



PRESSUPOSTOS PARA O ESTUDO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ASSUMPTIONS FOR THE STUDY OF PERSONALITY RIGHTS IN DOGMATIC FUNDAMENTAL RIGHTS

Cristhian Magnus De Marco

Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Unoesc. Graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, em 1996. Mestrado em Direito (Instituições Jurídico-Políticas) pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, em 2000. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre (Área de Concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado), em 2012. Editor Adjunto da Revista Espaço Jurídico/Espaço Jurídico Journal of Law. E-mail: cristhian.demarco@unoesc.edu.br

Riva Sobrado de Freitas

Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1982), obteve seu mestrado (1996) e doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Em 2007, realizou seu Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra - Portugal. Foi Professora Assistente-Doutora da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1988-2012). Atualmente é Professora e Pesquisadora do Programa de pesquisa, extensão e graduação em Direito da UNOESC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direitos humanos, garantias fundamentais, direito do estado e direito processual civil. E-mail: rivafreit@ig.com.br

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar alguns pressupostos jusfilosóficos da Teoria dos Direitos Fundamentais. Esses pressupostos, por serem os próprios fundamentos do direito contemporâneo, neoconstitucional, também devem constituir-se a base de uma Teoria dos Direitos da Personalidade. Com efeito, a constitucionalização do Direito Privado é fenômeno praticamente incontroverso na Ciência Jurídica, contudo, ainda não há sedimentação de uma dogmática mais ou menos uniforme, especialmente no Brasil, para a aplicação de direitos privados, com base em normas principiológicas. Assim, valendo-se de uma metodologia

multidimensional, que procura reconhecer no fenômeno jurídico as dimensões: analítica ou conceitual, empírica ou de validade e normativa ou de crítica, este artigo conclui, ao final, que, em razão da natureza principiológica dos Direitos da Personalidade, a dogmática dos Direitos Fundamentais supera os tradicionais cânones interpretativos do Direito Privado, sendo mais consentânea com os avanços da hermenêutica filosófica e com as necessidades contemporâneas de Estados democráticos e multiculturais.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade; Direitos Fundamentais; Hermenêutica.

Abstract

This paper aims to present some philosophy assumptions of the Theory of Fundamental Rights. These assumptions, because they are the very foundations of contemporary law, neoconstitucional, should also constitute the basis for a Theory of Personality Rights. Indeed, the constitutionalization of private law is almost uncontroversial phenomenon in Juridical Science, however, there is no sedimentation of a more or less uniform dogmatic, especially in Brazil, for the imposition of private standards based in principles. Thus, using a multidimensional approach, which seeks to recognize the legal phenomenon dimensions: analytical or conceptual, empirical and normative or validity or criticism, this article concludes, finally, that, because the principled nature's Rights Personalidade, dogmatics of Fundamental Rights overcomes the traditional interpretative canons of Private Law, being more in line with advances in philosophical hermeneutics and the needs of contemporary democratic and multicultural.

Keywords: Personality Rights, Fundamental Rights; Hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não prevê literalmente no seu catálogo de direitos fundamentais a expressão “direito da personalidade” ou direito ao “desenvolvimento da personalidade”, como o fazem as constituições de Portugal, Espanha, Itália e Alemanha, dentre outras.

Há, contudo, no preâmbulo da CR/88, uma referência ao *desenvolvimento*, em geral, como valor supremo da sociedade brasileira. No artigo 205, a Constituição expressa que a educação é um direito de todos e visa o *pleno desenvolvimento da pessoa*. E, ainda, no artigo 216-A, está normatizado que o sistema de política cultural no Brasil tem por objetivo promover o *desenvolvimento humano*. Esses preceitos densificam e proporcionam a inferência de normas relativas a um direito geral da personalidade a partir da Constituição brasileira. Mas, sem dúvida, a principal disposição constitucional que fundamenta a existência de um direito geral e fundamental da personalidade *prima facie*, é o artigo 1º, inciso III, que estabelece a *dignidade humana* como fundamento da República brasileira.

A amplitude semântica do âmbito da proteção da dignidade humana pode ser um fator que dificulte a identificação de restrições legítimas ou ilegítimas aos direitos da personalidade. Por outro lado, a simples previsão constitucional ou legal de um direito geral ao desenvolvimento da personalidade não modifica essa situação.

