

Direitos da personalidade: a proporcionalidade nas doutrinas de Robert Alexy e do jus-humanismo normativo no direito brasileiro

Personality rights: proportionality in the doctrines of Robert Alexy and normative jus-humanism in brazilian law

José Sebastião de Oliveira*

Rodrigo de Camargo Cavalcanti**

RESUMO

O presente trabalho analisa a proporcionalidade nas doutrinas de Robert Alexy e do jus-humanismo normativo no contexto dos Direitos da Personalidade no Direito brasileiro. Nesse sentido, primeiramente apresentamos os Direitos da Personalidade em seu viés civil-constitucional no Brasil, para, em seguida, abordarmos a relação dos Direitos da Personalidade com o conceito de proporcionalidade na doutrina de Robert Alexy. Posteriormente, tratamos da aplicação da proporcionalidade no Brasil e a sua relação com o jus-humanismo normativo. Por fim, concluímos que, ao intentarem aplicar a proporcionalidade de Alexy, os Tribunais Superiores na realidade aplicam a hermenêutica jus-humanista normativa, incorporando a dignidade da pessoa humana como limite de restrição aos Direitos da Personalidade em conflito.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade; Dignidade da Pessoa Humana; Proporcionalidade; Jus-Humanismo Normativo.

ABSTRACT

This paper analyzes the proportionality in the doctrines of Robert Alexy and normative jus-humanism in the context of the Rights of Personality in Brazilian Law. In this sense, we first present the Rights of the Personality in its civil-constitutional bias in Brazil, and then approach the relationship of Personality Rights with the concept of proportionality in the doctrine of Robert Alexy. Subsequently, we deal with the application of proportionality in Brazil and its relationship with normative jus-humanism. Finally, we conclude that, in trying to apply Alexy's proportionality, the Brazilian Superior Courts actually apply normative jus-humanist hermeneutics, incorporating the human dignity as a limit of restriction to the Rights of the Personality in conflict.

Keywords: Rights of the Personality; Human Dignity; Proportionality; Normative Jus- Humanism.

* Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas e professor da graduação, pós-graduação lato sensu e pós-graduação stricto sensu (mestrado) do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Email: drjso@brturbo.com.br

** Pesquisador no Pós-Doutorado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR) com Bolsa de Pesquisa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010); Graduado em Direito pela PUC-SP. Email: rodrigocavalcanti@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade em diversas situações se encontram em momentos de colisão. Isso só é possível, sem se dispor de mecanismos de validade/invalidade no sistema, de acordo com a mais novél teoria hermenêutico-discursiva, por conta da sua consideração como direitos possuidores de uma dupla natureza ao mesmo tempo enquanto princípios e enquanto regras. A forma com que os Tribunais brasileiros lidam com essa questão são múltiplas, mas encontram aproximações, confirmando uma real doutrina majoritariamente aceita, mas que, conforme se verá, merece ser problematizada.

A apresentação de uma solução constitucionalmente adequada e legitimada depende da discussão de um dos fundamentos principais da jurisprudência e da doutrina nacionais quando se refere à colisão de direitos da personalidade, qual seja, a teoria da proporcionalidade.

Para tanto, iniciamos o trabalho com algumas palavras sobre esses direitos e sua relação civil e constitucional em nosso país. Em seguida, veremos a possibilidade de utilização da proporcionalidade, conforme desenvolvida inicialmente por Robert Alexy, em face dos direitos da personalidade. Ainda, discutiremos sobre a proporcionalidade fornecida pelos pressupostos da teoria do jus-humanismo normativo e como se coaduna com a aplicação brasileira da ferramenta hermenêutica de origem alemã, para, por fim, concluirmos o debate aqui exposto.

A metodologia utilizada para a realização deste trabalho científico foi a dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica atinente ao tema, especialmente doutrinária e jurisprudencial, tanto em documentos e obras desenvolvidas no Brasil como internacionalmente.

2. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SEU VIÉS CIVIL-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Os direitos da personalidade são tomados pela maior parte da doutrina e da jurisprudência como ramificação dos direitos humanos e fundamentais. Os direitos da personalidade, desta forma, enquanto direitos inerentes à pessoa humana, de caráter pessoal, intransmissíveis e irrenunciáveis, são espécie dos direitos fundamentais,

os quais, por sua vez, são a positivação constitucional dos direitos humanos. Como bem salienta Luis Roberto Barroso, há duas características atribuídas aos direitos da personalidade:

A primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano e reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado”. A segunda característica peculiar dos direitos da personalidade consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais, o que ensejará formas variadas de reparação, como o direito de resposta, a divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano não-patrimonial (ou moral, como se convencionou denominar).¹

Os direitos da personalidade, os quais desempenham papel primordial na estrutura do Estado Democrático de Direito, valendo-se inclusive como forma de legitimação deste, são normatizados pelo Código Civil brasileiro de 2002, o qual dedica todo um capítulo específico a estes, refletindo uma mudança paradigmática no direito civil que passa a se reconhecer como parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da dignidade da pessoa humana, esta constitucionalmente protegida.

Os direitos da personalidade passaram a ser cada vez mais presentes nas ordens constitucionais diante da orientação valorativa que as ordens jurídicas incorporaram desde principalmente o final da Segunda Guerra Mundial, apesar de ter suas inspirações e primeiras positivamente já no início do século XX.

Assim, é observável o crescente reconhecimento formal pelo ordenamento jurídico da pessoa humana como valor universal, o qual tem origem tanto na doutrina cristã de enaltecimento do indivíduo humano em face das doutrinas mais coletivistas, quanto nas declarações de direitos humanos surgidas por volta do século XVIII, especialmente a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 advinda com a Revolução Francesa.

O papel protagonista das novas bases econômicas de viés burguês, num primeiro momento, favoreceu especialmente o direito de propriedade, fornecendo a constituição de uma perspectiva liberal-individualista

1 BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e a Lei da Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Jan./Mar. 2004, p. 12.

ao Estado moderno que então se configurava, do qual defluiria também a proteção da liberdade econômica, mormente a liberdade de contratar, cuja regulação foi uma das grandes inovações do Código Civil do século XIX, e assim se configuravam as bases da diferenciação entre direito público e direito privado.

A unidade do ordenamento jurídico enquanto oriunda das cartas constitucionais é uma ideia advinda com o caminhar do século XX. Como bem informa Danilo Doneda,

O direito assume efetivamente seu papel de mediador de interesses em situações que, em épocas anteriores, eram resolvidos em outras instâncias, tais quais a família ou então autoridades políticas ou religiosas, e passa a enfrentar o problema da desigualdade social decorrente do primado da igualdade formal. Uma renovação conceitual era necessária, e um de seus resultados foi justamente a elaboração da categoria dos direitos da personalidade.²

A matéria dos Direitos da Personalidade foi efetivamente regulada apenas em codificações infraconstitucionais do século XX, como o Código Civil italiano de 1942 e o Código Civil português de 1966. Como bem salienta Fábio Siebeneichler de Andrade, no Brasil,

Na vigência do Código Civil de 1916, os Direitos da Personalidade haviam sido versados pela doutrina brasileira¹⁶, e sido objeto de tratamento pelo Anteprojeto de Código Civil de 1963, elaborado por Orlando Gomes. No entanto, a posituação dos Direitos da Personalidade no Direito brasileiro ocorrerá somente mediante a Constituição de 1988. Em seu art. 5, inc. X, faz-se clara menção à inviolabilidade de determinados direitos da personalidade. O artigo 1.º, inciso iii, por sua vez, fixa a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República.³

