p. 169-175).

⁸ Com efeito, nenhum dos clássicos métodos de solução de antinomias da hierarquia, da cronologia ou da especificidade pode resolver o problema da colisão que, em regra, se atualiza não ao nível normativo-abstrato, mas ao nível da interpretação e aplicação pelo Estado-juíz. A respeito, vide Dimoulis; Martins (2014, p. 170 s.).

Na concorrência, não ocorre um choque entre exercícios contrapostos e de titulares diferentes de direitos fundamentais, mas sim a incidência sobre o mesmo fenômeno ou situação social de duas normas protetoras, em geral de pretensões jurídico-subjetivas do(s) mesmo(s) titular(es). Classificam-se duas espécies do gênero “concorrência de direitos fundamentais”; a saber, a concorrência ideal (ou “real”) e a concorrência meramente aparente⁹, que, em suma, pode ser dirimida com a aplicação da regra (norma jusfundamental) mais específica, segundo a conhecida regra hermenêutica da especificidade¹⁰.

No caso em tela, apresentam-se, como direitos fundamentais colidentes, os direitos derivados; primeiro, do art. 5º, *caput*; segundo, do art. 5º, XI; e, terceiro, do art. 5º, XII da CF.

Em relação ao primeiro direito fundamental aventado [art. 5º, *caput*, da CF: “inviolabilidade do direito à (...) liberdade”] está presente, geralmente, uma concorrência aparente, mas não ideal. Caso em que pode ser a regra do direito fundamental em pauta do art. 5º, X da CF, considerada específica em relação àquela. No entanto, dada uma grande proximidade entre os conceitos de liberdade, de um lado, tal qual positivado no art. 5º, *caput*, sobretudo na acepção de autonomia; e os elementos trazidos em conjunto, no art. 5º, X da CF, incidentes, como se verá, sobre o fenômeno da autodeterminação individual, pode-se proceder a uma aplicação conjunta. Trata-se de uma aplicação, que há tempos tem se revelado uma tendência no direito comparado alemão.¹¹ Nesse sentido, aplica-se, conjunta e sistematicamente, o art. 5º, *caput* c.c. art. 5º, X da CF, enriquecendo o conceito de autodeterminação subjacente aos quatro elementos trazidos pelo constituinte no último dispositivo mencionado.

No caso dos demais direitos fundamentais concorrentes aludidos, quais sejam: à inviolabilidade do domicílio, tal qual garantida pelo art. 5º, XI da CF; e ao sigilo das comunicações postais, de dados e comunicações telefônicas (art. 5º, XII da CF), a relação de generalidade *versus* especificidade é a inversa. Com efeito, os aspectos relativos à autodeterminação individual, trazidos pelos dispositivos ora em pauta são específicos quando comparados àqueles positivados no art. 5º, X da CF. Por exemplo, no caso da inviolabilidade do domicílio do art. 5º, XI da CF, protege-se a intimidade “espacial”. Por sua vez, no caso dos sigilos de comunicação interindividual protege-se a autodeterminação sobre os relacionamentos sociais do

⁹ Cf. com mais referências: Dimoulis; Martins (2014, p. 171 s.).

¹⁰ Dimoulis; Martins (2014, p. 172).

¹¹ Michael; Morlok (2016, p. 62-64).

titular, incluindo sua livre – porque autodeterminada – configuração¹². Trata-se de um aspecto bem específico da “vida privada”. Esse aspecto também pode ser visto como um fenômeno (área da vida ou área de regulamentação)¹³ distinto da autodeterminação, o que poderia suscitar, a depender da constelação fática, uma situação de concorrência ideal.

A solução prévia da concorrência aparente pelo intérprete operador do direito será essencial para que o exame de constitucionalidade seja corretamente encaminhado, chegando-se a um resultado procedente. Isso porque os direitos fundamentais foram outorgados com limites diferenciados entre si. A escolha do parâmetro genérico, por exemplo, pode levar ao equívoco de considerar uma intervenção estatal justificada, quando, em sendo mais rigorosos os limites constitucionais ao direito fundamental equivocadamente trazidos à baila, mais facilmente justificadas poderão ser consideradas as limitações impostas. No mais, em sendo o caso de concorrência ideal e não meramente aparente, o objeto do exame (ato do poder público em sentido lato) tem de passar no exame de constitucionalidade em face de ambos ou mais parâmetros concorrentes, e não de apenas um, como no caso da concorrência aparente, por conta do conseqüente afastamento do parâmetro genérico que a aplicação da regra da especificidade acarreta¹⁴.

II CATEGORIA E FUNÇÃO, TITULARIDADE E EFEITOS DA NORMA DEFINIDORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ART. 5º, X DA CF

O esclarecimento a respeito dos três tópicos investigados sob a presente epígrafe também deve preceder ao exame de constitucionalidade de um objeto em face do parâmetro jusfundamental em tela. Destarte, antes de se investigar o alcance específico do dispositivo constitucional estudado e as hipóteses de sua limitação e modo de justificá-las, deve ser verificada a que categoria de direito fundamental ele pertence e, conseqüentemente, ser aferido que função normativa específica ele desempenha¹⁵.

¹² Vide, em geral: Pieroth, Schlink, Kingreen, Poscher (2015, p. 216 ss.)

¹³ Sobre o conceito: Dimoulis; Martins (2014, p. 133-135).

¹⁴ Uma vez resolvida preliminarmente a concorrência com aplicação do parâmetro específico, as condições para se verificar uma violação constitucional (alcance e limites) serão extraídas, exclusivamente, do parâmetro específico. Por isso que, na dúvida, devem-se aplicar ao exame, subsequentemente, ambos os parâmetros (*in dubio pro libertate*). Cf. Martins (2014, p. 55-58 e 137-141).

¹⁵ V. a descrição em capítulo específico de Dimoulis; Martins (2014, p. 49-68).

Igualmente, também a titularidade¹⁶ e os destinatários diretos e indiretos conjuntamente com o exame dos chamados efeitos verticais e horizontais revelam esclarecimentos prévios imprescindíveis¹⁷. De resto, há de se responder à questão, se se está diante de um dever estatal de tutela do direito fundamental em tela perante agressões ao direito fundamental que sejam provenientes de particulares e não exclusivamente de órgãos estatais¹⁸.

1 CATEGORIA E FUNÇÃO

Na doutrina jurídica brasileira, persiste o equívoco em se classificar os direitos fundamentais segundo supostas gerações¹⁹. A terminologia das gerações de direitos é improfícua hermenêuticamente falando, primeiro porque sugere uma hierarquia interna dentro do sistema de direitos fundamentais que, evidentemente, não tem lastro no direito constitucional positivo. Ela também é inexata do ponto de vista puramente historiográfico²⁰.

Outra terminologia utilizada na literatura jurídica brasileira de inspiração no direito germânico, mas também não muito feliz, é a terminologia da dimensão,²¹ reservada, na dogmática geral dos direitos fundamentais, a duas perspectivas do mesmo fenômeno normativo (bidimensionalidade do binômio “dimensão subjetiva X dimensão objetiva” dos direitos fundamentais)²².