Por isso, o objetivo deste artigo é propor a aplicação de alguns pressupostos jusfilosóficos e dogmáticos da teoria desenvolvida para os direitos fundamentais à

teoria dos direitos da personalidade.

O trabalho emprega metodologia multidimensional, tal como proposta por Robert Alexy (2008, p. 37). Com isso, procura-se perceber o fenômeno jurídico em três dimensões: 1) dimensão analítica - responsável por proporcionar clareza conceitual; 2) dimensão empírica - encarregada do conhecimento do direito positivo válido; e 3) dimensão normativa - em que se desenvolvem juízos de valor sobre o direito e sua *praxis*. Para Alexy, a combinação dessas dimensões é uma condição imprescindível para que a ciência jurídica tenha racionalidade como disciplina prática.

Nessa perspectiva, Alexy não está a propor um novo método, capaz de dissipar a “insegurança jurídica” gerada pela abertura semântica inerente a qualquer texto, inclusive aos textos normativos. A integração dessas dimensões do direito exige esforço discursivo, sem a pretensão do estabelecimento arbitrário de uma verdade, mas sim, com a finalidade de proporcionar um diálogo racional, criando condições para a manifestação intersubjetiva das compreensões do mundo.¹

2. PROJETO HERMENÊUTICO PARA O ESTUDO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Nesta primeira parte do desenvolvimento do texto serão estabelecidos alguns acordos semânticos, na tentativa de minimizar as inevitáveis polissemias das expressões jurídicas utilizadas no decorrer do texto.

Para tanto, será útil a distinção entre *conceito* e *concepção*, apresentada por Dworkin (1978, p. 134-135). Para ele, trata-se de um contraste entre níveis de abstração. No nível do conceito, as ideias são mais distintas e, por isso, utilizadas em todas as interpretações. Já as concepções estão numa ambiência de controvérsia latente que devem ser identificadas e assumidas para aprimorar o argumento e melhorar a compreensão da comunidade sobre o seu ambiente intelectual.

Os direitos da personalidade podem ser trabalhados por duas concepções distintas. Uma civilista e outra constitucionalista. O presente trabalho posiciona-se nesta última, tendo como objetivo propor alguns conceitos úteis para o tratamento dogmático da rede de posições, bens, valores, interesses e relações jurídicas decorrentes da inter-relação entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, ou, como também se pode dizer, da constitucionalização do direito civil.

Para estruturar suficientemente o principal argumento deste texto, segundo o qual os direitos da personalidade só serão corretamente analisados e aplicados se receberem aportes da dogmática dos direitos fundamentais, é necessário que essa dogmática seja aberta (transdogmática),² renovada e direcionada ao mundo da prática, da realidade e da transformação social. Essa proposta se coaduna com a proposta de Gadamer (2007, p. 408) segundo a qual um texto legal deve ser concretizado em sua

¹ Gadamer faz despertar para a insuficiência dos “cânones” metodológicos, sem aniquilar com a possibilidade do diálogo, do saber e da racionalidade, como propostos por Alexy. “No conjunto da nossa investigação mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. [...] O que o instrumental do “método” não consegue alcançar deve e pode realmente ser alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade” (GADAMER, 2007, p. 631).

² “[...] Direito vivo, que se deve entender ‘transdogmaticamente’.” FREITAS (2010, p. 289).

validez jurídica: “devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta”.

Emperspectiva favorável ao uso da categoria *dogmática jurídica*, Lênio Streck (2007, p. 345) afirma que: “não há direito sem dogmática”. Deve-se trilhar o caminho da dogmática crítica, que não encobre o acontecer humano, o seu agir propriamente dito. A hermenêutica clássica³, que é pura técnica, ao colocar a linguagem como um terceiro ente que liga o sujeito (cognoscente: o jurista) ao objeto (a ser conhecido: o direito), impede que se vislumbre o acontecer na própria linguagem. É a mudança de um paradigma sujeito-objeto para um paradigma sujeito-sujeito, bem explicada por Gadamer (2007, p. 445):

Na verdade, jamais existirá um leitor ante o qual se encontre simplesmente aberto o grande livro da história do mundo, assim como não há um leitor que tome um texto e simplesmente leia o que está nele. Em toda leitura tem lugar uma aplicação, e aquele que lê um texto se encontra, também, ele, dentro do sentido que percebe. Ele próprio pertence ao texto que compreende. [...] O leitor pode e até precisa reconhecer que as gerações vindouras compreenderão de uma forma diferente o que ele leu nesse texto.