Tendo em vista que a Constituição brasileira de 1988 não delineava com precisão uma prescrição detalhada em relação aos Direitos da Personalidade, necessário foi que, em 2002, o novo Código Civil então promulgado, introduzisse, do art. 11 ao 21, um capítulo específico sobre os Direitos da Personalidade na parte geral. Pode-se observar, entre essas normativas, três cláusulas mais gerais, quais sejam: o art. 11, o qual prescreve: “com

exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária; o art. 12, o qual prevê a possibilidade de cessão de ameaça ou da lesão a direito da personalidade e o ressarcimento pelos danos causados; e, ainda, nos termos do art. 21, “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

O intérprete, ao se deparar com esses artigos, deverá necessariamente submetê-los a um crivo diverso daqueles tipicamente enunciados e salvaguardados quando dentro de uma sistematização clássica do Código Civil. É isso porque, a partir do momento que se remete à leitura daqueles mediante os enunciados constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana, a proteção meramente ressarcitória dos direitos da personalidade, consoante a lógica dos direitos patrimoniais, não satisfaz a violação da existência digna decorrente. Assim, deve-se atentar para que esses direitos não sejam reduzidos a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, a fim de que se proteja efetivamente “as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias”⁴.

Por isso, necessário salientar que os direitos da personalidade devem ser tratados do ponto de vista civil-constitucional, tendo em vista que a fonte normativa da matéria se encontra na Constituição Federal.

A cidadania, a dignidade da pessoa humana e a igualdade material e formal, fundamentos da República conforme a Carta Magna (arts. 1º, 3º, e 5º), “condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”⁵ e marcam a presença, em nosso ordenamento, de uma cláusula geral da personalidade.

Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade em dois grupos, quais sejam, os chamados “direitos à integrida-

2 DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (org.) *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75.

3 ANDRADE, Fábio S. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista Derecho del Estado*, 30, enero-junio 2013, p. 96

4 TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da personalidade. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil*. Jan./Jun. 2003, p. 18.

5 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 47.

de física”, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e os “direitos à integridade moral”, no qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.

A Constituição Federal de 1988, proclamando a centralidade da dignidade da pessoa humana, dedicou enunciados expressos referentes à tutela da personalidade, entre eles, os seguintes: art. 5º, inc. V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) inc. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A necessidade de tutela dos direitos da personalidade, consequência imediata da salvaguarda à dignidade – valor fundante do ordenamento –, conforme disposta constitucionalmente, representa, em seu conjunto sistêmico, o ponto de referência para todas as situações em que se mostre premente o respeito ao próprio ordenamento do Estado Democrático de Direito.

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY

Esses Direitos da Personalidade, mesmo com dita proteção civil-constitucional, não estão excluídos de hipóteses de colisão, também entre eles mesmos. O problema da colisão entre esses direitos é profundamente trabalhado por Robert Alexy, produzindo esse jurista, no âmbito dos direitos fundamentais, teorias especialmente, para o que aqui nos importa, na questão da ponderação entre normas jurídicas.

Vale salientar, porém, que dita ponderação somente tem sentido de ser debatida se anteriormente questionada a natureza dos Direitos da Personalidade como sendo de princípio ou de regra.

Os Direitos da Personalidade são positivados mormente na legislação infraconstitucional, ou seja, no Código Civil de 2002 na forma de direitos pessoais, individuais, inerentes aos fundamentais, e também, por serem a tradução normativa destes, ainda que em rol não exaustivo, incorporam a mesma lógica discursiva e axiológica.

Assim, tendo em vista os Direitos da Personalidade

serem espécies dos direitos fundamentais, e esses serem a incorporação positivada dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988, os Direitos da Personalidade possuem a mesma origem valorativa, podendo ser realizado um paralelo com os dizeres de Robert Alexy:

[...] propiedad relevante es el carácter abstracto de los derechos humanos. ellos se refieren simplemente a objetos tales como libertad e igualdad, vida y propiedad, así como a la libertad de expresión y la protección del honor. como derechos abstractos, los derechos humanos colisionan inevitablemente con otros derechos humanos y con bienes colectivos como la protección del medio ambiente y la seguridad pública. Los derechos humanos, en consecuencia, requieren de la ponderación.⁶

Por conta disso, Alexy desenvolve teoria na qual os direitos fundamentais têm uma conexão necessária com o princípio da proporcionalidade. E, para tanto, parte do que acima foi explicitado para salientar a natureza dúplice dos direitos fundamentais, tanto de regra quanto de princípio.