Ao invés de se valer das expressões “geração” ou “dimensão” para a classificação dos direitos fundamentais, vale-se aqui da terminologia – axiologicamente neutra – da categoria, definida a partir da função de cada norma definidora de direito fundamental dentro de seu sistema normativo. Dentre as funções clássicas dos direitos fundamentais encontram-se as funções garantidoras da liberdade negativa ou positiva, esta última por vezes também alcunhada de liberdade real²³. À pauta vem a classificação proposta por *Jellinek*, já em fins do sec. XIX²⁴, para descrever o status da liberdade individual em face do destinatário por excelência das normas jusfundamentais, que são os órgãos estatais.

¹⁶ Dimoulis; Martins (2014, p. 69-89).

¹⁷ Dimoulis; Martins (2014, p. 95; 103-114).

¹⁸ Dimoulis; Martins (2014, p. 120-128).

¹⁹ Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2012, p. 258-262).

²⁰ Cf. Dimoulis; Martins (2014, p. 22-24).

²¹ Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2012, p. 251-266).

²² Dimoulis; Martins (2014, p. 24; 115 ss.).

²³ Martins (2012, p. 9).

²⁴ Cf. Jellinek (1892, p. 86-87 e 95-186).

Nesse sentido, a norma definidora dos direitos fundamentais de personalidade em apreço é pertinente ao clássico *status libertatis* ou *status negativus*. Por ele, a pretensão de liberdade do titular do direito fundamental atualiza-se com abstenções de medidas por parte de seu destinatário. Em outras palavras, trata-se do imperativo deôntico de “não fazer”. Assim, pelas normas definidoras dos direitos fundamentais de personalidade ora investigadas, o Estado obriga-se a um não fazer. Tal obrigação corresponde a uma pretensão jurídica de *resistência* do indivíduo contra intervenções estatais nas protegidas esferas de liberdade negativa – do alemão *Abwehrrecht*, também traduzido para o vernáculo como “direito de defesa”, suscitando certa ambiguidade em relação ao conceito de defesa processual, a qual a expressão sinônima da resistência tem aqui o condão de evitar²⁵.

2 TITULARIDADE

A titularidade segue a regra definida no *caput* do art. 5º, da CF: Todos os direitos fundamentais definidos pelas normas constantes nos 78 incisos do art. 5º são extensíveis somente aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Interpretando-se em contrário são excluídos os estrangeiros não residentes. Tal exclusão, que não é levada a sério por muitos autores, sendo levemente *não* considerada vinculante, com o uso de tentativas de interpretação extensiva que não convencem,²⁶ deve ser corretamente compreendida em face de suas específicas implicações jurídico-dogmáticas constitucionais. Ela não implica uma discriminação de estrangeiros não residentes, uma vez que, segundo o mesmo *caput* do art. 5º, da CF, todos “são iguais perante a lei”. Ou seja, há pleno vínculo – pelo menos dos órgãos dos poderes estatais competentes para a interpretação e aplicação da legislação ordinária, que são o Executivo (Administração Pública) e o Judiciário. Todavia, as intervenções legislativas que criem um estatuto diferenciado para o estrangeiro não residente não podem, tendo em vista estritamente o parâmetro jusfundamental, ser questionadas quanto a sua constitucionalidade²⁷.

²⁵ Dimoulis; Martins (2014, p. 51 s.).

²⁶ Dimoulis; Martins (2014, p. 73-78).

²⁷ Com efeito, a relevância prática da distinção fica restrita à discricionariedade constitucional aberta ao Poder Legislativo, que, todavia, fica adstrita a outros parâmetros além do constitucional, tais como os parâmetros convencionais e de política internacional. Sobre as tentativas malsucedidas de se estender a titularidade plena, i.e., também em face do legislador ordinário, aos estrangeiros não residentes, vide Dimoulis; Martins (2014, p. 73-78).

Questionável é também a titularidade da pessoa jurídica. Apesar do caráter aparentemente personalíssimo do *caput*, a exclusão da pessoa jurídica da titularidade dos direitos fundamentais elencados no *caput* e nos 78 incisos do art. 5º, da CF, não resta evidente. Com amparo no direito comparado, busca-se aplicar o critério da compatibilidade entre a essência do direito fundamental supostamente violado e o caráter artificial da pessoa jurídica²⁸. No caso em tela dos direitos de “personalidade”, pode-se dizer que, à exceção dos direitos à honra pessoal, no sentido de honra subjetiva, que corresponde ao sentimento de autoestima e, também, à “vida privada” e “à intimidade”, os dois demais direitos outorgados no art. 5º, X da CF, notadamente o direito à imagem e à honra em sua acepção objetiva, são compatíveis com a artificialidade da pessoa jurídica²⁹.

Por fim, a jurisprudência e literatura específica nacional e estrangeira reconhecem que os direitos fundamentais de personalidade não cessam com a morte de seu titular.³⁰ Com efeito, sobretudo a imagem construída durante a vida é protegida pelo art. 5º, X da CF, e também o será após a morte, havendo uma especial demanda por tal proteção em razão da óbvia impossibilidade de exercício de qualquer direito de resposta pelo *próprio* titular após sua morte.

3 EFEITO VERTICAL E HORIZONTAL

Outro debate indevidamente importado da discussão germânica é aquele a respeito do reconhecimento, para além do efeito vertical clássico (vínculo dos órgãos estatais titulares das funções legislativa, administrativo-governamental e jurisdicional), do efeito horizontal dos direitos fundamentais, derivado da sua dimensão jurídico-objetiva³¹. Ocorre que, na fonte e na origem do debate, diferenciou-se entre o efeito horizontal direto ou imediato, de um lado; e o efeito horizontal indireto ou mediato, de outro lado, consagrando-se, como teoria absolutamente dominante, a existência de um mero efeito horizontal indireto ou mediato³².

²⁸ Cf. Michael, Morlok (2016, p. 234 s.); Schmidt (2016, p. 31 s.).

²⁹ Decisivo para tal classificação é o fato de a pessoa jurídica encontrar-se em uma típica situação de risco ao direito fundamental que é comparável à situação vivida por qualquer pessoa física (cf. Schmidt, 2016, p. 31).

³⁰ Vide, por exemplo, na literatura jurídica especializada brasileira: Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2012, p. 310). Verificando uma insuficiência da discussão pátria a respeito: Dimoulis; Martins (2014, p. 91).

³¹ Cf. dentre os maiores entusiastas do referido mal-entendido, por todos: Sarmento (2003).