Pode-se dizer, também metaforicamente, que jamais existirá um jurista com o grande livro da Ciência Jurídica aberto, capaz de encontrar nele um texto com a solução definitiva para os problemas hipotéticos e reais que exigem respostas do Direito. Toda compreensão já é uma aplicação (impregnada de pré-compreensões⁴ históricas). E, como assegura Gadamer (2007, p. 29), essa tarefa “[...] não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo”. Juarez Freitas (2010, p. 66) realça que, quem interpreta não é mero descobridor e revelador de significados, mas sim: “espécie de conformador prescritivo ou partícipe estruturador”.

Para Morin (2000, p. 18), é importante refletir sobre a *condição humana*, em qualquer exame interpretativo que se faça: “[...] todo conhecimento comporta o risco do erro e da ilusão”. E segue dizendo: “o conhecimento não é um espelho das coisas ou do mundo externo. Todas as percepções são, ao mesmo tempo, traduções e reconstruções cerebrais com base em estímulos ou sinais captados e codificados pelos sentidos” (MORIN, 2000, p. 20). Morin, com a sua *Teoria da Complexidade*, defende que o conhecimento científico é “poderoso meio de detecção dos erros e de luta contra ilusões”. Deve-se cuidar com os erros: a) mentais (sonhos, desejos, ideias, fantasias,

³ É considerada como hermenêutica clássica aquela praticada a partir de Cânones como os apresentados por Savigny (1979). A importância da atividade judicial na interpretação do sistema jurídico constitucional italiano na atualidade, em razão da insuficiência dos cânones tradicionais e da aplicação de novas técnicas decisórias como: a) o juízo por valores (*il giudizio per valori*); b) balanceamento (*il necessário bilanciamento*); c) o controle da razoabilidade da lei (*il controllo della ragionevolezza della leggi*). (ROMBOLI, 2009)

⁴ A noção de pré-compreensão de Gadamer é espelhada no pensamento de Martin Heidegger (2002, p. 207): “A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. [...] Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.”

recordações, projeções), b) intelectuais (teorias, doutrinas, ideologias), c) da razão (“A racionalidade é a maior proteção contra o erro e a ilusão”. Mas, perverte-se em racionalização, quando, ao se apresentar como sistema lógico perfeito, não se abre à contestação de argumentos e à verificação empírica); e, d) cegueira paradigmática (zona invisível que, no ocidente, insiste em separar o sujeito do objeto, a alma do corpo, a existência da essência. É a disjunção do mundo em mundo dos objetos e mundo dos sujeitos).

Compreendemos então um problema essencial: complementar o pensamento que separa com outro que une. Complexus significa originariamente o que se tece junto. O pensamento complexo, portanto, busca distinguir (mas não separar) e ligar. Ao mesmo tempo, impõe-se, como vimos acima, outro problema crucial: tratar a incerteza. Por quê? Porque por toda parte, nas ciências, o dogma de um determinismo universal desabou, enquanto a lógica, chave-mestra da certeza do raciocínio, revelou incertezas na indução, impossibilidades de decisão na dedução e limites no princípio do terceiro incluído. Assim, o objetivo do pensamento complexo é ao mesmo tempo unir (contextualizar e globalizar) e aceitar o desafio da incerteza. (MORIN, 2000, p. 15).

Gadamer (2007, p. 256) conflui nesse aspecto ao sustentar que: “[...] quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas.” Por isso - e esse aspecto é fundamental para o presente trabalho, pois que a pretensão é analisar a eficácia de textos (Constituição, Código Civil, Jurisprudência) - Gadamer (2007, p. 358) segue a ressaltar que “[...] uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto.” Mas, “o que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que, o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais”.

