

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^{1/2}

FUNDAMENTAL RIGHTS TO PRIVACY, PRIVATE LIFE, HONOUR AND THE IMAGE OF PERSONS (ARTICLE 5, X, CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL): CONSTITUTIONAL LIMITS AND CONSTITUTIONAL JUSTIFICATION FOR THE IMPOSITION OF THESE LIMITS

GRUNDRECHTE AUF INTIMSPHÄRE, PRIVATLEBEN, EHRE UND ANSEHEN (ART. 5, X BRVERF): ZU IHREN VERFASSUNGSRECHTLICHEN SCHRANKEN UND VERFASSUNGSRECHTLICHER RECHTFERTIGUNG DEREN DURCHSETZUNG

*Leonardo Martins*³

Resumo

O ensaio apresenta a segunda parte de um estudo a respeito da interpretação sistemática dos direitos fundamentais de personalidade tutelados pelo inciso X do art. 5º da CF. Seu objeto específico é composto, primeiro, pelo sistema de limites constitucionais aos direitos fundamentais em tela. Em segundo plano, o presente ensaio ocupa-se das condições de aplicação do sistema de limites que seja compatível com a outorga original em face do art. 5º, X da CF. Tais condições restam examinadas ao cabo de uma tentativa de justificação constitucional em face de uma afirmada inconstitucionalidade de norma infraconstitucional ou de sua interpretação e aplicação pelo Judiciário. O objetivo central é municiar os pesquisadores e operadores do direito com ferramentas teóricas, metodológicas e jurídico-dogmáticas suficientes ao cumprimento da tarefa da verificação ou refutação de uma hipótese de violação do art. 5º, X da CF. Para o alcance desse

¹ Artigo recebido em: 20/10/2016. Aceito para publicação em: 24/10/2016.

² Trata-se da segunda parte do complexo temático introduzido na última edição de *Ius Gentium* (cf. Martins, 2016a: 105-132). Naquela contribuição, tratou-se, em suma, do alcance específico do direito fundamental em tela tendo em vista as faculdades jurídico-subjetivas que dele derivam, enquanto que nesta o objeto de análise são os limites constitucionais ao direito fundamental do art. 5º, X da CF e os critérios para uma imposição de tais limites que ocorra de modo compatível com o parâmetro jusfundamental do art. 5º, X da Constituição Federal.

³ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1994). Mestre (LL.M.) em Jurisdição Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin (1997), Alemanha. Doutor (Doctor Iuris) em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin (2001), Alemanha. Pós-doutor 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). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Foi Professor Visitante na Humboldt-Universität zu Berlin (de 2001 a 2012). Conselheiro Editorial da Revista IUS GENTIUM (ISSN 2237-4965). *E-mail*: <leonardomartins1@yahoo.de>.

objetivo, o ensaio é estruturado em três principais tópicos: a delimitação entre leis interventoras e leis configuradoras de conteúdo com a identificação da espécie de limite constitucional previsto pelo constituinte aos direitos fundamentais do art. 5º, X da CF; a apresentação do critério da proporcionalidade para o controle de intervenções legislativas e, finalmente, alguns critérios adicionais para a interpretação judicial dos limites e solução de inevitáveis colisões entre os direitos fundamentais do art. 5º, X da CF e outros.

Palavras-chave: Direitos fundamentais de personalidade. Limites a direitos fundamentais. Princípio da Proporcionalidade.

Abstract

The paper presents the second part of a study on the systematic interpretation of the fundamental rights of personality protected by the Brazilian constitution on its article 5, section X. The specific objectives are, first, to study the system of constitutional limits to these fundamental rights and, second, to deal with the conditions for applying this system of constitutional limits in a way that is compatible with the original entitlements as they appear in the article 5, section X of the Brazilian federal constitution. Such conditions are examined in the form of a constitutional justification in the face of an allegedly unconstitutional infra-constitutional norm or the allegedly unconstitutional interpretation and application given to such a norm by the judiciary. But the general objective of the paper is to equip researchers and jurists with theoretical, methodological and legal-dogmatic tools that will aid them in the task of confirming or refuting a hypothesis of violation of Art. 5, section X of the Brazilian constitution. To achieve all these objectives, the paper is divided in three parts: a distinction between intervening laws and laws that substantiate contents through identifying the kind of constitutional limits used by the constituent in art. 5, section X of the Brazilian federal constitution; presenting the proportionality test for the constitutional review of legislative interventions; and finally presenting some additional criteria for judicial interpretation of the limits and possible solutions to the inevitable collisions that will arise between the fundamental rights inscribed in art. 5, section X, Brazilian federal constitution and other fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights of personality. Limits of constitutional rights. Principle of proportionality.

Summary

Der Beitrag stellt den zweiten Teil einer Studie über die systematische Auslegung der durch Art. 5, X der brasilianischen Verfassung (im Folgenden: brVerf) gewährleisteten Grundrechte zum Schutz der Persönlichkeit dar. Sein spezifischer Gegenstand wird zunächst durch das den betreffenden Grundrechten geltende verfassungsrechtliche Schrankensystem gebildet. Des Weiteren werden die Bedingungen ihrer am Maßstab des Art. 5, X brVerf bewirkten grundrechtskonformen Anwendung im Sinne eines Versuches der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer behaupteten Verfassungswidrigkeit von einer Norm des einfachen Rechts oder deren Auslegung und Anwendung durch die Judikative herangezogen. Das Hauptziel ist es, Forschern und Rechtsanwendern die theoretischen, methodologischen und rechtsdogmatischen Instrumente in die Hände zu geben, welche die Erfüllung der Aufgabe der Feststellung oder Nichtfeststellung einer Hypothese der Grundrechtsverletzung entscheidend fördern. Um dieses Ziel zu erreichen, wird der vorliegende Beitrag in drei Hauptteilen gegliedert. Erstens wird es die Abgrenzung zwischen Eingriffsgesetzen und Ausgestaltungsgesetzen samt Klassifizierung der Art von verfassungsrechtlicher Schranke zu den Grundrechten des Art. 5, X brVerf, die vom Verfassungsgeber vorgesehen worden ist, näher untersucht. Zweitens beschäftigt sich der Beitrag mit

der Darstellung des Kriteriums der Verhältnismäßigkeit für die Kontrolle von gesetzgeberischen Eingriffen. Drittens werden es einige Zusatzkriterien für die richterliche Auslegung der Schranken und die Lösung der unvermeidbaren Kollisionen von den Grundrechten aus Art. 5, X brVerf mit anderen herausgearbeitet.

Schlüsselbegriffe: Persönlichkeitsgrundrechte. Grundrechtsschranken. Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Sumário: 1. *Introdução; I. Configurações infraconstitucionais e limites constitucionais ao art. 5º, X da CF: uma indispensável distinção; 1. Introdução ao problema da delimitação conceitual e jurídico-dogmática entre configuração infraconstitucional e intervenções legislativas; 2. Configurações do art. 5º, X da CF no Código Civil (direitos de personalidade); 3. Limites constitucionais ao art. 5º, X da CF; 3.1. Reservas legais; 3.2. Direito constitucional colidente; II. Justificação constitucional da imposição dos limites I: Proporcionalidade de leis e atos normativos intervenientes; 1. Caso concreto para estudo, análise e prova; 2. Proporcionalidade como cumprimento definitivo do ônus argumentativo; 2.1. Conceito e papel (do princípio) da proporcionalidade; 2.2. Verificação do propósito da lei interveniente e sua licitude; 2.3. Verificação do ato normativo como meio interventivo lícito; 2.4. Adequação do meio em face do propósito; 2.5. Necessidade do meio em face do propósito; 2.6. Proporcionalidade “em sentido estrito” (ponderação) do meio em face do propósito?; III. Justificação constitucional da imposição dos limites II: Da eficácia de irradiação dos direitos fundamentais como vínculo do Judiciário à proporcionalidade na e da interpretação judicial; 1. Eficácia de irradiação como vínculo do Judiciário; 2. Colisão com direitos fundamentais de terceiros; 2.1. Colisão com o direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV da CF); 2.2. Colisão com o direito fundamental à liberdade artística (art. 5º, IX da CF); 2.3. Colisão com os direitos fundamentais de comunicação social (art. 5º, IX da CF); 3. Solução concreta da colisão: proporcionalidade na interpretação judicial; 3.1. Critério ceteris paribus; 3.2. Autocontenção judicial.*