³² Sintetizam com toda clareza essa opinião praticamente unânime no direito constitucional alemão:

Segundo a teoria do efeito meramente indireto ou mediato, os particulares não são propriamente vinculados às normas definidoras dos direitos fundamentais, tal como ocorre com os destinatários por excelência das normas, que são tão somente os órgãos estatais dos três poderes. Contudo, os particulares sofrem os efeitos indiretos do vínculo estatal (vertical), porque os juízes, ao resolverem lides trazidas à sua apreciação, devem interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional à luz de todos os direitos fundamentais. Efeito este que também responde, em razão da figura metafórica de linguagem (interpretar “à luz de”) pela alcunha de “efeito de irradiação”³³. Trata-se de um efeito normativo que o juiz deve reconhecer, de ofício, uma vez ser pertinente a uma das acepções da dimensão jurídico-objetiva do direito fundamental³⁴.

No caso dos direitos fundamentais ora tratados, a teoria da eficácia horizontal indireta ou de irradiação dos direitos fundamentais é bastante relevante. De fato, os direitos fundamentais de personalidade que, de resto, também são protegidos no âmbito da lei civil ordinária (nos artigos 11 até 21 do Código Civil Brasileiro) incidem sobre a interpretação de direitos e bens jurídicos a eles contrapostos. Dentre tais referidos direitos contrapostos que podem sofrer a incidência da eficácia da interpretação judicial orientada pelos direitos fundamentais do art. 5º, X da CF, destaquem-se os direitos fundamentais de manifestação do pensamento (art. 5º, IV da CF), de comunicação social (art. 5º, IX da CF) e de expressão artística (também protegido pelo art. 5º, IX da CF). Trata-se, também, de direitos fundamentais que, em regra, colidem, no caso concreto, com os direitos fundamentais de personalidade do art. 5º, X da CF, sendo que, no âmbito normativo-abstrato, já se encontram em uma situação ou “relação de tensão”, como se diz na discussão comparada germânica (*Spannungsverhältnis*).

A forma de se solucionar tais constelações fáticas de colisão, como já aludido, será objeto do segundo ensaio. Aqui é chegado o momento de se verificar apenas a implicação prática do reconhecimento do efeito horizontal indireto e/ou de irradiação dos direitos fundamentais de personalidade, que é a densificação do

Michael; Morlok (2016, p. 243 s., 244-246), além de terem se mostrado muito críticos em relação a um julgado da Corte Europeia de Justiça (CEJ) que, sem claro fundamento, adotou a tese do vínculo direto de particulares no âmbito da discriminação etária, com referência à Coletânea de Julgados da CEJ de 2005, I-9981, nota à margem 65 ss., 78: “A Corte Europeia de Justiça nem demonstrou que existe de fato um princípio constitucional da vedação de discriminação etária, nem fundamentou porque ela deva valer justamente entre particulares” (Michael; Morlok, *op. cit.*, p. 246).

³³ A respeito, vide Alexy (1994, p. 477-480) e a origem em: BVerfGE 7, 198 (204) – *Lüth-Urteil*.

³⁴ Vide a respeito à exposição monográfica a respeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Nascimento (2016).

vínculo do Judiciário aos direitos fundamentais³⁵, tornando possível o controle do exercício da função jurisdicional em sentido estrito.

4 DEVERES ESTATAIS DE TUTELA?

Por fim, deriva-se da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais o dever estatal de proteger, preventiva (já por medidas legislativas, portanto) e proativamente, os direitos fundamentais em face de agressões provenientes de particulares, geralmente no exercício de um direito fundamental colidente. Pressuposto é, fundamentalmente, que a partir de uma ameaça de lesão de direito possa ocorrer uma lesão irreparável, ou cujo processo lesivo tenha contornos incontroláveis³⁶. Processos de lesão de direitos de personalidade, sobretudo no contexto da sociedade de informação (segundo o slogan: “internet nunca esquece”), podem fundamentar um dever estatal de proteção de direitos de personalidade, como é o caso do direito à intimidade, principalmente.

Uma vez reconhecido o dever, o desafio jurídico-dogmático é desenvolver critérios de aferição de seu cumprimento. Tentativas perpetradas no direito constitucional alemão de, paralelamente à chamada proibição de excesso, buscar-se ver fundamentada, no direito constitucional positivo, uma suposta “proibição de insuficiência”³⁷, não deram certo³⁸. A forma de seu cumprimento – mais: a intensidade de proteção do direito ameaçado – fica a critério do legislador, fazendo parte de sua ampla discricionariedade³⁹.

A depender do recorte da realidade social tratado, tal como ocorre com os mencionados desafios atinentes à sociedade da informação e ao uso das

³⁵ A esse respeito, vide Martins (2012, p. 89; 100-115).

³⁶ Cf. Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 35).

³⁷ Cf. originalmente: BVerfGE 88, 203 [254] (Segunda Decisão sobre o Aborto); e muito críticos (“absurdo”) em face da figura dogmática da vedação de insuficiência expressaram-se: Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 75).

³⁸ Dimoulis; Martins (2014, p. 127 s.); Oliveira (2014, p. 210-213). A contundente, na nota anterior referida crítica de Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher, *ibid.*, foi cunhada com o seguinte autoexplicativo – porque estritamente lógico – teor: “enquanto uma intervenção estatal inadequada continua sendo uma intervenção, ainda que uma intervenção que justamente não é adequada, uma medida de proteção inadequada não permanece uma medida de proteção; uma medida de proteção inadequada, pelo contrário, não é uma medida de proteção”. Não há, portanto, nenhum limite a ser ultrapassado, tal qual implícito na expressão “proibição de insuficiência” e sugerida como contraponto espelhado da proibição de excesso.

³⁹ Essa também é a conclusão unânime mesmo entre aqueles que não recusam de plano a figura. Cf., por exemplo, por muitos: Michael; Morlok (2016, p. 313 s.): “[...] deve ser entendida como parâmetro de controle com limitada densidade de controle. Deveres de proteção [decorrentes] de direitos fundamentais só levam, em casos muito excepcionais, a prescrever ao legislador [...] a utilização de um específico [único] meio [de proteção]”.

respectivas tecnologias e hipertrofiado processo de digitalização das relações sociais, políticas, econômicas e culturais, resta fundamentado o dever de tutela pelo Estado. Isso porque tais processos precisam ser, senão controlados (em face até do ceticismo em torno da real possibilidade de controle), ao menos acompanhados pelo legislador, que deve atuar no sentido de ora dificultar ameaças, ora promover tutelas⁴⁰. Também em vista das óbvias dificuldades no âmbito sociopolítico em tela, aplica-se a fórmula da vedação da inação absoluta, devendo o cumprimento do dever estatal de tutela passar no crivo do controle da justificação constitucional em face do direito fundamental com ele colidente que será, fatalmente, atingido pela medida legislativa protetora⁴¹.

Em caso de dúvida, afirma-se a presença de um dever de tutela. Mesmo sem se poder traçar um limite mínimo de proteção, tem-se de, primeiro, investigar o alcance da tutela dos direitos fundamentais do art. 5º, X da CF.

Nada obstante, tais direitos implicam, antes de tudo, direitos de resistência (ou de “defesa”) contra intervenções em esferas de liberdade individual que, em princípio, não devem ser, do ponto de vista constitucional, legitimamente tangenciadas, exceto se presentes as condições e pressupostos a seguir apresentados.