A alteridade dos textos da Constituição e da legislação infraconstitucional serão parâmetros hermenêuticos e argumentativos que aqui serão respeitados. Poder-se-ia, mesmo assim, perquirir-se filosoficamente sobre a legitimidade de tais documentos tipicamente modernos. Porém, nesse aspectos, serão tomados como pressupostos: o comportamento e o papel do Estado contemporâneo (pós-moderno?)⁵ e a origem consequente de um direito contemporâneo (neoconstitucional?)⁶. A Constituição não mais vista somente como carta política, destituída de normatividade, mas carregando

⁵ “O Estado pós-moderno guarda, assim, a forma e os atributos de um Estado, mesmo que a sua lógica de funcionamento se encontre profundamente modificada. Resta saber se esse equilíbrio complexo de um Estado pós-moderno que, ainda que apresente características novas, não deixa de estar impregnado pelos valores da modernidade, é destinado a ser duradouro: o Estado pós-moderno é uma forma política ambígua, incerta, e por essência mesmo, evolutiva; enquanto tal, ele constituirá, sem dúvida, uma transição em direção a uma concepção diversa de organização política, rompendo dessa vez com a racionalidade estatal”. (CHEVALLIER, 2009, p. 277)

⁶ “As transformações que o direito sofre podem, com efeito, ser objeto de muitas interpretações. Pode-se nelas ver tanto a expressão de um mero processo de adaptação de um modelo que, na sua racionalidade profunda, mantém-se inalterado, como o início de uma ruptura com a concepção moderna de direito, ilustrada pela aparição de um direito “flexível”, “solúvel”, “líquido”, ou ainda o anúncio de uma mudança progressiva em direção a um novo “paradigma”[...]: enquanto o direito moderno fundou-se sobre um “modelo piramidal”, em que o Estado é a sede de toda a juridicidade (direito “jupiteriano”), um novo modelo tende a emergir, aquele de um “direito em rede”, no qual o campo jurídico se apresenta sob a forma de uma multiplicidade de pontos de inter-relação (direito de “Hermes”), aberto, flexível, lábil, o

em si a densidade valorativa de uma comunidade por meio de verdadeiros enunciados normativos (isto é, que se completarão em normas no decorrer de sua aplicação).⁷

Esse novo constitucionalismo encontra sua legitimidade no momento em que, direitos fundamentais e democracia tornam-se os valores fundantes de uma sociedade que pretende se apresentar como civilizada. Juarez Freitas (2010, p. 192) entrelaça neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e democracia num exemplo: “[...] a decisão eventualmente protetora de minorias, embora contramajoritária na aparência atual, pode estar perfeitamente em consonância com a maioria que constituiu a Carta como ordem de princípios fundamentais e superiores”.

É legítima a utilização de categorias dogmáticas reconhecidas, estruturadas e aplicadas na prática jurídica dos direitos fundamentais, inserindo-as num projeto hermenêutico que busca, na compreensão da temática, viabilizar a maior eficácia possível aos direitos da personalidade. Mas, direitos da personalidade são direitos fundamentais? Quais são os direitos da personalidade? A tentativa de fundamentação provisória a essa resposta perpassará o texto que segue, sem respostas absolutas, que seriam, para Juarez Freitas, “a soberba paralisante das soluções únicas” (FREITAS, 2005, p. 352).

Essas são, portanto, algumas premissas do presente artigo, que podem ser resumidas no propósito de trabalhar com uma nova dogmática do direito, adequada aos avanços da hermenêutica filosófica, aliando a preocupação conceitual, sem contudo, exacerbá-la, às instigantes peculiaridades que se apresentam nos casos concretos.

3. OS LIMITES DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE SÃO OS LIMITES DA LINGUAGEM

A emergência dos estudos sobre direitos fundamentais deve-se em grande medida a Immanuel Kant⁹. Nessa perspectiva, os direitos humanos são alicerçados na razão, que é capaz de conduzir o homem à felicidade desde que, obedeça aos postulados da ética e da moral. O direito e a justiça, de igual modo, se identificam com o imperativo categórico em suas três máximas: 1) age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza; 2) a máxima do meu agir deve ser por mim entendida como uma lei universal, para que todos a sigam (imperativo universal); e 3) age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca apenas como um meio (imperativo prático).¹⁰

direito tende a transformar-se no produto aleatório de um conjunto de sistemas de interação.” (CHEVALLIER, 2009, p. 124-125). Sobre essa concepção, observar: (OST, 1993) e (STRECK, 2010).