Table of contents: *Introduction. I. Infra-constitutional configurations and constitutional limits to art. 5, X, CFRB: a necessary distinction. 1. Introduction to the problem of conceptual and legal-dogmatic distinction between infra-constitutional configuration and legislative intervention. 2. Art. 5, X, CFRB's configuration on the Brazilian Civil Code (rights of personality). 3. Constitutional limits to art. 5, X, CFRB. 3.1 Legal reserves. 3.2 Colliding constitutional law. II. Constitutional justification for the use of constitutional limits I: The proportionality of intervening laws and normative acts. 1. Concrete case for study, analysis and test. 2. Proportionality as definitive fulfillment of the argumentative burden. 2.1 Concept and function of (the principle of) proportionality. 2.2 Verification of the intervening law's purpose and legality. 2.3 Verification of the normative act as a lawful intervention. 2.4 Adequacy between the means and their purpose. 2.5 Necessity of the means in the face of their purpose. 2.6 Proportionality "in the strict sense" (weighting) of the means in the face of the purpose? III. Constitutional justification for the use of constitutional limits II: The fundamental rights' irradiation effect as binding the Judiciary to proportionality in and of judicial interpretation. 1. Irradiation effect as binding the Judiciary. 2. Collision with the fundamental rights of third parties. 2.1 Collision with the fundamental right to freedom of speech (art. 5, IV, CFRB). 2.2 Collision with the fundamental right to artistic freedom (art. 5, IX CFRB). 2.3 Collision with the fundamental right to freedom of massmedia (art. 5, IX, CFRB). 3. Concrete solution for collisions: proportionality in judicial interpretation. 3.1 Ceteris paribus criterion. 3.2 Judicial self-restraint.*

Inhalt Einleitung: I. Einfachrechtliche Ausgestaltungen und verfassungsrechtliche Schranken zum Art. 5, X brVerf: eine unerlässliche Begriffsabgrenzung. 1. Einleitung in das Problem der begrifflichen und rechtsdogmatischen Abgrenzung zwischen einfachrechtlicher Ausgestaltung und legislativen Eingriffen. 2. Ausgestaltungen des Art. 5, X brVerf im Bürgerlichen Gesetzbuch (Persönlichkeitsrechte). 3. Verfassungsrechtliche Schranken zum Art. 5, X brVerf. 3.1 Gesetzesvorbehalte. 3.2 Kollidierendes Verfassungsrecht. II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Schrankendurchsetzung I: Verhältnismäßigkeit von eingreifenden Gesetzen und normativen Akten. 1. Konkreter Fall für Übung, Analyse und Prüfung. 2. Verhältnismäßigkeit als definitive Erfüllung der Argumentationslast. 2.1 Begriff und Rolle (des Prinzips) der Verhältnismäßigkeit. 2.2 Feststellung des Zweckes des eingreifenden Gesetzes und deren Rechtmäßigkeit. 2.3 Feststellung des normativen Aktes als rechtmäßiges Eingriffsmittel. 2.4 Geeignetheit des Mittels zum Zweck. 2.5 Erforderlichkeit des Mittels zum Zweck. 2.6 Verhältnismäßigkeit "im engeren Sinne" (Abwägung) des Mittels zum Zweck? III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Schrankendurchsetzung II: Zum Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als Bindung der Judikative an das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Auslegung. 1. Ausstrahlungswirkung als Bindung der Judikative. 2. Kollision mit Grundrechten Dritter. 2.1 Kollision mit dem Grundrecht auf die freien Meinungsäußerung (Art. 5, IV brVerf). 2.2 Kollision mit dem Grundrecht auf die Kunstfreiheit (Art. 5, IX brVerf). 2.3 Kollision mit dem Grundrecht der Medienfreiheiten (Art. 5, IX brVerf). 3. Konkrete Lösung der Kollision: Verhältnismäßigkeit der richterlichen Auslegung. 3.1 Kriterium ceteris paribus. 3.2 Richterliche Selbstbeschränkung.

1 INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos fundamentais de personalidade tais quais tutelados pelo art. 5º, X da CF, notadamente da eficácia e alcance da norma, de um lado, bem como de seus limites, de outro, pode ser mais bem perpetrado a partir da análise da hipótese de sua violação. A dimensão da eficácia e alcance do art. 5º foi apresentada em outra oportunidade. O presente ensaio ocupa-se dos limites e critérios para aferir a compatibilidade do traçado concreto de tais limites com o parâmetro do art. 5º, X da CF.

Mesmo sem ter um caso específico como objeto do presente ensaio, distinguem-se aqui duas centrais potenciais fontes de justificação constitucional da imposição de limites: o traçado da limitação feita geral e abstratamente pelo legislador (sob II.) e pelo órgão jurisdicional que interpreta e aplica normas gerais e abstratas que sejam relevantes em face do exercício específico dos direitos fundamentais de personalidade em comento (sob III.). Antes, porém, apresenta-se o conceito, fundamentos e alcance de configurações de conteúdo infraconstitucionais de direitos fundamentais e sua delimitação em face dos limites constitucionais mais relevantes para o julgamento da hipótese de violação (sob I.).

I CONFIGURAÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS E LIMITES CONSTITUCIONAIS AO ART. 5º, X DA CF: UMA INDISPENSÁVEL DISTINÇÃO

1 INTRODUÇÃO AO PROBLEMA DA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E JURÍDICO-DOG MÁTICA ENTRE CONFIGURAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E INTERVENÇÕES LEGISLATIVAS

Somente intervenções estatais nas áreas de proteção dos direitos fundamentais são carecedoras de justificação constitucional em face do parâmetro correspondente ao direito supostamente violado. A configuração infraconstitucional do direito, também chamada de conformação ou concretização de direitos fundamentais, não implica potencial violação. Em geral, configurações infraconstitucionais definem direitos de marca normativa ou institucional ou dão maior concretude à proteção alçada ao nível constitucional. Ao cabo, amplia, não reduz a tutela constitucional⁴.

Não obstante, existem várias zonas cinzentas na delimitação entre conformação infraconstitucional de um direito e intervenção estatal legislativa nele. Sem a intenção de esgotar a discussão, fixa-se aqui a fórmula da admissão da presença de intervenção estatal em caso de dúvida (*in dubio pro libertate*)⁵.

Alguns exemplos tirados do contexto da legiferação em torno dos direitos fundamentais de personalidade em apreço denotam as dificuldades aludidas. Dentre tais exemplos, destaque-se o art. 11 do Código Civil a ser analisado no próximo tópico.

Uma vez verificada a configuração infraconstitucional, surge, no caso de sua revogação ou derrogação pelo legislador ordinário, o problema de se afirmar ou não uma intervenção na área de proteção do direito fundamental. Questiona-se se o legislador ordinário teria acrescentado, quando de sua configuração

⁴ A respeito v. o detalhado estudo de Bumke (2009: 16 s., 46-48); Dimoulis e Martins (2014: 152-154); Pieroth; Schlink; Kingreen e Poscher (2015: 60-62). Para mais aprofundamentos, cf. Cornils (2005: 676) que, ao contrário da opinião dominante, enxerga também para a configuração de um direito fundamental a necessidade de uma justificação constitucional. No entanto, tal necessidade coloca-se junto a direitos fundamentais cuja área de proteção tenha marca normativa como são as garantias de institutos jurídicos, tais como família, casamento e união estável do art. 226 da CF, do direito fundamental de propriedade, do art. 5º, *caput* e XXII da CF ou da liberdade de associação do art. 5º, XVII da CF. Não é este o caso dos direitos fundamentais de personalidade do art. 5º, X da CF: todos eles têm marca comportamental e não normativa.