III ALCANCE DA ÁREA DE PROTEÇÃO DO ART. 5º, X DA CF E INTERVENÇÕES ESTATAIS

1 UNIDADE DA ÁREA DE PROTEÇÃO

Trata-se de quatro direitos fundamentais de personalidade, os quais, conjuntamente, compõem um sistema de proteção do que há muito se convencionava chamar de “esferas da personalidade” (teoria das esferas da personalidade)⁴². Essa teoria das esferas da personalidade apresenta, todavia, tão somente uma primeira aproximação ao fenômeno regulamentado em sentido amplo (normatizado) pela norma definidora de direito fundamental do art. 5º, X da CF. O que se busca, no presente tópico, é desvendar esse fenômeno social e psicológico

⁴⁰ Cf. Schlink (2014, p. 184 e 203).

⁴¹ Cf. Dimoulis; Martins (2014, p. 127 s., 210 ss.).

⁴² Cf. Novelino (2012, p. 500 s.); e sobre a vasta crítica, vide, em vez de muitos, apenas: Michael; Morlok (2016, p. 217).

das esferas da personalidade, antes de se investigar a seguir (**sob 2.**) as condutas e situações efetivamente ressalvadas da intervenção estatal pelo constituinte.

1.1 **Área da vida normatizada constitucionalmente (“área de regulamentação”): proteção negativa (*status negativus*) das esferas de personalidade**

O ponto de partida do estudo do recorte da realidade social normatizado pelo constituinte no art. 5º, X da CF é a já supradefinida proteção negativa (*status negativus*) das várias esferas da personalidade.

O conceito de personalidade implícito no art. 5º, X da CF, pode, com apoio no direito constitucional alemão, ser entendido como um “âmbito vital determinado e delimitado”⁴³ que, por sua vez, é fundado sobre um “distrito nuclear do pessoal” (“teoria do núcleo da personalidade”)⁴⁴. Tal âmbito vital encontra respaldo no princípio da dignidade humana, embora com ele não se confunda. Ocorre que a pessoa é protegida pelos direitos gerais da personalidade contra agressões *imateriais* de seu ser (“ser deixado em paz”, como acepção da intimidade, por exemplo), em contraposição a direitos fundamentais de liberdade individual congêneres, tais como o direito à integridade física (respaldado no direito fundamental à “segurança” do art. 5º, *caput* da CF), ou mesmo contra custódia ilegítima ou cerceamentos na livre locomoção, mas não em sua *qualidade de ser humano*, que implicaria uma violação da dignidade humana⁴⁵.

No que tange às supostas esferas de personalidade, a literatura especializada já há muito tende a distinguir entre as esferas social, privada e íntima, ao mesmo tempo em que deriva de tais esferas uma gradação em termos de proteção; mais precisamente: em termos de observância (i.e., em princípio “negativa”, não intervenção) pelo Estado⁴⁶. Nesse sentido, a gradação aventada partiria da supostamente menos carecedora de proteção perante o Estado (observância, *status negativus*) ou proteção proativa, que seria a esfera social, até a mais carecedora de ambas, que seria a esfera íntima. Proporcionalmente a essa gradação da supostamente menos carecedora de proteção (esfera social) até a mais

⁴³ Cf. BVerfGE 6, 32 (*Elfes-Urteil*) e principais excertos e breves anotações em Martins (2005, p. 190-195).

⁴⁴ Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 96 s.).

⁴⁵ Cf. por muitos: Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 98).

⁴⁶ Cf. novamente com sua abordagem crítica: Michael; Morlok (2016, p. 217).

carecedora, da esfera íntima, seria o rigor e ônus argumentativo estatal junto à justificação de intervenções estatais e às omissões de regulamentação de proteção, tendo em vista potenciais agressões provenientes de particulares⁴⁷. Reconhece-se, por fim, um núcleo intangível correspondente à intimidade em sentido estrito.

Todavia, tal “teoria das esferas” da personalidade, derivada da supracitada “teoria do núcleo da personalidade” não ficou livre de objeções convincentes⁴⁸.

Primeiro, porque a relevância gradual, que teria a manutenção do segredo de ações e comunicações para a personalidade do indivíduo⁴⁹, não depende da classificação da esfera tangenciada da personalidade ou nem sempre há correspondência entre uma esfera e a intensidade da intervenção.

Por exemplo, as conversas de alguém com seu médico a respeito da própria saúde fazem parte, objetivamente falando, da esfera social⁵⁰. Todavia, a intervenção em dados médicos *da* pessoa revela-se, em regra, muito intensa, tendo em vista sua repercussão para os vários setores da vida social do titular do direito fundamental, como para a vida profissional e elevado potencial lesivo até mesmo da dignidade humana. A dignidade humana, tão banalizada no discurso jurídico pátrio, sempre deverá ser trazida à pauta como parâmetro diferenciado (porque não suscetível da possibilidade de justificação constitucional a partir de limite), quando ocorrer uma atual ou muito provável estigmatização social em razão de doença grave sexualmente transmissível, como fora o caso, nos anos 1980-90, das pessoas diagnosticadas com AIDS⁵¹.

Segundo, porque tal gradação representa apenas uma classificação esquemática, que serve para uma primeira orientação ao examinador da possível violação do direito geral de personalidade, havendo, de resto, dúvidas quanto às suas delimitações entre si, não podem ser tais fronteiras consideradas estanques e incomunicáveis.

Finalmente, as esferas da personalidade também não podem ser compreendidas espacialmente, mas sempre no contexto social e psicológico⁵².

⁴⁷ A respeito, vide Dimoulis; Martins (2014, p. 120 ss.)

⁴⁸ Cf. com mais referências: Michael; Morlok (2016, p. 217).

⁴⁹ Cf. Michael; Morlok (2016, p. 217).

⁵⁰ Cf. *ibid.*

⁵¹ Sobre essa banalização do argumento da violação do princípio fundamental da dignidade humana, vide com muitas referências à discussão germânica, em que o problema já foi, há muito, verificado: Martins (2014, p. 65 s.).

⁵² Cf. Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 99 s.).

Deve-se partir da autocompreensão⁵³ do direito fundamental, trazida a termo por seu próprio titular. Isso relativiza ainda mais a tentativa objetivista da delimitação entre esferas mais (íntima e privada) ou menos (social) carecedoras de proteção; e cujas intervenções estatais nelas devam ser submetidas a um ônus justificador maior ou menor por parte do Estado.

As peculiaridades dos direitos fundamentais mencionados no art. 5º, X da CF, que seguiram por seu teor aproximadamente essa teoria das esferas não devem, portanto, levar ao equívoco de desconsiderar as apontadas intersecções e imprecisões.