⁷ “Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo.” (ALEXY, 2008, p. 54).

⁸ “Quem quiser compreender um texto deve estar pronto a deixar que ele lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência educada hermeneuticamente deve ser preliminarmente sensível à alteridade do texto. Essa sensibilidade não pressupõe 'neutralidade' objetiva nem esquecimento de si mesmo, mas implica numa precisa tomada de consciência das próprias pressuposições e dos próprios pré-juízos [...]” (GADAMER, 2007, p. 631).

⁹ Sobre o assunto, conferir: TORRES, 2009, p. 25; HÖFFE, 2005, e BARROSO, 2013.

¹⁰ “Todos os imperativos se exprimem pelo verbo dever (sollen), e mostram assim a relação de uma lei objetiva da razão para uma vontade que segundo a sua constituição subjectiva não é por ela

Assim, Kant estabelece uma dinâmica dos deveres inerentes ao ser humano baseada em princípios e postulados normativos, que, em certa medida, confundem-se com as próprias normas jurídicas, uma vez que, estas também devem ter como finalidade última a felicidade humana.

Notadamente influenciado pela aspiração kantiana iluminista, Hans Kelsen (2002) estabeleceu uma estrutura piramidal das normas baseadas na simples relação de validade/invalidade entre elas. Kelsen expulsou, todavia, as questões complexas que relacionam o direito com a moral para fora da “ciência pura do direito”, vinculando-as à política e a filosofia do direito.

Mas, Kant deixou um legado mais amplo, concernente à relativização do saber humano, que é a sua própria crítica à razão. Segundo ele, o homem não é capaz de conhecer plenamente os objetos reais. O conhecimento é apenas fruto da capacidade humana de pensar sobre os objetos. Afirma o professor de Königsberg:

A “realidade” de uma coisa diz com mais segurança de uma coisa que a sua possibilidade, porém não mais 'na coisa'; porque a coisa não pode conter nunca na realidade mais do que estava contido na sua possibilidade completa. Mas como a possibilidade era apenas uma 'posição' da coisa em relação ao Entendimento (no seu uso empírico), a realidade é, ao mesmo tempo, o encadeamento da coisa com a percepção. (KANT, 1989, p. 117)

Essa razão prática que, para Kant, está ligada à autonomia do ser humano em fixar suas próprias leis, sofre um “câmbio paradigmático por meio do giro-linguístico (e linguístico ontológico). Esse sujeito individual soçobra em face da relação sujeito-sujeito”(STRECK, 2006, p. 35):

O giro linguístico é resultado das rupturas provocadas por Wittgenstein e Heidegger, mostrando a impossibilidade de fundamentar a razão. É como se houvesse um novo fundamento de validade de cunho paradigmático, que afeta todas as categorias do conhecimento. O paradigma da filosofia da consciência não foi superado em face da substituição da razão prática pela razão comunicativa, mas, sim, foi a razão prática que tomou outra dimensão em face do câmbio paradigmático.

A chamada *virada linguística* encontra conceito na máxima de Wittgenstein (1961, p. 111): “Os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo”. A razão prática é vista aqui como uma razão comunicativa, tornando a linguagem uma condição de possibilidade. Nesse sentido, Lênio Luiz Streck (2006, p. 37) complementa:

Não se trata, portanto, nesse nível, de irracionalismo, mas, antes, da condição primeira que deve ser pensada para que se torne possível

necessariamente determinada (uma obrigação). Eles dizem que seria bom praticar ou deixar de praticar qualquer coisa, mas dizem-no a uma vontade que nem sempre faz qualquer coisa só porque lhe é representado que seria bom fazê-la. Praticamente bom é, porém aquilo que determina a vontade por meio de representações da razão, por conseguinte não por causas subjectivas, mas objectivamente, quer dizer por princípios que são válidos para todo o ser racional como tal.” (KANT, 1960, p. 64).

qualquer discurso ético. Desse modo, a filosofia hermenêutica, longe de negar qualquer aspecto da legitimidade da argumentação (ou de qualquer teoria discursiva), quer abrir o espaço em que todo o argumentar é possível. [...] Isso nunca significou eliminar a dimensão lógica e racional do discurso; é evidente que não. Significa que o discurso sempre é acompanhado e precedido por uma antecipação de sentido, que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre, e que se funda no encontro hermenêutico.