⁵ Michael e Morlok (2016: 55 s.) vão além e com referência à força normativa da Constituição no sentido marcado por Hesse (1959) e seu “efeito vinculante” sustentam que se deve partir sempre de uma ampla área de proteção como regra de submissão de toda configuração ao ônus argumentativo típico da fase da justificação constitucional a ser examinada abaixo sob II. e III.

infraconstitucional do direito fundamental, conteúdos ao direito fundamental, tornando um retrocesso em princípio proibido⁶. A resposta não deve ser procurada no crivo formal da (não) autoridade do legislador ordinário para acrescentar conteúdos em normas definidoras de direito fundamental, mas sim na hermenêutica constitucional propriamente dita.

Toda vez que o legislador infraconstitucional trazer mais concretude ao teor em geral bastante abstrato e genérico de uma norma jusfundamental, ele o fará também levando em consideração um *conteúdo já implícito no teor abstrato da norma definidora de direito fundamental*. Nesse caso, ele não acrescenta nada, formalmente falando. Sua interpretação da área de proteção do direito fundamental, levada a termo no processo legislativo ordinário e, assim, positivada não acrescenta também conteúdo material à norma jusfundamental, porque sua interpretação não é vinculante. Cabe tão somente ao chamado guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, investigar se uma revogação ou derrogação de configurações infraconstitucionais representam ou não intervenções estatais legislativas carecedoras de justificção constitucional.

2 CONFIGURAÇÕES DO ART. 5º, X DA CF NO CÓDIGO CIVIL (DIREITOS DE PERSONALIDADE)

As configurações infraconstitucionais mais importantes do art. 5º, X da CF estão no “pós-constitucional” Código Civil, promulgado em 2002; notadamente, como já aludido, em seus art. 11-21. O legislador cível foi bastante tímido. Nos 11 artigos, em verdade ele tratou de conformar apenas quatro aspectos do direito fundamental do art. 5º, X da CF.

Primeiro, no art. 11, o legislador determina, genericamente, que os direitos de personalidade “são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Tal inalienabilidade e tal irrenunciabilidade, o legislador submeteu, todavia, a uma reserva legal: os direitos de personalidade teriam tais consequências “com exceção dos casos previstos em lei”. Tem-se, na espécie, um caso de dupla implicação dogmática: a intencionada configuração pode transmutar-se em intervenção estatal ou em omissão de proteção perante terceiros,

⁶ Na discussão pátria (v. a respeito: Sarlet, 2009) a figura da vedação de retrocesso é aplicada junto a direitos prestacionais, no sentido de se vincular até mesmo o legislador orçamentário, reduzindo sua tradicional discricionariedade para questões orçamentárias. Aqui, o conceito é usado tendo em vista os incrementos de liberdade negativa estabelecidos pelo legislador ordinário.

de um lado; mas pode também implicar intervenção no chamado “exercício negativo” do direito fundamental em tela, ou seja, no direito a não ser compelido por órgãos estatais a exercer o direito positivamente, deixando de fazer uso de uma faculdade que lhe é aberta pela norma⁷.

No mais, o art. 12 traz a garantia processual para imposição dos direitos de personalidade que foram tão vagamente definidos no art. 11. O art. 12, *caput* é supérfluo por não garantir nada além do que a garantia do art. 5º, XXXV da CF já o faz em nível constitucional (repetição inócua), adquirindo caráter normativo autônomo tão somente seu parágrafo único (que, portanto, bastaria como única sentença do dispositivo). Com efeito, o art. 12, § Único trata da legitimidade *ad causam* ativa para a propositura de ações de proteção de direitos de personalidade de pessoas falecidas. Trata-se, nesse caso, de uma regra específica dotada de autonomia normativa.

Segundo, entre os art. 13 a 15, o legislador assegurou, em verdade, direitos fundamentais à integridade física (como configuração infraconstitucional do direito fundamental à segurança do art. 5º, *caput* da CF) precipuamente perante particulares e no contexto de tratamentos médicos (sobretudo, no art. 15). Não previu direitos, em princípio imateriais, de personalidade ínsitos à autodeterminação e às suas consequências para a formação da personalidade, caso que interessa, especificamente, à presente pesquisa⁸.

Terceiro, os art. 16 a 19 trazem regras protetoras do direito subjetivo ao nome. Sem dúvida, essencial à formação da identidade (autodeterminação) e ao modo como o sujeito de direito pretende se apresentar à sociedade (autoexposição), o direito ao nome é, material e literalmente, fundamental. Tendo em vista as repercussões patrimoniais do direito ao próprio nome, intimamente ligadas ao direito à própria imagem, o legislador tutela até mesmo o pseudônimo (art. 19) como direito subjetivo judicialmente oponível em face de terceiros⁹.

⁷ A respeito, vide Dimoulis e Martins (2014: 137-141).

⁸ Para uma breve introdução, v. Martins (2012: 48-50).

⁹ Poder-se-ia falar aqui em cumprimento pelo legislador civil de um dever estatal de proteção fundamentado em disparidades ou desigualdade de chances e condições entre concorrentes suscitadas no ambiente da tecnologia da informação. Segundo Pieroth; Schlink; Kingreen e Poscher (2015: 35) uma das hipóteses da presença de um dever estatal de tutela ocorreria quando o “jogo conflituoso e repleto de colisões dos particulares, em que violações de direitos fundamentais possam ocorrer, não pudesse ser regulado autonomamente pelos envolvidos no conflito.” Estará, em regra, presente o dever estatal de tutela de direitos de personalidade no ambiente virtual, onde, sabidamente, as disputas podem ser bastante assimétricas. A consecução da mínima simetria representa um cumprimento do referido dever estatal de tutela. Em geral sobre o dever estatal de tutela, vide também Dimoulis e Martins (2014: 120-129).

Finalmente, os art. 20 e 21, ressaltam, literalmente, os quatro direitos fundamentais positivados no art. 5º, X da CF. Essa reiteração da tutela constitucional serve para o legislador determinar cerceamentos em direitos colidentes¹⁰. Dogmaticamente, representam, antes, concretizações de reservas legais implícitas (ou pautadas no chamado direito constitucional colidente) aos direitos fundamentais de comunicação social, manifestação do pensamento e da liberdade artística do que meras configurações infraconstitucionais dos direitos fundamentais de personalidade do art. 5º, X da CF. Como tais, serão investigados no último tópico do presente ensaio.

3 LIMITES CONSTITUCIONAIS AO ART. 5º, X DA CF

Já é mais do que cediço, na doutrina constitucional brasileira, que os direitos fundamentais têm limites¹¹. Falta, todavia, uma dogmática jurídica dos limites aos direitos fundamentais para se evitar o decisionismo jurisprudencial e/ou doutrinário pautado em mera avocação genérica e generalizante dos supostos limites dos direitos fundamentais.

Essa lacuna na discussão pátria vem sendo fechada por alguns poucos autores¹². Jurídico-dogmaticamente falando, os limites aos direitos fundamentais têm de derivar, explícita ou implicitamente, do próprio sistema normativo-constitucional. Com amparo no desenvolvimento da dogmática jusfundamental alemã, identificam-se, no sistema constitucional, os limites expressos das reservas legais e o direito constitucional colidente. Sempre se trata da presença de um dos dois limites, correspondendo ou à previsão expressa do limite a ser traçado pelo legislador (reserva legal) ou de um choque do exercício do direito fundamental com outro bem jurídico-constitucional (direito constitucional colidente)¹³.