1.2 Peculiaridades do direito fundamental à intimidade

A intimidade é, sem dúvida, pertinente à esfera mais nuclear da personalidade. Isso a coloca próxima do conceito constitucional de dignidade humana que foi, no art. 1º, III da CF, definido pelo constituinte como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e não como um “mero” – porque restringível – direito fundamental. Todavia se, por exemplo, a sexualidade é vista, por muitos, como evidentemente pertinente à esfera íntima. Outros, porém, a consideram como pertinente à esfera privada, sendo cada vez mais pública ou, até mesmo, “social”, para se valer do termo usual aplicado à esfera da personalidade mais marginal e distante do núcleo intangível da esfera íntima (“intangível” esta, porque ligada à dignidade humana). São muitas as dificuldades de se verificar, com suficiente clareza, se uma dada intervenção recai ou não sobre a área nuclear da intimidade correspondente ao referido núcleo intangível.

De outra feita, a fronteira entre as esferas íntima e privada (por vezes também chamada de familiar) é, igualmente, difícil de ser traçada. Resta, portanto, a autocompreensão do titular do direito como critério de avaliação para aferição da conduta a ser ressaltada do Estado ou que, pontualmente, implique a necessidade

⁵³ Com base em uma teoria liberal dos direitos fundamentais (Martins, 2012, p. 28-43), a autocompreensão do titular do direito fundamental é um critério relativamente idôneo tanto para aferição do alcance de um direito, quanto para se determinar ou ao menos revelar um indício da intensidade de intervenções estatais em seu livre exercício. Isso será determinante para a aplicação do limite ao poder do Estado de limitar direitos fundamentais a ser definido pela aplicação do princípio da proporcionalidade (Martins, 2012, p. 139-155). A autocompreensão é critério especialmente profícuo para a delimitação do alcance e dos limites de direitos fundamentais outorgados pelo constituinte sem limite expresso, como é o caso da liberdade de expressão artística com fulcro no art. 5º, IX da CF (cf. Martins, 2015, p. 29; 33-37; e, em geral: Morlok, 1993).

de uma atuação preventiva em face de agressões particulares, no sentido da teoria do dever estatal de tutela⁵⁴.

1.3 Peculiaridades do direito fundamental à vida privada

A esfera intermediária da personalidade correspondente à vida privada tem, como primeira peculiaridade, na sua comparação com a esfera íntima nuclear, a possibilidade geral de haver intervenções estatais justificáveis constitucionalmente. As relações familiares, que em regra são identificadas como pertinentes à esfera privada, são marcadas, normativamente, pelo direito privado de família, com seus lastros jusfundamentais, tais como precipuamente o art. 226 da CF. Subsidiariamente, incide a proteção do art. 5º, *caput* c.c. art. 5º, X da CF, para a proteção aqui já não mais absoluta da vida privada.

1.4 Peculiaridades do direito fundamental à honra

O direito fundamental à honra cobre um aspecto da personalidade que permeia a intersecção entre as esferas privada e social, sendo o exemplo mais claro do tênue caráter de tal demarcação de fronteira. Assim, a clássica distinção entre honra subjetiva e honra objetiva⁵⁵ marca a transposição das duas esferas em pauta.

A honra subjetiva condiz com a pretensão do titular de direito fundamental em ver protegido, perante seu entorno social, sobretudo contra depreciações e críticas ignominiosas de particulares, seu sentimento de autoestima, ligado ao seu valor ético-moral, seu “amor próprio”. Com isso, dependerá o aspecto da personalidade protegido, novamente, da autocompreensão do titular do direito fundamental trazido à pauta. Não obstante, estará mais sujeito ao que se costuma identificar com a esfera privada, dadas algumas circunstâncias e concorrência com o direito fundamental à consciência, e até mesmo com a esfera íntima⁵⁶.

⁵⁴ Quando se tratar do controle normativo abstrato, parte-se da medida do chamado “homem médio”. Quando se tratar de controle incidental ou concreto, o órgão jurisdicional poderá verificar ao colher a prova como o titular do direito atingido vê a afetação de seu direito, se como afetação da esfera íntima ou tão somente da esfera privada.

⁵⁵ Distinção que também não é unânime na literatura jurídica especializada pátria (crítico: Bitencourt, 2008, p. 281), mas que oferece sim um primeiro indício classificatório de intensidades das potenciais violações. Em geral, cf. Novelino (2012, p. 501).

⁵⁶ A liberdade de consciência implica, entre outros, o direito de foro íntimo a pensar de acordo com um imperativo ético ou moral que determine regras de comportamento, as quais sejam, de modo incontornável, cogentes para o titular do direito atingido.

A afetação da honra subjetiva por particular é sancionada pelos tipos normativo-penais, que implicam intervenções nos direitos fundamentais de comunicação. Em primeiro lugar, trata-se do tipo penal da injúria, principalmente, sendo que os demais tipos penais da difamação e da calúnia têm o condão de, por sua vez, proteger, em primeira linha, a chamada honra objetiva.⁵⁷ Por isso, o conceito de honra objetiva é praticamente idêntico ao direito fundamental à (própria imagem) a ser visto a seguir.

1.5 Peculiaridades do direito fundamental à imagem

O direito fundamental à (própria) imagem, decorrência do aspecto de projeto de personalidade (autonomia) ligada à autoexposição, tal qual definida pelo titular do direito fundamental em apreço e ligada à chamada honra objetiva, é elemento partícipe do patrimônio imaterial implícito na construção de biografias.⁵⁸ Dispensável ressaltar o valor de uma boa imagem na esfera social da personalidade de cada pessoa na sociedade da informação digitalmente processada e comunicada, em que se vive hodiernamente.

Contraposto ao direito fundamental à honra (subjetiva), o direito fundamental à imagem pode levar, no âmbito cível infraconstitucional, à aferição de um dano material (ou também “moral”) com correspondentes condenações⁵⁹.

2 ALCANCE DA ÁREA DE PROTEÇÃO

Depois de apresentado acima o recorte da realidade social e psíquica sobre o qual incide a normatividade do art. 5º, X da CF, resta, no presente tópico, investigar, com a maior precisão possível, quais são as concretas condutas individuais e situações em princípio ressaltadas da intervenção estatal.

⁵⁷ Isso porque independentemente da afetação do aspecto da autoestima, o que se atinge é a reputação do titular, o que é relevante, economicamente falando.

⁵⁸ Cf. em geral, STF-ADI 4.815 (“Biografias não autorizadas”).

⁵⁹ Nesse sentido, o art. 5º, V da CF determina um mandado legislativo implícito: o legislador deve regulamentar o direito de resposta a fim de viabilizá-lo. Contudo, o STF, na ADPF 130, julgou a antiga lei de imprensa incompatível com a ordem constitucional instaurada em 5 de outubro de 1988, sendo responsável por uma inconveniente lacuna legislativa. Cf. a crítica e aprofundada abordagem de Martins (2012, p. 239-277).