Richard Rorty (1992, p. 1) ironiza que a história da filosofia é marcada pela revolta dos filósofos contra as ideias de seus predecessores, lutando para que sua filosofia seja reconhecida como científica, com reconhecimento universal pelos seus méritos e procedimentos. Isso sucedeu com Descartes, Kant, Husserl, Wittgenstein e outros. O remédio tipicamente adotado é a apresentação de um novo método que se encarregará de tornar as ideias mais claras e distintas.

Na busca filosófica pelo novo, mais claro e mais distintivo, divisa-se a *virada linguística*. A filosofia da linguagem é compreendida como uma mudança da filosofia da consciência, portanto, individual, para uma filosofia prática, intersubjetiva. Os fatos reguladores da sociedade, direito, ética e moral, por exemplo, não surgem da inferência isolada de um indivíduo, mas, das regras linguísticas formadas por meio de jogos de linguagens perpetrados pela comunidade em ação (pragmática), que se formam em convenções ao longo da história, do costume.

O positivismo jurídico normativista de matriz oitocentista, napoleônico, conduz à identificação do direito com a lei positivada vigente.¹¹ O consequente método para a solução dos problemas jurídicos é a subsunção, ou seja, a aplicação de uma lei genérica ao fato concreto. A *mera* escolha da lei aplicável torna-se um ato não somente discricionário, mas também, arbitrário, tendo em vista que, o jurista (sujeito) interpreta a lei (objeto) que se acopla a determinada circunstância, produzindo assim uma nova lei para o caso concreto.

A linguagem, nessa concepção, fica entre o homem e o objeto como uma ponte. A compreensão, destarte, se encontra na própria essência dos objetos ou na consciência dos homens (sujeito cognoscente). Um juiz de direito estaria autorizado a decidir de forma solipsista (baseado em sua experiência interior e pessoal ou, sua própria compreensão da lei e dos fatos) acerca de um determinado caso concreto. Exsurge daí, a verdade hipostasiada, ou seja, que transforma uma relação meramente lógica em realidade ou substância ficcional.

Em razão disso, as pré-compreensões manifestadas neste artigo quanto aos direitos da personalidade partem do pressuposto de que o processo hermenêutico acontece no intérprete, sempre numa relação intersubjetiva, não havendo justificativa para uma cisão completa entre sujeito e objeto.

Na filosofia da linguagem, a linguagem é a própria condição de compreensão. Os objetos só podem ser compreendidos por meio da história tanto do sujeito como do objeto. Não há cisão entre eles, mas inter-relação. Assim, a compreensão passa a ter uma ligação sujeito-sujeito, ou intersubjetiva.

É crucial pensar num direito geral da personalidade inserido no contexto do atual período histórico. Numa cultura científica que, contemporaneamente, se apresenta

¹¹ Sobre o assunto, conferir: SARMENTO, 2010, p. 92.

como pós-metafísica, propugna-se um novo racionalismo com bases intersubjetivas. As leis que interferem nos direitos da personalidade são muitas e mutáveis; por isso, seus estudos não podem se resumir a um direito positivista “de racionalidade difusamente perfeita” apesar da “catarse da codificação”.¹² A tensão hermenêutica e os encontros intertextuais¹³ nos direitos da personalidade transparecem suas possibilidades de abertura ao contraditório e à vivacidade. Porém, sempre é necessário o exame dos contextos, da realidade dos casos concretos, da necessidade de revisão e superação de conceitos, enfim, da valorização do jogo democrático de razões e contrarrazões.