3.1 Reservas legais

As reservas legais¹⁴ são outorgas de competência do constituinte ao legislador ordinário. Sua função é viabilizar, normativamente, a harmonização do

¹⁰ Notadamente de direitos fundamentais de comunicação social e da liberdade de expressão do pensamento. Sobre tais constelações, v. Martins (2012: 211 ss., 235 s., 239 ss., 264 s.).

¹¹ Cf. por muitos: Mendes (2000: 240 ss.).

¹² Cf. Dimoulis e Martins (2014: 129-175) e Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2014).

¹³ Cf. Dimoulis e Martins (2014: 154 ss.; 163-165).

¹⁴ A respeito, em detalhes: Dimoulis e Martins (2014: 154-163).

exercício de direito fundamental com aqueles bens jurídicos que poderiam restar ameaçados por um exercício ilimitado do direito fundamental que uma reserva legal *acompanha*¹⁵.

A consequência é a possibilidade de uma intervenção legislativa estar legitimada, pelo menos formalmente. O legislador traça, concretamente, o limite ao direito fundamental, positivando o que considera exercício abusivo, tendo em vista o potencial comprometimento de bens jurídicos contrapostos. Em geral, identifica-se uma reserva legal pela menção à lei feita pelo constituinte junto à outorga de direito fundamental. As reservas legais podem ser, fundamentalmente, simples ou qualificadas, a depender da predeterminação ou não feita pelo constituinte dos meios e propósitos da intervenção legislativa¹⁶.

No caso em tela, o constituinte faz alusão tácita à lei ao dispor, na parte final do dispositivo do art. 5º, X da CF, o seguinte: “[...] assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O direito à indenização deve ser disciplinado por legislação ordinária. Todavia, não se trata de uma reserva legal como limite, mas de uma ordem de fazer destinada ao legislador para impor uma das consequências da outorga do próprio direito fundamental.¹⁷ Portanto, não se trata de reserva legal no sentido ora proposto correspondente a limite ao direito fundamental do art. 5º, X da CF.

3.2 Direito constitucional colidente

Resta, então, o limite do direito constitucional colidente ou do direito constitucional de colisão, denotando a última expressão um ramo do *direito constitucional objetivo*. Como aludido, trata-se de limite derivado de direito constitucional colidente, quando o constituinte não tenha previsto, expressamente, uma hipótese de limitação a ser traçada pelo legislador ordinário. Em vez disso, quando o exercício ilimitado do direito fundamental tiver o condão de, fático-concretamente, chocar-se contra outro bem jurídico-constitucional, precipuamente

¹⁵ Contudo, a fixação de uma reserva legal não precisa ser interpretada como sendo um elemento hostil à liberdade tutelada constitucionalmente. Pelo contrário, retira da discricionariedade administrativa e judicial incontornáveis limitações ao exercício mais amplo de certas liberdades que tenham, em regra, o condão de se chocar contra bens jurídicos de outrem, coletivos e/ou difusos. Por isso, fala-se também, a par da reserva legal (*Gesetzesvorhalt*) em reserva da lei como “postulado de Estado de direito”. Cf. Michael e Morlok (2016: 279).

¹⁶ Cf. Dimoulis e Martins (2014: 154 s.).

¹⁷ Cf. *ibid.*, p. 155.

contra algum direito fundamental de terceiro, tem-se a hipótese de “colisão de direitos fundamentais”.

O problema é assaz complexo e não tem como ser aprofundado aqui.¹⁸ Todavia, a verificação, no caso em tela, da presença de tal limite é tarefa das mais simples: os direitos fundamentais de personalidade, como os definidos pelo constituinte no art. 5º, X da CF, encontram-se em uma “situação [de constante] tensão” (*Spannungsverhältnis*)¹⁹ com os referidos direitos fundamentais de comunicação social (art. 5º, IX da CF); de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV da CF); e de liberdade artística (art. 5º, IX da CF).

A colisão somente se atualiza no caso concreto e, portanto, junto à solução de lide pelo juiz natural. Entretanto, intervenções legislativas podem ter por propósito assegurar o exercício dos direitos fundamentais colidentes, mesmo no contexto da referida tensão. Em tais casos, tem-se de perscrutar a justificação constitucional da imposição de limites na esfera legislativa, tanto no modo abstrato, quanto no modo concreto e/ou incidental de se controlar a norma interveniente (cf. a seguir, sob II.)²⁰. Em se tratando do último, tem-se, por fim, de se controlar sua interpretação e aplicação pelo juiz do feito (cf. a seguir, sob III.).

II JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DA IMPOSIÇÃO DOS LIMITES I: PROPORCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS INTERVENIENTES

A imposição de limites a direitos fundamentais – quer feita pelo legislador ordinário, quer feita, sobretudo, pelo Judiciário, que controla intervenções administrativo-executivas e decide lides entre particulares – deve ser justificada constitucionalmente, caso se queira, de fato, imprimir força normativa à Constituição Federal, assegurando sua supremacia normativa. Há de se impor um limite proveniente da outorga original, a que se convencionou chamar de “limite do limite” (*Schrankensschränke*)²¹.

Não há uma norma constitucional que, expressamente, discipline a forma de se proceder ao controle do legislador, quando ele está formalmente autorizado a

¹⁸ V. a respeito: Dimoulis e Martins (2014: 170 s.; 227-229).

¹⁹ Cf. em geral Pieroth; Schlink; Kingreen e Poscher (2015: 80-83); Michael e Morlok (2016: 353 s.); Dimoulis e Martins (2014: 170 s.).

²⁰ Em geral, cf. Martins (2012: 135 s.).

²¹ Por muitos: Martins (2012: 138); Dimoulis e Martins (2014: 167-169).

restringir o exercício do direito fundamental, consagrando sua definição do que deva ser considerado exercício abusivo do direito. É claro que, em sendo a legislação a primeira função estatal vinculada às normas jusfundamentais, foi preciso desenvolver um critério para se aferir a constitucionalidade material da restrição infligida ao titular do direito fundamental. Traz-se à pauta o critério (ou princípio) da proporcionalidade.

A seguir, apresenta-se, muito sucintamente, um caso “concreto”. Trata-se, em verdade, de uma lei abstrata como objeto do controle normativo de constitucionalidade. Logo após, aplica-se o critério da proporcionalidade como método do cumprimento do ônus argumentativo²² do Estado junto a intervenções estatais em direitos fundamentais de liberdade (*status negativus*).

1 CASO CONCRETO PARA ESTUDO, ANÁLISE E PROVA

A Lei 12.965/2014, que passou a ser conhecida como “marco civil da internet”, visa a, segundo sua ementa oficial, estabelecer “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”.

Um dispositivo da lei, precisamente seu art. 22, a seguir reproduzido, enseja dúvidas quanto à sua constitucionalidade. Vislumbra-se uma violação do art. 5º, X da CF pelas razões em muito apertada síntese a seguir aduzidas. Segundo seu teor:

A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. **Parágrafo único.** Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: **I** - fundados indícios da ocorrência do ilícito; **II** - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e **III** - período ao qual se referem os registros. [*grifos não constam no original*].

Se provocado por órgão legitimado para propor uma ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 c.c. art. 102, I, “a” da CF), a decisão do STF pressuporia, tivesse ele a pretensão de aplicar, de fato, parâmetro constitucional, funcionando como “guardião” e não como “senhor” da CF, os passos de exame já

²² Cf. Martins (2012: 33).

acima referidos. Logo, deveria verificar uma intervenção estatal legislativa na área de proteção de direito fundamental e, em havendo resultado positivo, perscrutar a eventual justificação constitucional pautada em limite constitucional que deve ser aplicado mediante observância do critério da proporcionalidade.

2 PROPORCIONALIDADE COMO CUMPRIMENTO DEFINITIVO DO ÔNUS ARGUMENTATIVO

A proporcionalidade, a ser ainda sucintamente explicitada cumpre o papel de disciplinar o ônus argumentativo do Estado quando de suas intervenções em direitos fundamentais. Antes de aplicá-la, há de se verificar, no entanto, com a maior precisão possível uma intervenção legislativa e a presença de limite, assim como de qual espécie de limite se trata (classificação e identificação).