2.1 Conduas e situações especificamente protegidas

Apesar de o constituinte ter apresentado um rol das principais acepções dos direitos gerais de personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem), não deve ser o art. 5º, X da CF, principalmente quando aplicado na combinação com o art. 5º, *caput* da CF – reforço da área de proteção –, (mal) compreendido como tendo fixado um rol fechado. A proteção do art. 5º, *caput* (liberdade) c.c. art. 5º, X da CF, estabelece uma abertura conceitual, tendo em vista o que está implícito no texto do dispositivo. Nesse sentido, o que se protege com os direitos gerais de personalidade é, conforme já explicado, a possibilidade de o indivíduo, titular do direito fundamental, livremente desenvolver sua personalidade.

Cada titular tem o direito de livremente elaborar um projeto de desenvolvimento de personalidade como expressão de sua autonomia.⁶⁰ Como visto, a autonomia pode ser mais bem definida a partir das perspectivas da autodeterminação, autopreservação e autoexposição. No mais, há de se reconhecer, na combinação do art. 5º, X com o *caput* do mesmo dispositivo constitucional e sua tutela da liberdade, a proteção de condutas não necessariamente relevantes para o desenvolvimento da personalidade, correspondentes à tutela subsidiária da liberdade geral de ação⁶¹.

Sob *autodeterminação* podem ser entendidas todas as condutas individuais que servem à criação de uma identidade biográfica. Assim, por exemplo, asseguram-se, entre outros, o “direito de se certificar da própria identidade e a liberdade de não ser agravado, de tal modo a afetar, massivamente, a construção e afirmação da identidade”⁶². Assim, não se pode retirar do titular, entre outros, o conhecimento sobre sua própria origem genética⁶³, não se pode proibi-lo de manter seu nome⁶⁴ ou sua orientação sexual⁶⁵. No mais, entre muitos outros, não se pode vedar sua escolha sobre ter ou não filhos⁶⁶ ou denegar uma pretensão a um novo

⁶⁰ Cf. Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 98 s.).

⁶¹ Essa dicotomia fundamental de direito de personalidade e liberdade geral de ação vem sendo aplicada pela jurisprudência e literatura jurídico-constitucional especializada alemã desde os primórdios da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e, portanto, desde os anos 1950, para a interpretação do muito abstrato teor do Art. 2 I da *Grundgesetz* (Constituição alemã), segundo o qual: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade [...]”.

⁶² Cf. Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 98).

⁶³ Cf., na jurisprudência do TCF alemão, por último: BVerfGE 96, 56 [63]. Este e os demais casos a seguir citados também foram citados por Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 98 s.)

⁶⁴ Cf. também por último: BVerfGE 115, 1 [14].

⁶⁵ Cf. também por último: BVerfGE 128, 109 [124].

⁶⁶ Cf. também por último: BVerfGE 88, 203 [254]. Cf. principais excertos anotados em: Martins (2005, p. 273-294).

começo após cumprimento de condenação penal e execução de pena de reclusão e, assim, uma pretensão à ressocialização⁶⁷.

A *autopreservação* diz respeito à contribuição que o “estar recluso”, o “afastar-se da comunidade social e política” faz ao projeto de personalidade do titular do direito fundamental⁶⁸. Nesse sentido, sobretudo alguns âmbitos tradicionalmente correspondentes à vida privada ou à “esfera íntima”, tais como a sexualidade e todos os gostos e comportamentos individuais, os quais o titular não queira compartilhar com ninguém ou apenas com um grupo seletivo de pessoas por ele determinado, dizem respeito à perspectiva da autopreservação, como uma das perspectivas da autonomia. O direito ao sigilo de informações pessoais faz parte da área de proteção do sistema de direitos fundamentais previsto no inciso X em comento com o *caput* do art. 5º (“liberdade”) da CF.

Finalmente, a *autoexposição* corresponde a todas as escolhas do titular do direito fundamental em tela, que condigam com a forma e o modo como o titular deseja se apresentar à coletividade. Com efeito, os direitos à própria imagem e à própria voz representam as mais relevantes vertentes de tal perspectiva da autonomia⁶⁹.

Também o direito fundamental à autodeterminação informacional ou à proteção sobre dados pessoais pode ser entendido como acepção dessa perspectiva da autonomia⁷⁰. Tal direito foi cunhado, no direito comparado alemão, pelo próprio Tribunal Constitucional Federal daquele país. Tratar-se-ia de um direito derivado do direito fundamental subsidiário ao “livre desenvolvimento da personalidade” (Art. 2 I GG). Por ele, o titular poderia “decidir, em princípio autonomamente, quando e dentro de quais limites fatos da vida pessoal serão revelados”⁷¹. As informações pessoais protegidas aqui “independem, totalmente, da esfera da qual proveem, [sendo todas] sensíveis e necessitadas de proteção, porque – sobretudo por meio do processamento e conexão digitais, pode um dado, em si desimportante, adquirir um novo status – não existe [portanto] ‘dado

⁶⁷ Nesse sentido, há várias decisões do TCF alemão, sendo o *leading case* bastante citado na discussão pátria o caso “Lebach”: BVerfGE 35, 202 [235 s.]. Cf. principais excertos anotados em: Martins (2005, p. 486-495).

⁶⁸ De maneira similar argumentam assim também Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 99 s.).

⁶⁹ Cf. com muitos exemplos extraídos da jurisprudência do TCF alemão: Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 100 s.).

⁷⁰ Cf. Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher, *ibid.*, p. 100 s.

⁷¹ Cf. BVerfGE 65, 1 [42 s.]. Cf. os principais excertos anotados dessa decisão do TCF alemão em: Martins (2005, p. 233-245).

desimportante”⁷². De resto, porque esse direito protege apenas contra levantamentos pontuais de dados, o TCF alemão derivou, em 2008, do direito geral de personalidade do Art. 2 I GG, um direito contra a infiltração nos sistemas computadorizados como um todo, o “direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade de sistemas técnico-informáticos”,⁷³ i.e., contra o uso de vigilância estatal da internet, razão pela qual alguns o chamam também de “direito fundamental à liberdade de internet”⁷⁴.

Ambas as derivações da aceção de autoexposição descritas podem ser encontradas na interpretação do art. 5º, X da CF. Principalmente a última derivação da garantia da confidencialidade e integridade de sistemas computadorizados pode ser pertinente também à perspectiva da autopreservação⁷⁵.

2.2 Liberdade para o exercício negativo

Os direitos gerais de personalidade do art. 5º, X da CF, só podem ser considerados direitos fundamentais e não, também, deveres fundamentais, caso seja igualmente reconhecida a liberdade para o “exercício negativo”. Liberdade *para* o exercício negativo corresponde ao direito a não se valer do direito outorgado constitucionalmente, ou a não comportar-se de acordo com aquilo que faz parte da área de proteção da norma⁷⁶. Isso porque tal norma abre uma possibilidade de ação em dado sentido, mas não prescreve um dever, muito menos uma obrigação específica.

Há, nesse sentido, a possibilidade de se exercer um direito fundamental “negativamente”, ao lado do ordinário exercício positivo. Relevante será essa compreensão da área de proteção de direito fundamental toda vez que se estiver diante de uma imposição do exercício do direito fundamental pelo Estado, tal qual ocorre com o direito ao voto (sufrágio universal). É o que pode ser imaginado em

⁷² Cf. Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 100).