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, se refere à otimização relativa às possibilidades fáticas, o que, em outras palavras, diz respeito a se economizar custos que são inevitáveis quando os princípios entram em conflito. É a ponderação, portanto, em face das diversas possibilidades jurídicas disponíveis diante da proporcional aplicação de princípios conflitantes no caso concreto. Assim, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”⁷.

No caso das regras, assim, esse princípio não teria um papel ativo, tendo em vista que as regras são aplicadas pela subsunção e na forma de tudo ou nada. Ou seja, mesmo que inicialmente determinadas regras sejam tomadas como válidas e em determinado caso concreto as condições para sua aplicação tenham sido satisfeitas, se essas não são aplicáveis por conta de conflito com outras regras, devem ser afinal tidas como inválidas e, portanto, excluídas do ordenamento.

Já no caso dos princípios, esses são mandados de otimização, ou seja, “exigen que algo seja realizado «en

6 ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril 2011, p. 25.

7 ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes». A diferencia de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios opuestos⁸. Assim, percebe-se a conexão necessária entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade. Como bem já salientou Willis Santiago Guerra Filho,

As regras trazem a descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou uma espécie (a fattispecie a que se referem os italianos) deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma (ou mais) regra(s) concretizadora(s). Princípios, portanto, têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras.⁹

Princípios, desta forma, se apresentam conflitantes ou não conforme o caso concreto, podendo existir alguns momentos em perfeita harmonia, em outros em situações de colisão, mas, mesmo neste último caso, não são submetidos à lógica binária válido/inválido.

Por outro lado, Alexy argumenta que os direitos fundamentais, de início, não possuem a natureza de princípios:

[...] por lo tanto, los derechos fundamentales no son principios «debido a razones de su propia esencia» («Wesensmäßig»). «ellos no son principios en razón a su naturaleza..., lo son únicamente cuando, y en la medida en que, una decisión jurídica positiva de la legislatura constitucional les dé esta naturaleza y carácter distintivo».¹⁰

Para tanto, Robert Alexy vai se referir aos direitos fundamentais – portanto, incluídos aí os Direitos da Personalidade, tendo em vista inclusive sua dupla normatização civil-constitucional – como direitos de dupla natureza. Ou seja, são possuidores de uma dimensão ideal, axiológica, e também de uma dimensão positiva. Essa afirmativa consiste na ideia de que os direitos humanos são fundamentais com base tanto na teoria do discurso quanto na posituação de seus ditames cor-

respondentes.¹¹ Além do mais, sendo esses direitos naturalmente abstratos, se referindo “simplemente a objetos tales como libertad e igualdad, vida y propiedad, así como a la libertad de expresión y la protección del honor”¹², “los derechos humanos colisionan inevitablemente con otros derechos humanos y con bienes colectivos como la protección del medio ambiente y la seguridad pública. Los derechos humanos, en consecuencia, requieren de la ponderación”¹³. Como bem aponta Luis Roberto Barroso,

Com as mesmas características normativas dos princípios - na verdade, como uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana - colocam-se boa parte dos direitos fundamentais, cuja proteção foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. Princípios e direitos previstos na Constituição entram muitas vezes em linha de colisão, por abrigarem valores contrapostos e igualmente relevantes, como por exemplo [...] direitos da personalidade.¹⁴

A textura aberta desses direitos, assim, sobrevive, apesar da sua posituação. E essa característica, para Alexy, é reservada a todos os direitos fundamentais.