A despeito das salvaguardas legislativas tomadas com a fixação de requisitos legais gerais e específicos que foram determinadas nos três incisos do seu parágrafo único, a outorga de competência a juízes monocráticos de ordenar “ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet” implica uma intervenção legislativa na área de proteção dos direitos fundamentais de personalidade do art. 5º, X da CF. Essa constatação é reforçada na medida em que a ordem judicial pode ser prolatada “em caráter incidental ou autônomo” também em sede de processo cível e em face, em tese, até mesmo de direitos disponíveis, uma vez que a lei não os excepciona da competência atribuída ao presidente do feito. Atinge-se, pelo dispositivo em tela, tanto o já apresentado, no ensaio anterior²³, aspecto da *autopreservação*, mais ligado ao direito “à intimidade”, quanto a *autodeterminação informacional*, ligada ao aspecto da *autoexposição*; e, assim, mais ligado ao direito “à imagem”.

No que tange ao limite, em não havendo uma reserva legal expressa no art. 5º, X da CF, pode ser trazido à pauta apenas o direito constitucional colidente. Se o legislador cumpriu esse pré-requisito formal de sua legiferação, estando a lei como limite coberta por um direito constitucional colidente, na qualidade de legítimo limite ao direito fundamental em comento, isso é o que somente poderá ser verificado com a interpretação da *mens legis* da qual se depreenderá seu propósito específico (a seguir, sob **2.**).

²³ Cf. Martins (2016a: 105 ss.).

2.1 Conceito e papel (do princípio) da proporcionalidade

Proporcionalidade não é código (autorizador) para ponderação ou sopesamento de valores, princípios ou interesses jurídicos. Trata-se de um princípio, norma não escrita decorrente do sistema positivo constitucional, que ordena uma determinada análise e avaliação do meio interventivo escolhido pelo legislador e do seu propósito, com vistas a assegurar a observância do vínculo do legislador aos direitos fundamentais como um todo.²⁴ Tem lastro, portanto, não no mero princípio do Estado de direito tal como se defende na doutrina pátria que recepcionou a discussão germânica,²⁵ mas no aludido vínculo do legislador a todos os direitos fundamentais.

Trata-se de um exame procedimental concatenado. Parte-se da verificação do propósito legislativo (a seguir, sob **2.**) e sua licitude, além da eventualmente obrigatória correspondência a predeterminações do constituinte (caso de reserva legal qualificada; ou, como aqui, de correspondência a bem jurídico constitucional). Segundo, avalia-se a licitude em si do meio de intervenção (sob **3.**) escolhido pelo legislador para, em uma terceira e quarta etapas, analisar-se a relação entre ambos. Essa relação entre o meio escolhido pelo legislador e o propósito por ele perseguido tem de ser caracterizada pela adequação (sob **4.**) e necessidade (sob **5.**)²⁶. Por fim, exige-se, na literatura especializada nacional e estrangeira, a chamada proporcionalidade em sentido estrito que, todavia, não responde aos requisitos básicos de racionalidade jurídica, razão pela qual denega-se, aqui, sua aplicação (sob **6.**).

2.2 Verificação do propósito da lei interveniente e sua licitude

Pelo art. 22, *caput* da Lei 12.965/2014, o legislador persegue o propósito de assegurar o exercício de pretensões processuais em torno da produção probatória de partes litigantes em processo judicial cível ou penal. Trata-se de um propósito que é, obviamente, lícito.

Todavia, como se trata da presença de direito constitucional de colisão tal propósito também deveria corresponder à tutela de um bem jurídico-constitucional

²⁴ Cf. Dimoulis e Martins (2014: 189 s.).

²⁵ Cf., por exemplo, nesse sentido Mendes (1990: 43).

²⁶ Cf. Dimoulis e Martins (2014: 203-210 e 210-218).

em sentido estrito, como um direito fundamental, por exemplo, para poder ser admitido como propósito autorizado e habilitado aos critérios relacionais (relação “meio-propósito”) da adequação e da necessidade.

Se esse é o caso do propósito legislativo verificado é muito questionável. Viriam à pauta algumas garantias constitucionais processuais como o amplo acesso ao Poder Judiciário contra lesão ou ameaça de lesão a direito, do art. 5º, XXXV da CF; ou o direito geral ao devido processo legal, do art. 5º, LV da CF. A depender da configuração concreta do caso, principalmente no âmbito do processo penal, seria aqui pertinente também o direito à ampla defesa e ao contraditório, acrescidos do princípio jurídico-objetivo e da garantia constitucional subjetiva da não culpabilidade (art. 5º, LV c.c. LVII da CF).

No que tange às duas primeiras garantias aventadas a resposta é negativa. Com efeito, em um caso o dispositivo infraconstitucional em tela que é o objeto do controle de constitucionalidade não tem pertinência com a garantia de acesso à via jurisdicional. No outro caso, a *configuração específica* do devido processo legal e, com isso, de seus meios concretos de prova é confiada, em grande parte, ao legislador ordinário, fazendo parte de sua margem decisória discricionária.²⁷ Ocorre que não se pode enxergar nas configurações legislativas ordinárias ora avaliadas bens jurídico-constitucionais aptos a servirem de limites constitucionais a direitos fundamentais outorgados sem reserva legal.

Quanto aos direitos ao contraditório e à ampla defesa, i.e., quando os meios de prova requeridos ao juiz do feito levarem-no, de fato, a decretar a ordem para uma colheita dos dados, sobretudo em processo penal (cotejado, portanto, com o aludido princípio garantista da não culpabilidade até trânsito em julgado de sentença condenatória), tem-se a presença de um bem jurídico constitucional em sentido estrito²⁸. Conclui-se, portanto, que somente este último propósito específico pode ser levado às etapas relacionais da aplicação do critério da proporcionalidade, que são os exames da adequação e da necessidade.

²⁷ Uma garantia constitucional processual não prescinde de configuração infraconstitucional.

²⁸ Isso porque não há intervenção em mero requerimento formulado por qualquer parte processual, mesmo que fosse do MPE ou MPF ou quaisquer representantes de órgãos públicos, mas apenas decisões judiciais podem ser consideradas intervenções estatais carecedoras de justificação. O dispositivo de uma decisão judicial é um ato normativo concreto, potencialmente violador de um direito fundamental. Requerimentos do MP ou de quaisquer *partes* processuais não o são. São irrelevantes, assim, para a avaliação de qualquer hipótese de violação de direito fundamental, tal qual a presente.

2.3 Verificação do ato normativo como meio interventivo lícito

Não há questionamentos, sequer formais (competência legislativa e procedimento) quanto à licitude do meio interventivo escolhido pelo legislador. Ele está, portanto, habilitado aos exames relacionais a seguir.

2.4 Adequação do meio em face do propósito

Adequado será um meio de intervenção quando houver uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre a situação efetivamente promovida pelo Estado com seu meio interventivo e a situação idealizada, a qual constitui o propósito da intervenção²⁹. Em termos mais coloquiais: o meio de intervenção legislativa lícito deve fomentar o propósito lícito e permitido constitucionalmente³⁰.

No caso em tela, questiona-se, assim, se a possibilidade aberta pelo legislador de o juiz determinar a informação sobre as conexões de dados de pessoas envolvidas em uma investigação criminal revela a característica de idoneidade ou adequação conforme supradefinido em relação ao propósito específico, qual seja, o de viabilizar a ampla defesa e o contraditório, precipuamente aos acusados em ação penal pública.

A possibilidade aberta pelo art. 22, *caput* da Lei 12.965/2014 de se instruir a própria pretensão processual mediante prova conseguida via ordem judicial que determine o envio dos respectivos dados de comunicação representa a referida conexão pautada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica, pressuposto conceitual por excelência da adequação. Essa abertura de possibilidade fomenta sem dúvidas o propósito do dispositivo em tela: as chances da produção de prova que interesse à parte processual aumentam significativamente.