⁷³ Cf. BVerfGE 120, 274 [302], também referido por: Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 101). Cf. principais excertos anotados por Martins (2016).

⁷⁴ Cf. na vasta literatura jurídica especializada alemã que já resenhou e analisou criticamente essa nova derivação feita pelo TCF alemão (cf. BVerfGE 120, 274 ss.; e os principais excertos anotados no vernáculo em Martins, 2016) do direito fundamental de personalidade, apresentando-o, também didaticamente, para aproveitamento na formação jurídica de graduação (em cursos de direitos fundamentais, portanto): Schmidt (2015, p. 113); Michael; Morlok (2016, p. 219 s.); e Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015, p. 101).

⁷⁵ Trata-se de distinguir as faculdades de seus titulares de resistirem à intervenção, primeiro, no “se” dados e informações poderão ser, por excelência, acessados (autopreservação); e, em segundo lugar, no “como” os mesmos poderão ser acessados (autoexposição).

⁷⁶ Cf. Dimoulis; Martins (2014, p. 137-141).

certas conjunturas fáticas, nas quais o Estado pretenda promover valores ético-morais e de cidadania e, para tanto, sancione ou crie qualquer tipo de embaraço a quem não exerça, efetivamente, o direito. Contra intervenções estatais “paternalistas” desse tipo, os direitos fundamentais do art. 5º, X da CF, oferecem a mesma pretensão jurídico-material de resistência que conferem àqueles que sofram algum ônus ou que sejam impedidos de exercer positivamente o direito fundamental⁷⁷.

3 TÍPICAS INTERVENÇÕES ESTATAIS

3.1 Relevância da verificação da intervenção e de sua intensidade

Para se verificar uma violação de direito fundamental pressupõem-se uma análise de seu alcance específico (alcance da área de proteção) e uma intervenção estatal nela. É a intervenção estatal o fato censurável em razão da norma definidora de direito fundamental.⁷⁸ Porém, a intervenção é só potencialmente violadora, porque o direito fundamental em tela, como ocorre com todos os direitos fundamentais, foi outorgado pela CF com certos limites. A aplicação de tais limites deverá, por sua vez, atender a determinadas condições. Trata-se, principalmente, de se observar o limite recíproco, fundado no próprio vínculo do legislador e demais órgãos estatais aos direitos fundamentais que é a presença da proporcionalidade entre o meio de intervenção e o propósito lícito perseguido pela autoridade estatal interventora.

Contudo, a aplicação do critério da proporcionalidade, como se verá também apenas no segundo referido ensaio, processa-se em quatro etapas. A etapa final e decisiva é a fase da aferição da necessidade da intervenção, a qual se processa com a comparação entre alternativas adequadas ao propósito perseguido, tendo em vista as intensidades dos respectivos impactos no direito fundamental, cuja violação, em princípio e como hipótese, avalia-se. “Final e decisivo” é o subcritério da necessidade pelo menos quando o exame já não é encerrado antes por não ser a intervenção pautada no limite constitucional previsto para o direito fundamental em tela, como se verá também no referido segundo ensaio complementar ao presente.

⁷⁷ Dimoulis; Martins, *ibid.*

⁷⁸ Cf. com mais referências: Dimoulis; Martins (2014, p. 141-151).

Daí ser imprescindível buscar critérios para se aferir a intensidade da intervenção como elemento preparatório para a aplicação do critério da proporcionalidade.

Também há de se diferenciar, até estruturalmente falando, entre intervenções legislativas, administrativo-executivas e judiciais.

3.2 Intervenções legislativas

Intervenções legislativas decorrem tanto do resultado de processos legislativos ordinários para a produção de todas as espécies normativas elencadas no art. 59 da CF quanto de atos normativos infralegais de responsabilidade de órgãos da Administração Pública/Poder Executivo. Intervenções legislativas atingem os titulares dos direitos fundamentais em tela abstratamente, geralmente ao prever obrigações cominadas com sanções que representem um óbice ao exercício mais amplo dos direitos fundamentais em pauta.

A intensidade da intervenção independe do fato de ser “apenas” legislativa. No contexto do levantamento de dados pessoais e sua administração, autorizados por legislação ordinária com outorga de competência a órgãos do Poder Executivo, a intensidade da intervenção no direito à autodeterminação informacional e à confidencialidade dos sistemas computadorizados pode alcançar enormes proporções. A intensidade pode crescer a tal ponto de ser necessária, no direito comparado alemão, por exemplo, a viabilização de uma reclamação ou queixa constitucional promovida pelo titular do direito fundamental diretamente contra a lei ou o ato normativo.⁷⁹ Isso ocorre pouco importando quão próxima da Constituição, do ponto de vista hierárquico, a espécie normativa interveniente esteja, abrangendo, inclusive, o controle de Propostas de Emenda Constitucional. Voltar-se diretamente contra a lei é, nesse contexto, imperativo, porque as intervenções concretas na autodeterminação informacional e no já assim alcunhado “direito fundamental de internet” ocorrem sem o conhecimento do titular do direito fundamental. Mesmo que a lei determine o levantamento de dados pessoais com a ciência do titular do direito fundamental, permanece sendo a intensidade bastante elevada, tendo em vista os riscos envolvidos na administração dos dados pessoais na era da IT.⁸⁰

⁷⁹ Sobre o procedimento previsto no direito processual constitucional alemão, v. Martins (2011, p. 8, 12, 37 ss.).

⁸⁰ Da jurisprudência constitucional alemã, cf. BVerfGE 65, 1 [43] (*Volkszählungsurteil*), seus principais excertos no vernáculo, síntese e anotações explicativas por: Martins (2005, p. 233-245);

3.3 Intervenções administrativo-executivas

As intervenções administrativo-executivas por serem concretas podem ser bastante intensas. Sua relevância para a dogmática jusfundamental é, contudo, diminuída pelo fato de a Administração Pública ser estritamente vinculada à lei. Mesmo quando a lei lhe conferir certa margem discricionária, esta poderá ser revista como exercício de poder estatal vinculado a todos os direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, que, por sua vez, deverá fazê-lo à luz dos direitos fundamentais que incidam na espécie⁸¹.

3.4 Intervenções judiciais

As intervenções estatais mais recorrentes no contexto dos direitos fundamentais em apreço são, indubitavelmente, as intervenções implícitas na atividade jurisdicional em sentido estrito, i.e., no exercício de sua função de interpretar e aplicar todo o direito, incluindo, obviamente, o direito infraconstitucional.

IV CONCLUSÕES INTERMEDIÁRIAS

No presente ensaio ocupou-se, fundamentalmente, da interpretação sistemática dos direitos fundamentais de personalidade tais quais garantidos no art. 5º, X da CF, com vistas à verificação de seu alcance e das principais hipóteses de intervenções estatais potencialmente violadoras. Em apertada síntese, conclui-se ao cabo dessa primeira etapa:

1. Os direitos fundamentais positivados no art. 5º, X da CF, configuram um sistema de proteção de direitos fundamentais de personalidade que tem a pretensão de ser livre de lacunas. Por sua interpretação sistemática com os direitos fundamentais concorrentes à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI da CF) e ao sigilo das comunicações interindividuais (art. 5º, XII da CF), reforça-se o reconhecimento da abrangente outorga dos direitos fundamentais em apreço.