4. A APLICAÇÃO BRASILEIRA DA PROPORCIONALIDADE E O JUS-HUMANISMO NORMATIVO

A técnica hermenêutica da proporcionalidade orientada aos direitos da personalidade é também utilizada largamente em nossos tribunais:

Como não existem antinomias no plano constitucional, sobretudo em relação aos direitos fundamentais, se os direitos da personalidade (CF, art. 5º, V e X) estiverem em confronto, em dado contexto fático, com outro direito de igual estatura constitucional, como o direito à manifestação do pensamento e o direito à informação (CF, arts. 5º, IV, IX e XIV e 220), cabe ao juiz proceder

8 ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril 2011, p. 12.

9 GUERRA FILHO, Willis S. O princípio constitucional da proporcionalidade. In *Revista TRT 15ª Região*, n. 20/2012.

10 ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril 2011, p. 23.

11 ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril 2011, p. 25.

12 ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril 2011, p. 25.

13 ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril 2011, p. 25.

14 BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e a Lei da Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Jan./Mar. 2004, p. 4.

a uma valoração, segundo o princípio da proporcionalidade, hábil a desvendar aquele que, na espécie, deve ser prestigiado judicialmente.¹⁵

Também vale citar, ademais, à título exemplificativo, o seguinte trecho de decisão do ministro Massami Uyeda da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ainda em 2007, que decidiu dizendo que liberdade de informação e de “manifestação do pensamento não constitui direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”.¹⁶

E, na mesma linha, segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em julgado de junho de 2015, conforme as palavras do então relator ministro Celso de Mello:

Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, indicam o princípio da ‘proporcionalidade’ como sendo o meio mais adequado para se solucionar eventuais conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade. Ensinam que, embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito, o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.¹⁷

O método hermenêutico de Alexy, assim, é aquele que – aparentemente – é mais amplamente aceito e utilizado como método de ponderação, através da proporcionalidade, também nos casos de colisão que envolvam direitos da personalidade, pela nossa doutrina e jurisprudência brasileira. Porém, dizemos “aparentemente” pois entendemos que algumas críticas devem ser opostas tanto a essa ideia difundida quanto ao próprio pensamento do autor suprarreferido. E isso será feito ao mesmo tempo em que, neste momento, discorreremos sobre a proporcionalidade quando inserida na teoria do jus-humanismo normativo, e porque entendemos que essa é a teoria que melhor se enquadra no contexto jurídico-constitucional pátrio, principalmente ao tratarmos de direitos da personalidade.

15 BRASIL. 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível 2012.01.1.160951-4. Relator Desembargador James Eduardo Oliveira.

16 BRASIL. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 783.139/ES. Relator Ministro Massami Uyeda.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 683.751/RS. Relator Ministro Celso de Mello.

Lenio Luis Streck pretende em muitos de seus trabalhos realizar críticas não só à teoria de Alexy propriamente dita (tendendo Streck mais para o pensamento de Ronald Dworkin) como também ao que o jurista brasileiro chama de “problema da aplicação da sua teoria no Brasil”¹⁸.

Streck, por exemplo, criticando a demanda por utilização da ponderação contida no art. 489 do novo Código de Processo Civil, afirma que, no Brasil, “não é possível encontrar tribunal que tenha aplicado as fórmulas criadas por Alexy, o que revela que sua tentativa de criar um ‘processo decisório rígido’ fracassou diante do uso desse procedimento como mero ‘método de ocultação’ da discricionariedade”¹⁹.

No que se refere à aplicação da teoria de Alexy em território pátrio, tendemos, de certa maneira, a concordar com parte da argumentação de Streck, no sentido de que a aplicação daquela teoria realmente não é sempre realizada à risca. Alexy já deixou bem claro que, na aplicação da proporcionalidade *stricto sensu*, “la fuerza de los principios se incrementa de manera directamente proporcional al incremento de la intensidad de la interferência”²⁰. Porém, o mesmo autor, como bem já salientou Willis Santiago Guerra Filho, não “estabelece um limite para além do qual seria inadmissível a restrição de um direito, ainda que em benefício de outro”²¹. E esse limite, para o jus-humanismo normativo, é a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, estão de acordo, entre outros juristas, o próprio Guerra Filho,

18 TRINDADE, André K.; STRECK, Lenio Luiz. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. *Conjur*. Abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em 18 ago. 2016.