Portanto, a adequação em face do propósito lícito e autorizado da instrução da própria ampla defesa penal está presente.

²⁹ Cf. Schlink (1976: 192 ss.); Pieroth; Schlink; Kingreen e Poscher (2015: 72).

³⁰ Cf. Pieroth; Schlink; Kingreen e Poscher (2015: 72).

2.5 Necessidade do meio em face do propósito

Não basta que a relação entre o meio escolhido pelo legislador e o propósito por ele perseguido atenda ao requisito da adequação, no sentido técnico aqui defendido. A relação deve atender também ao requisito da necessidade.

Em parte, tal requisito chega a ser até intuitivo, pois, na linguagem comum, algo necessário é algo que deva ser atendido, cogentemente. Não obstante, tecnicamente, a necessidade diz respeito à *comparação* entre as *intensidades interventivas* do meio adequado escolhido pelo legislador ao propósito perseguido pelo mesmo legislador e as intensidades dos meios alternativos encontrados que também atendam ao primeiro requisito relacional da adequação. Contudo, apenas o menos oneroso para o direito fundamental intervindo será “o” meio de intervenção (o único) necessário³¹.

Trata-se de um concurso classificatório dos meios de intervenção, no qual somente o primeiro candidato classifica-se, que se seguiu a uma fase eliminatória, qual seja, a fase da adequação. Se o meio escolhido pelo legislador for o meio necessário chega-se à conclusão de estar-se diante de uma intervenção estatal legislativa justificada constitucionalmente a partir da aplicação de um limite “proporcional” ao direito fundamental intervindo³².

Tal hipótese poderia ter sido, contudo, já refutada em não sendo a intervenção legislativa coberta por nenhum limite constitucional ao direito fundamental atingido ou se não estivessem presentes os três pressupostos anteriores da proporcionalidade (licitude do propósito, licitude do meio e o primeiro requisito relacional da adequação). Trata-se, enfim, do último crivo racional-jurídico e, portanto, decisório; aquele que demarca o que se convencionou chamar de “proibição de excesso”³³.

³¹ Em havendo apenas um meio adequado, este será também “o” meio necessário. A necessidade marca por assim dizer o preço em termos de impacto em direitos fundamentais de liberdade do propósito determinado pela instância política legitimada democraticamente para tanto. Trata-se de um critério material final, aplicado após todo o exame formal, por exemplo, da presença do limite constitucional a direito fundamental e assegura – com rigor metodológico e respeito ao princípio democrático e de Estado de direito – interesses de minorias políticas ressaltados jusfundamentalmente com a consequência de fundamentar decisões judiciais contramajoritárias em caso de sua inobservância.

³² Cf. Dimoulis e Martins (2014: 188-192 e 210-217).

³³ Todavia, desse entendimento diverge a maioria da literatura especializada nacional e alemã que enxerga tal fronteira marcada apenas com a aplicação do subcritério adicional da proporcionalidade em sentido estrito e não já na aplicação do subcritério da necessidade tal como aqui defendido. Nesse sentido, cf. Hirschberg (1981: 158-165, 174-175) e a contestação dessa opinião majoritária em: Dimoulis e Martins (2014: 218-227).

No caso em tela, podem ser trazidas várias alternativas igualmente tão adequadas ao propósito perseguido, quanto, evidentemente, menos onerosas para os direitos fundamentais de personalidade tutelados pelo art. 5º, X da CF.

Como se trata de uma intervenção legislativa e, portanto, de natureza abstrata (comina-se uma consequência jurídica para uma dada situação concreta) tem-se de pensar em conjunturas fáticas que, presumivelmente, mais frequentemente aparecerão. Quando se tiver como parte adversária o Ministério Público no âmbito do julgamento de uma ação penal pública, hipótese em que se conceberia, em tese, o propósito de se salvaguardar a própria ampla defesa e o contraditório, não haveria intervenção no direito fundamental de personalidade daquele que pretenda apenas fazer prova a seu favor.

Contudo, a intervenção legislativa – por definição geral e abstrata – atinge a titulares dos direitos fundamentais em pauta daqueles terceiros que tenham se comunicado com o acusado. As salvaguardas prescritas ao juiz antes de ser ordenada a colheita dos dados além de dizerem respeito ao exame da proporcionalidade tão somente ao nível da interpretação e aplicação normativa e, destarte, ao vínculo específico do Poder Judiciário, não diminuem a intensidade da autorização geral para o uso desse meio de prova a ser produzido mediante uma intervenção nos direitos fundamentais em apreço.

Alternativa menos onerosa em relação ao universo de titulares atingidos seria a garantia de alguma forma de *anonimização*³⁴ dos dados levantados de terceiros muitas vezes não envolvidos nos fatos. A afetação de terceiros não envolvidos em supostas relações criminosas investigadas podem revelar, inclusive, problemas de adequação do meio escolhido pelo legislador em relação a tais terceiros³⁵.

Se é possível uma interpretação conforme a Constituição tendo em vista que a intervenção definitiva ocorrerá somente a partir do uso da competência pelo juiz do feito, é uma questão que pode ser aqui deixada em aberto. Em todo caso, as

³⁴ Algumas decisões paradigmáticas do TCF alemão sublinharam de tal modo essa possibilidade a ponto de derivar do direito ao livre desenvolvimento da personalidade do art. 2 I GG duas acepções autônomas, quais sejam, o direito fundamental à autodeterminação informacional (cf. com mais referências: Martins, 2016a: 123-125) e o direito à confidencialidade e à integridade de sistemas técnico-informáticos (cf. Martins, 2016b: 114-136).

³⁵ Cf. a paradigmática decisão do TCF alemão conhecida como “ataque da escuta ambiental” (“*Lauschangriff*”): BVerfGE 109, 279; excertos anotados em: Martins (2005: 688-718) e ampla resenha em: Martins (2012: 311-353).

alternativas hermenêuticas deveriam ser minuciosamente apresentadas e cotejadas entre si, o que praticamente nunca é feito no direito constitucional pátrio, levando a um uso leviano da fórmula da interpretação conforme a Constituição, que é uma modalidade de dispositivo de decisão em sede de controle normativo³⁶.

Portanto, o meio de intervenção escolhido pelo legislador em face do propósito superverificado por ele perseguido não é necessário no sentido técnico jurídico. Em sede de conclusão, a intervenção estatal legislativa não restou justificada constitucionalmente. Portanto, o art. 22, *caput*, da Lei 12.965/2014 violou o art. 5º, X da CF. O STF, se e quando provocado, deve julgar procedente a eventual ação direta de inconstitucionalidade contra o dispositivo legal discutido.

2.6 Proporcionalidade “em sentido estrito” (ponderação) do meio em face do propósito?

A proporcionalidade “em sentido estrito” conforme já adiantado acima não se constitui em critério racional-jurídico.³⁷ Por intermédio do suposto critério, na qualidade de último passo ou filtro do princípio da proporcionalidade, far-se-ia uma comparação entre as vantagens e desvantagens envolvidas na imposição da intervenção legislativa para os bens jurídicos em conflito encontrados por detrás dos supradescritos meios e propósitos. Entretanto, a tal ponderação e sopesamento, só se pode *responder, politicamente*; não se pode *decidir, juridicamente*.

III JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DA IMPOSIÇÃO DOS LIMITES II: DA EFICÁCIA DE IRRADIAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO VÍNCULO DO JUDICIÁRIO À PROPORCIONALIDADE NA E DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

No plano concreto da interpretação e aplicação normativa, aumentam os desafios à racionalidade estritamente jurídica em casos como o presente que envolvam potenciais colisões de direitos fundamentais. Isso porque quando se tem, de um lado, somente um interesse público ou estatal em sentido estrito o critério da proporcionalidade pode também ser aplicado para controlar a interpretação e a aplicação judicial propriamente ditas³⁸. Mas as constelações fáticas mais recorrentes na prática são aquelas envolvidas em lides cíveis ou penal-privadas³⁹.