2. No sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais de personalidade, há direitos concorrentes, entendidos como tais – em oposição aos

e, por último: BVerfGE 120, 378 [399], e, novamente, seus principais excertos no vernáculo, síntese e anotações explicativas por: Martins (2016). Trata-se de dois direitos fundamentais de personalidade trazidos à vida pelo TCF alemão a partir do, já no texto citado, dispositivo constitucional: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade” (Art. 2, I GG).

⁸¹ Martins (2012, p. 97-99; 100-102).

direitos colidentes – os direitos fundamentais que outorgam diferentes aspectos da liberdade individual, respaldando as mesmas condutas dos mesmos titulares de direitos fundamentais. Concorrentes aos direitos fundamentais do art. 5º, X da CF, são o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio do art. 5º, XI da CF e o direito fundamental do sigilo de comunicações interindividuais do art. 5º, XI da CF. Ambos representam *lex specialis* em relação aos direitos fundamentais de personalidade estudados, devendo ser aplicados, exclusivamente, sempre que se tratar de aspecto da intimidade espacial (inc. XI) ou da confidencialidade de comunicantes com o uso de tecnologias de comunicação à distância (inc. XII).

3. Os direitos fundamentais do art. 5º, X da CF, são, pelo menos em primeira linha, direitos fundamentais de *status negativus*. Como tais, determinam a abstenção em princípio pelo Estado de medidas que intervenham de modo potencialmente violador na sua área de proteção normativa.

4. Titulares dos direitos fundamentais em pauta podem ser tão somente os brasileiros e os estrangeiros residentes no país conforme a regra do *caput* do art. 5º da CF. A exclusão, a contrário sensu, do estrangeiro não residente, apenas guarda relevância em face do Poder Legislativo, mas não dos demais poderes, uma vez que, perante a Administração e o Judiciário, “todos são iguais perante a lei”. Também a pessoa jurídica pode ser titular de parte dos direitos em análise, principalmente do direito fundamental à imagem, por ser tal direito compatível com a artificialidade da pessoa jurídica.

5. Embora os direitos fundamentais em apreço, a exemplo do que ocorre com todos os direitos fundamentais, não tenham eficácia horizontal direta, sendo a eles imediatamente vinculantes apenas os órgãos estatais dos três poderes, há uma relevância indireta para os particulares. Isso porque tais direitos frequentemente podem sofrer restrição a partir de uma colisão proveniente do exercício de outro direito fundamental. Em todo caso, trata-se de uma mais bem definida eficácia do direito fundamental perante o Poder Judiciário, que deve decidir lides à luz (“eficácia de irradiação”) também dos direitos fundamentais em tela.

6. Os direitos fundamentais do art. 5º, X da CF, podem ser classificados quanto às esferas da personalidade a que pertenceriam e que seriam atingidas por medidas estatais. Desde a esfera íntima, passando pela esfera privada ou familiar, até a esfera social da personalidade, estaria presente uma gradação de vulnerabilidade e correspondente necessidade maior ou menor de rigor no controle

da medida estatal potencialmente violadora. Mas as esferas da personalidade não são estanques e tal classificação serve apenas como um mero indicativo da intensidade do impacto de uma intervenção estatal nos respectivos direitos fundamentais.

7. Em síntese, o que se protege com os direitos fundamentais de personalidade estudados é a possibilidade de o titular, livremente, desenvolver sua personalidade, como expressão de sua autonomia. Autodeterminação, autopreservação e autoexposição são os conceitos que apresentam três facetas do esboço geral de personalidade que cada um pode livremente desenvolver. Sob “autodeterminação” podem ser entendidas todas as condutas individuais que sirvam à criação de uma identidade biográfica. Já autopreservação diz respeito à contribuição que o “estar recluso” presta ao desenvolvimento do projeto de personalidade do titular. Por fim, a autoexposição refere-se à forma e ao modo como o titular deseja se apresentar à coletividade.

8. Os direitos fundamentais do art. 5º, X da CF, também podem ser exercidos “negativamente”, pois os titulares não podem ser obrigados a exercer seus direitos, a comportar-se conforme a esfera de liberdade reservada e confiada pelo constituinte, exclusivamente, ao titular do direito fundamental.

9. Intervenções estatais representam violações potenciais dos direitos fundamentais em apreço. A depender da presença de limites constitucionais, de sua aplicação e do modo de aplicação (ônus estatal de justificação) representarão, ao cabo do exame de constitucionalidade, intervenções justificadas ou violações do art. 5º, X da CF. As intervenções estatais são o fato censurável, o fato subsumido sob o suporte fático ou hipótese normativa supra analisado. Elas podem ser legislativas, executivo-administrativas ou judiciais. Principalmente as intervenções legislativas, ainda que não atuais, podem representar intervenções estatais intensas. As intervenções administrativas acabam sendo controladas pelo Judiciário já tendo em vista o comezinho controle de sua legalidade. Restam aqui, como intervenções estatais mais frequentes, as judiciais, que se encontram implícitas na forma como o Judiciário decide aquelas lides que envolvam afetação dos direitos em pauta pela interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais. Nesse contexto, frequentemente estarão presentes colisões entre os direitos fundamentais em tela e os direitos fundamentais de comunicação individual ou social.

6 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.
- Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.
- JELLINEK, Georg von. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg: Mohr, 1892.
- MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINS, Leonardo. **Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão [com um ensaio de Bernhard Schlink: “Questões atuais da proteção da vida pré-natal”]**. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARTINS, Leonardo. Direito constitucional à expressão artística. In: Mamede, Gladston; Franca Filho, Marcílio Toscano; Rodrigues Junior, Otavio Luiz (org.). **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29-86.
- MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais [obra em 5 volumes. Vol. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade]**. 2016, no prelo.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Grundrechte**. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- MORLOK, Martin. **Selbstverständnis als Rechtskriterium**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1993.
- NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: conceito e sistematização [dissertação de mestrado em direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, 2013]**. Porto Alegre: Fabriz, 2016 (no prelo).
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: GEN-Método, 2012.
- OLIVEIRA, Renata Camilo de Oliveira. **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat**. Duncker & Humblot: Berlin, 2013.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. **Grundrechte**. Staatsrecht II. Heidelberg: C. F. Müller, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHLINK, Bernhard. Questões atuais da proteção da vida pré-natal. In: MARTINS, Leonardo. **Bioética à luz da liberdade científica**: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014, p. 182-203.

SCHMIDT, Rolf. **Grundrechte**. Sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde. 19. ed. Grasberg bei Bremen: Rolf Schmidt, 2016.