19 STRECK, Lenio Luiz. Técnica de ponderação no Novo CPC. Debate com o Professor Lênio Streck. *Jornal Carta Forense*. Fev. 2016. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/302533403/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-debate-com-o-professor-lenio-streck>>. Acesso em 18 ago. 2016.

20 ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril 2011, p. 16, 17.

21 GUERRA FILHO, Willis S. *Conceito essencial de Norma de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://drwillisguerra.blogspot.com.br/2012/12/conceito-essencial-de-norma-de-direitos.html>>. Acesso em 17 ago. 2016.

Thiago Lopes Matsushita²², Lauro Ishikawa²³, Túlio Augusto Tayano Afonso²⁴, entre outros, conforme dita doutrina de origem nacional.

Como já transcrevemos acima um dos posicionamentos do STJ, nas palavras do ministro Massami Uyeda, que decidiu dizendo que “liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constitui direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, *bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*”²⁵. Esse pré-requisito de ofensa à dignidade da pessoa humana não é parte da fórmula de Alexy, mas, mesmo assim, acabou sendo incorporado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, esse sendo um dos fundamentos da decisão do STJ, possibilita-se uma aplicação decisória embasada sob critérios hermenêuticos da dignidade da pessoa humana, através da proporcionalidade mas além da lição de Alexy, já que, para o jus-humanismo normativo, inovando sobre a teoria do jurista alemão, o limite “é a dignidade humana, que em uma situação concreta de colisão entre outros princípios e os direitos fundamentais a eles correspondentes não pode jamais

ser anulada”²⁶.

Com efeito, “a linha que a proporcionalidade tem característica própria que não permite a supressão de qualquer direito no conflito de normas, mas sim a sua condensação, compressão, sem exclusão nenhuma”²⁷.

Em outro caso, já salientou o STF, agora nas palavras vencedoras do então ministro Néri da Silveira, relator no caso em comento:

Os direitos em epígrafe possuem duplo caráter: além de constituírem direitos fundamentais (com sua especial proteção pelo ordenamento jurídico) são ao mesmo tempo direitos da personalidade, isto é, essenciais à pessoa, inerentes à mesma e em princípio extrapatrimoniais. Na verdade, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem foram paulatinamente sendo perfilados, primeiramente, como direitos subjetivos da personalidade, com eficácia prevalente no âmbito inter-privado para só mais tarde alcançar a estatura constitucional”. *Não há, em linha de princípio, precedência de um desses direitos sobre os demais, constantes do inciso X, do art. 5º, da Constituição, não cabendo, assim, considerar um deles superior a outro; decerto, todos estão vinculados ao princípio da igualdade da pessoa humana, reconhecido como um dos fundamentos da própria ordem constitucional (Constituição Federal, art. 1º II).*²⁸ (grifo nosso)

Realmente, assim, identificamos uma dissonância nas bases de justificação e fundamentação dos tribunais superiores brasileiros no que diz respeito à proporcionalidade aplicada sobre os direitos da personalidade. E isso por conta também da aplicação da teoria de Alexy só que junto à própria Constituição Federal de 1988 e seus ditames, os quais favorecerem a dignidade da pessoa humana também como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Dizemos isso pois, apesar da dignidade da pessoa humana ser um conceito aparentemente em aberto, de decisão em decisão o Supremo Tribunal Federal dita a interpretação que deve ser majoritária nos casos de conflito com direitos da personalidade no país. E disso não podemos escapar. É mais do que necessário, é premissa de todo processo decisório, que haja alguma instituição, mesmo (ou talvez principalmente) num ambiente democrático, apta a di-