³⁶ Martins (2011: 100 s.).

³⁷ Dimoulis e Martins (2014: 218-227).

³⁸ Cf. Martins (2012: 100-102).

³⁹ A respeito das primeiras, para além do *leading case* da decisão Lüth a ser em seguida citado, v. BVerfGE 90, 27 (“*Parabollantene*” ou “antena parabólica”) e sua análise em: Martins (2012: 103-

Em todo caso, o controle da específica atividade jurisdicional de se interpretar e aplicar todo o direito só restou sedimentado, jurídico-dogmaticamente falando, após o reconhecimento da chamada *eficácia de irradiação* decorrente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Em face da hipertrofia dos direitos fundamentais sobre todos os ramos do direito também alcunhada de constitucionalização do ordenamento jurídico,⁴⁰ o reconhecimento da referida eficácia de irradiação leva o intérprete a se deparar com o fenômeno de difícil solução da colisão de direitos fundamentais.

1 EFICÁCIA DE IRRADIAÇÃO COMO VÍNCULO DO JUDICIÁRIO

O reconhecimento da eficácia de irradiação foi resultado das discussões havidas no direito constitucional alemão ensejadas pelo bastante citado caso *Lüth*, de 1958⁴¹. Houve um intenso debate entre a jurisprudência constitucional (do Tribunal Constitucional Federal) e a literatura jurídica especializada⁴². O resultado das discussões é uma mais precisa definição do vínculo do Judiciário aos direitos fundamentais⁴³. Trata-se de uma sempre cogente interpretação de fatos e normas infraconstitucionais que deve ser orientada por direitos fundamentais como uma subespécie da chamada interpretação conforme a Constituição⁴⁴.

Nesse sentido, traz-se a chamada fórmula do *direito constitucional específico*, que delimita a competência do juiz natural constitucional para decidir sobre questões constitucionais no âmbito do sistema concentrado de controle normativo de constitucionalidade⁴⁵. Mesmo não tendo adotado o sistema concentrado (o que, na prática, muito aumenta a responsabilidade de todos os juízes), pode ser adotada, no Brasil também, a fórmula cunhada pelo TCF alemão, que identifica alguns modos principais de o juiz de direito violar um direito fundamental. Segundo tal fórmula, estaria presente o direito constitucional

106). No que tange à segunda constelação, cite-se a avaliação constitucional da expressão “soldados são assassinos” pelo TCF alemão em: BVerfGE 93, 266 (“Soldaten sind Mörder”). Excertos traduzidos para o vernáculo e anotados em: Martins (2005: 414-427).

⁴⁰ Cf. Afonso da Silva (2005). Crítico em geral: Bumke e Schuppert (2000).

⁴¹ BVerfGE 7, 198 (204 ss.). Excertos anotados em: Martins (2005: 381-295).

⁴² Cf. a contextualização histórica e análise por Dimoulis e Martins (2014: 259 s.; 272-274).

⁴³ Nesse sentido, v. expressamente: Martins (2012: 89 ss.).

⁴⁴ Martins (2012: 101 s.).

⁴⁵ Cf. Martins (2011: 40-42, 78 e 108).

específico, “se tivesse sido essencialmente ignorada, junto à interpretação e aplicação do direito infraconstitucional, a influência dos direitos fundamentais”⁴⁶.

Tal fórmula pretoriana que substituiu algumas anteriores menos materiais e mais formais⁴⁷ foi complementada pela literatura jurídica especializada alemã, que procurou dar contornos mais precisos à expressão da “ignorância judicial” a respeito da influência do direito fundamental na interpretação. Desenvolveram-se, inclusive, critérios para se aferir uma aplicação judicial errada da norma definidora de direito fundamental. Assim, ignorar essencialmente

a influência dos direitos fundamentais ou, em geral, do direito constitucional ocorre, quando a norma constitucional relevante não tiver sido enxergada; ou tiver sido aplicada de modo fundamentalmente errôneo e a decisão judicial se baseie nisso. Uma aplicação fundamentalmente errônea mostra-se nos casos em que [os seguintes elementos] sejam enxergados, de modo fundamentalmente errado: o conteúdo de uma área de proteção de direito fundamental; os pressupostos da presença de uma intervenção; os pré-requisitos dirigidos à justificação, notadamente a proporcionalidade de uma intervenção; ou o propósito da proteção de um dever [estatal] de proteção jusfundamental⁴⁸.

Trata-se, indubitavelmente, de uma fórmula que pressupõe outra inteligência judicial a respeito das normas definidoras de direitos fundamentais (à qual não se está acostumado no direito pátrio) e o próprio *ethos* do Judiciário, quando contraposto à sua tão nobre missão constitucional de respeitar todas as normas supremas da Constituição Federal também – e precipuamente – no exercício da função jurisdicional em sentido estrito. Necessária se faz uma consistente evolução na formação jurídica dos juízes que os conduza a tal conscientização e a uma percepção constitucional de sua tarefa básica. Uma formação dessa natureza implica um esforço muito maior de todos os envolvidos no processo de ensino e de pesquisa do direito e passa ao largo de correntes teóricas que se limitem a enfatizar o caráter político do direito constitucional, reconhecendo princípios que quase nada

⁴⁶ Cf. BVerfGE 89, 276 [285].

⁴⁷ Cf. BVerfGE 18, 85 [92]. Segundo a “fórmula de *Schumann*”, verifica-se a violação de direito constitucional específico quando “a sentença judicial impugnada aceita uma consequência jurídica que o legislador ordinário não poderia ter promulgado como norma”. Ambas as referências também em: Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015: 335). Tal fórmula como muito bem asseveram os autores ora citados (*ibid.*) cobriria só parte da missão judicial que é reconhecer para si também as fronteiras do direito constitucional material. Ignoraria, entretanto, que o “juiz é com base na Constituição mais cerceado que o legislador; ele não tem apenas a Constituição sobre si, mas também a lei segundo o art. 20, III. O juiz não pode tudo o que poderia o legislador”. É o que ocorre também quando o juiz é chamado a aplicar conceitos jurídicos indeterminados ou para resolver lides envolvendo colisões de direitos fundamentais.

⁴⁸ Cf. Pieroth; Schlink; Kingreen; Poscher (2015: 336).

mais oferecem além de uma abertura discursiva destituída de método e racionalidade especificamente jurídico-científicos.

2 COLISÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIROS

2.1 Colisão com o Direito Fundamental à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV da Cf)

Como o direito fundamental do art. 5º, IV da CF pode, em tese, justificar uma intervenção estatal judicial na área de proteção dos direitos fundamentais de personalidade do art. 5º, X da CF, figurando sua proteção concreta como propósito da intervenção, todo juiz deveria conhecer seu alcance, hipóteses de limitação e forma de se justificar tais limitações. Esse exame não tem como ser feito aqui, exaustivamente. Basta, todavia, apontar que, como se trata de expressar juízos de valor sobre fatos e pessoas⁴⁹, muito frequentemente ocorre o choque entre o exercício do direito fundamental ora trazido à pauta e, principalmente, o direito fundamental à imagem. Com menor frequência ocorre o mesmo choque com os demais aspectos da autonomia e dos direitos fundamentais de personalidade como a intimidade e a vida privada.

2.2 Colisão com o Direito Fundamental à liberdade artística (art. 5º, IX da CF)

A liberdade artística figura no rol daqueles direitos fundamentais outorgados sem limites constitucionais expressos⁵⁰. A liberdade artística abrange vários comportamentos individuais envolvidos no âmbito da criação e da exposição da obra artística, sendo vedado ao Estado uma definição do conceito de arte⁵¹. Como, todavia, não há como proteger um direito sem uma mínima definição, trabalha-se com o conceito aberto de arte, pelo qual “reconhece-se ‘como característica peculiar de uma expressão artística ser possível, por causa do caráter multifacetário do seu conteúdo expressivo, depreender da sua manifestação significados sempre novos e mais amplos, pela via do prosseguimento da interpretação, de tal sorte que ocorra uma transmissão em vários níveis e praticamente ininterrupta da informação”⁵².