22 Por exemplo, consultar: MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; MATSUSHITA, Thiago L. A verificação do tridimensionalismo do direito econômico na regra matriz da ordem econômica. In: SCALQUETTE, Ana Claudia S.; SIQUEIRA NETO, José Francisco. (coords.) *60 desafios do direito. Direito na sociedade contemporânea*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

23 Por exemplo, consultar: ISHIKAWA, Lauro; ISHIKAWA, Érica Taís F. A Superação da Propriedade Absoluta a Partir da Imposição Constitucional de sua Função Social. *Revista Jurídica CESUMAR*. Mestrado, v. 15, 2015; ISHIKAWA, Lauro. Good governance and the realization of fundamental human rights: analysis of Brazilian practices. In: *2016 Law and Society Association Annual Conference. AT THE DELTA: Belonging, Place and Visions of Law and Social Change*, 2016, New Orleans, 2016; ISHIKAWA, Lauro; GIARDULLI, E. T. F. A Cooperação Internacional e o Direito ao Desenvolvimento na Ótica da Filosofia Humanista de Direito Econômico. In: *XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, 2010, Fortaleza. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010.

24 Por exemplo, consultar: AFONSO, Túlio Augusto T.; CUSTÓDIO, Márcio F. Teoria do Reconhecimento e Trabalho Decente: a vida digna em sua concepção política. In: Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante; Marco Antonio César Villatora. (Org.). *Teoria do Reconhecimento sob a Ótica do Direito do Trabalho*. v. 1. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2016.; AFONSO, Túlio Augusto T. Normas constitucionais inconstitucionais. In: *XII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2015, Bogotá DC., 2015.

25 BRASIL. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 783.139/ES. Relator Ministro Massami Uyeda.

26 GUERRA FILHO, Willis S. *Conceito essencial de Norma de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://drwillisguerra.blogspot.com.br/2012/12/conceito-essencial-de-norma-de-direitos.html>>. Acesso em 17 ago. 2016.

27 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 190.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.040-1/DF. Ministro Néri da Silveira.

zer o direito em sua palavra final, recorrendo, claro, às três dimensões do jus-humanismo normativo, conforme se explica a seguir.

O Tribunal Superior pátrio tem se sustentado na tese de Alexy, só que muitas vezes com a diferença de que tem aplicado a proporcionalidade do jurista alemão buscando atender-se também para os ditames da dignidade da pessoa humana como um limite para a própria limitação dos princípios normativos em conflito.

É também observando esse critério que Matsushita vai salientar que o princípio da proporcionalidade é um princípio absoluto, no sentido de que estabelece o limite (dignidade da pessoa humana) para se poder estabelecer o limite (ponderação) no confronto entre normas: “para que seja possível aplicar o direito de uma forma mais adequada e, tendo como elemento obrigatório dessa verdade proposta o princípio absoluto da proporcionalidade se atingirá a justiça”.²⁹

O jus-humanismo normativo, assim, traz uma nova roupagem às colisões em matéria de direitos da personalidade, objetivando congregar o realismo jurídico, o positivismo e os direitos humanos em cadeia de adensamento. Dessa forma, dois critérios são propostos por essa teoria: primeiro, que devem ser levados em consideração, no momento da hermenêutica da decisão, tanto os direitos humanos, inclusive aí os direitos da personalidade, quanto o direito positivo, da mesma forma as regras jurídicas e seus princípios preponderantes ao caso, quanto a doutrina e as decisões já estabelecidas nos tribunais, a fim de se respeitar os ditames do denominado por Dworkin de “história institucional”, mas não só. Todos esses pressupostos, ou fontes decisórias, - agora o segundo critério -, devem estar em cadeia de adensamento e em primazia à dignidade da pessoa humana, ou seja, proporcionalmente à justiça coerente com os ditames daquela.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria de Robert Alexy relativa à proporcionalidade é tida como adotada largamente pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Porém, vale salientar que

constantemente os Tribunais Superiores pátrios incorporam a dignidade da pessoa humana inclusive como limite de restrição ao direito da personalidade em conflito, o que, na verdade, se aproxima em muito da teoria do jus-humanismo normativo, a qual, de origem brasileira, fomenta uma hermenêutica da proporcionalidade só que, ao contrário de Alexy, evocando um adensamento entre os direitos.

Isso não quer dizer que não se deve fazer um balançamento entre as normas em colisão, mas se realiza um adendo à teoria de origem germânica e se propõe que a norma a ser considerada em um grau mais baixo de aplicação deverá não ser tão baixo a ponto de impedir que seja salvaguardada a dignidade à todos, salvaguarda essa premente à realização sistêmica de nossa Constituição Federal de 1988 e aos direitos humanos universalmente considerados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Túlio Augusto T. Normas constitucionais inconstitucionais. In: *XII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2015, Bogotá DC., 2015.

____; CUSTÓDIO, Márcio F. Teoria do Reconhecimento e Trabalho Decente: a vida digna em sua concepção política. In: Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante; Marco Antonio César Villatora. (Org.). *Teoria do Reconhecimento sob a Ótica do Direito do Trabalho*. v. 1. 1 ed. São Paulo: LTr, 2016.

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

____. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, enero-abril 2011.

ANDRADE, Fabio S. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista Derecho del Estado*, 30, enero-junio 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e a Lei da Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Jan./Mar. 2004.

29 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 180.

BRASIL. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 783.139/ES. Relator Ministro Massami Uyeda.

____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.040-1/DF. Ministro Néri da Silveira.

____. 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível 2012.01.1.160951-4. Relator Desembargador James Eduardo Oliveira.

____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 683.751/RS. Relator Ministro Celso de Mello.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (org.) *A parte geral do novo Código Civil*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GUERRA FILHO, Willis S. *Conceito essencial de Norma de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://drwillisguerra.blogspot.com.br/2012/12/conceito-essencial-de-norma-de-direitos.html>>. Acesso em 17 ago. 2016.

ISHIKAWA, Lauro; GIARDULLI, E. T. F. A Cooperação Internacional e o Direito ao Desenvolvimento na Ótica da Filosofia Humanista de Direito Econômico. In: *XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, 2010, Fortaleza. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010.

____; ISHIKAWA, Érica Taís F. A Superação da Propriedade Absoluta a Partir da Imposição Constitucional de sua Função Social. *Revista Jurídica CESUMAR*. Mestrado, v. 15, 2015.

____. Good governance and the realization of fundamental human rights: analysis of Brazilian practices. In: *2016 Law and Society Association Annual Conference: AT THE DELTA: Belonging, Place and Visions of Law and Social Change*, 2016, New Orleans, 2016.

MATSUSHITA, Thiago L. A verificação do tridimensionalismo do direito econômico na regra matriz da ordem econômica. In: SCALQUETTE, Ana Claudia S.;

SIQUEIRA NETO, José Francisco. (coords.) *60 desafios do direito. Direito na sociedade contemporânea*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

____. *O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

STRECK, Lenio Luiz. Técnica de ponderação no Novo CPC. Debate com o Professor Lênio Streck. *Jornal Carta Forense*. Fev. 2016. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/302533403/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-debate-com-o-professor-lenio-streck>>. Acesso em 18 ago. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

____. Cidadania e direitos da personalidade. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil*. Jan./Jun. 2003.

TRINDADE, André K.; STRECK, Lenio Luiz. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. *Conjur*. Abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em 18 ago. 2016.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES – pela Bolsa de Pesquisa concedida à pesquisa de Pós-Doutorado do co-autor Rodrigo de Camargo Cavalcanti, que permitiu a realização do presente trabalho; e ao Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR) pelo imprescindível suporte institucional.