⁴⁹ Sobre o alcance da área de proteção desse direito fundamental, v. Martins (2012: 214-217).

⁵⁰ A respeito, vide em detalhes: Martins (2015: 29-82).

⁵¹ Cf. Martins (2015: 38-43).

⁵² Cf. BVerfGE 67, 213 [226 s.] e Martins (2015: 41).

Mais do que qualquer outro direito fundamental de liberdade, a liberdade artística tem como foco-destinatário a atividade interpretativa do juiz. Isso porque, em razão do caráter, em princípio, ilimitado da presente liberdade e do conceito aberto de arte, o qual parte fundamentalmente da autocompreensão do titular, o juiz deverá excluir da interpretação do parâmetro jusfundamental em tela ataques e agressões arbitrários, dolosos a bens jurídicos de terceiros. Todavia, ao se debruçar sobre a difícil tarefa de interpretar a obra artística deve nela buscar significados compatíveis com aqueles bens jurídicos que foram aparentemente atacados; i.e., deve buscar por significados que excluam o dolo na espécie. Trata-se de uma especial configuração da interpretação orientada por direito fundamental⁵³.

De resto, além da mencionada, outras constelações fáticas envolvendo colisão da liberdade artística com direitos de personalidade não faltam nem no Brasil como também não no direito estrangeiro e internacional público. Cite-se, por muitos, os casos de caricaturas que tenham o condão de ofender a honra pessoal; canções satíricas que atinjam o direito à vida privada ou imagem; e assim por diante⁵⁴.

2.3 Colisão com os Direitos Fundamentais de comunicação social (art. 5º, IX da CF)

Mais frequentemente colidem os direitos fundamentais de personalidade com os direitos fundamentais de comunicação social com fulcro no art. 5º, IX da CF. Tudo o que for instrumental em relação à produção de um jornal, revista, livro (liberdade de imprensa) ou programa de rádio ou TV (liberdade de radiodifusão) ou de um produto digital veiculado pela rede mundial de computadores (“*new media*”, “liberdade de internet”) poderá implicar afetações dos direitos fundamentais de personalidade, potencialmente justificadas⁵⁵.

3 SOLUÇÃO CONCRETA DA COLISÃO: PROPORCIONALIDADE NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Diante da colisão de direitos fundamentais e da reinterpretação do critério da proporcionalidade aplicado junto à interpretação e aplicação de normas em princípio compatíveis com a Constituição, o juiz monocrático ou tribunal deverá aplicar a proporcionalidade, atendendo aos dois critérios complementares a seguir expostos.

⁵³ Cf. Pieroth; Schlink; Kingreen e Poscher (2014: 174-175).

⁵⁴ Cf. Martins (2015: 61-79).

⁵⁵ Cf. Martins (2012: 264-266).

3.1 Critério *ceteris paribus*

Em primeiro lugar, o juiz deve observar no momento de avaliar a constitucionalidade em tese da norma imbricada a uma colisão de direitos fundamentais o critério “*ceteris paribus*”⁵⁶. Trata-se da exclusão do exame decisivo da necessidade daqueles meios menos onerosos em relação a um dos titulares de direito fundamental envolvidos na colisão que acarretem maior onerosidade em relação ao direito colidente. Deve haver pelo menos irrelevância para o direito colidente, caso em que o uso do meio menos oneroso em face do direito colidente “A” não implique nenhuma consequência, em termos de ônus (adicional), ao direito colidente “B”. Idealmente, a menor onerosidade recairia também sobre o exercício do direito colidente. Nessa fase do controle normativo abstrato, pode ser trazido o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput* da CF) como parâmetro complementar (caso de concorrência ideal de direitos fundamentais).

3.2 Autocontenção judicial

O critério *ceteris paribus*, que complementa o critério da proporcionalidade deve, por sua vez, ser complementado por uma peculiar autocontenção judicial. Esta deverá atuar junto à interpretação e aplicação de normas que em si sejam compatíveis com a Constituição, como naqueles casos difíceis apresentados no subtópico anterior.

O juiz deve aplicar o critério da proporcionalidade ao meio de intervenção implícito nas consequências de sua decisão do feito. O juiz, primeiro, faz todo o exame com pauta em um dos pelo menos dois parâmetros colidentes e, em seguida, inverte o exame a fim de verificar se o meio menos oneroso em face de um dos direitos é pelo menos indiferente em face do direito que com ele colide. Assim, ele repete o exame da constitucionalidade da norma em tese. Em restando infrutífero o exame, i.e., em sendo o meio menos oneroso em uma proporção por vezes diametralmente oposta mais oneroso para o direito colidente, cabe ao juiz aplicar os parâmetros legais sem se valer de figuras questionáveis como a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Deve complementar seu exame, aqui também, com o parâmetro adicional do direito fundamental à igualdade⁵⁷ com seus pressupostos e condições específicas.

⁵⁶ Cf. Schlink (1984).

⁵⁷ Sobre a igualdade como direito à resistência contra tratamento desigual e sua relação com direitos de liberdade, v. Martins (2012: 44-62).

Portanto, tal autocontenção é tão relevante e cogente no controle normativo concreto-incidental (autocontenção junto à interpretação e aplicação) como no controle normativo abstrato, que se refere estritamente à constitucionalidade da norma em si. Cabe ao “legislador negativo” – mais precisamente: àquele que denega certas consequências jurídicas previstas pela interpretação orientada mais por um direito fundamental colidente do que por outro – valer-se de tal competência “negativa” somente quando a inconstitucionalidade de dada interpretação e aplicação puder ser *tecnicamente verificada*⁵⁸. Caso contrário, valem o princípio do Estado de direito, da separação de funções (“poderes”) estatais e do vínculo do Judiciário à lei, tal qual é o caso da Administração Pública. Todos eles refletem a cristalização do mandamento de autocontenção judicial.

IV REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Malheiros: São Paulo, 2005.

BUMKE, Christian. **Ausgestaltung von Grundrechten**. Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderen Berücksichtigung der Vertragsfreiheit. Mohr Siebeck: Tübingen, 2009.

BUMKE, Christian; Schuppert, Gunnar Folke. **Konstitutionalisierung der Rechtsordnung**. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des "einfachen" Rechts. Mohr Siebeck: Tübingen, 2000.

CORNILS, Matthias. **Die Ausgestaltung der Grundrechte**: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers. Mohr Siebeck: Tübingen, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

HIRSCHBERG, Lothar. **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Göttingen: Schwartz, 1981.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 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. Direito constitucional à expressão artística. *In*: G. Mamede; M. T. Franca Filho; O. L. Rodrigues Junior (Org.). **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29-82.

⁵⁸ O que justamente não será o caso quando estiver ausente a observância do critério *ceteris paribus* e a aplicação do parâmetro subsidiário da igualdade restar também inconclusivo.

MARTINS, Leonardo. 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). **Ius Gentium**. Bd.7, n. 1. p. 105-132, 2016a.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Fundação Konrad Adenauer: São Paulo, 2016b.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações. Breves reflexões. *In*: Mendes, Gilmar Ferreira *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MICHAEL, Lothar; Morlok, Martin. **Grundrechte**. 5. ed. Nomos: Baden-Baden, 2016.

PIEROTH; Bodo; Schlink, Bernhard; Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf. **Grundrechte**. Staatsrecht II. 31a. ed. C.F. Müller: Heidelberg, 2015.

SARLET, Ingo-Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2014.

SARLET, Ingo-Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHLINK, Bernhard. **Abwägung im Verfassungsrecht**. Duncker & Humblot: Berlin, 1976.