O dever de fundamentação, em razão dessa percepção a partir de uma virada linguística, não se contenta com a mera referência autoritária à lei, ou às súmulas, como objetos bastantes em seus significados, os quais podem naturalmente ser inferidos pelo humano. As razões devem ser claras, ponderadas, sopesadas; são projetos hermenêuticos.¹⁴

Esse dever de fundamentação é, também, um dever de honestidade. Deverá ser fruto da compreensão democraticamente explícita, não da mera aplicação formal de fórmulas ou métodos. Na filosofia hermenêutica, a fundamentação ocorre antecipadamente, ou seja, na pré-compreensão do sujeito. Mesmo assim, como sustenta Alexandre Moraes da Rosa (2010, p. 7): “evidentemente, há o dever de fundamentar as escolhas, isto é, reconstruir narrativamente o caminho de uma compreensão que acontece em face do ser - aí, onde reside, talvez, a última garantia do sujeito”.

Nas propostas teóricas de Robert Alexy (2008) e Ronald Dworkin (1978) evidentemente estão hauridas as mudanças filosóficas paradigmáticas da linguagem e da hermenêutica-filosófica. Alexy empreende esforços para mostrar que, as decisões constitucionais tomadas pelo Tribunal Constitucional Alemão podem ser racionais, mesmo decidindo sobre princípios. Assim, devido à amplitude de possibilidades de significados que podem ser atribuídos a essa espécie de norma, por serem em geral (mas nem sempre) mais genéricas que as regras, o autor despense não pouca argumentação para sustentar sua *teoria dos direitos fundamentais*. É uma teoria sobre a “argumentação” dos direitos fundamentais, todavia, no momento em que se percebe que a existência de um direito fundamental depende totalmente da *linguagem*(discurso)

¹² “Expressões utilizadas por ANTUNES, 2002, p. 25.

¹³ “Encontro de todas as leituras jurídicas e não-jurídicas num horizonte heurístico e não axiomático.” (ANTUNES, 2002, p. 26).

¹⁴ Lênio Luiz Streck (2010), em artigo intitulado “aplicar a 'letra da lei' é uma atitude positivista?” defende o respeito que se deve ter à “alteridade do texto”, expressão gadameriana pela qual a hermenêutica filosófica se refere à importância do texto como ponto de partida hermenêutico. Além disso, o autor desfere crítica ao modelo argumentativo de Robert Alexy, acusando-o de “razão prática eivada de solipsismo”. E, ainda, critica fortemente a cultura codicista ultrapassada e não adequada aos preceitos do neoconstitucionalismo. De fato, a ruptura proposta pelo constitucionalismo contemporâneo representa, ao nosso sentir, um grande avanço dogmático e uma nova abertura de possibilidades para a efetivação da dignidade humana, valor este relegado em segundo plano na cultura patrimonialista dos códigos. Entretanto, não se pode confundir a ideologia carregada por cada um desses modelos com a atual necessidade de fundamentação democrática e racional das decisões no âmbito do Estado Democrático de Direito, notadamente em razão da abertura textual principiológica das constituições e das leis infraconstitucionais, cujos textos carregam explicitamente opções morais. Alexy, parece-nos empenhado num sério compromisso democrático de oferecer uma teoria que exija um procedimento para a tomada de decisões, cujo conteúdo possa ser metodicamente aberto ao controle intersubjetivo (não solipsista).

que o sustenta, nota-se que a teoria argumentativa torna-se efetivamente uma teoria sobre os próprios direitos fundamentais.¹⁵

Alexy (2008, p. 594) sustenta que, caso a prática argumentativa do princípio da proporcionalidade e o método do sopesamento - que leva em conta graus de não satisfação ou afetação de um dos princípios eventualmente em conflito - não sejam reputados como racionais, então “[...] não é possível chegar a uma conclusão de forma racional em nenhum caso”. Assim, Alexy parece estar preocupado com a explicitação dos juízos discricionários, inerentes à atividade decisória de agentes humanos; impregnados de pré-compreensões. Essa discricionariedade não se confundirá com arbitrariedade se houver fundamentação que possibilite o controle intersubjetivo. Para Dworkin (1978, p. 44):

[...] uma vez que [...] tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela.¹⁶

A identificação de regras e princípios, portanto, sempre depende de aplicações concretas, argumentativas, assim evitando a produção de categorias ou entes de suficiência “ônticas”. Destarte, a conformação, a compreensão e a interpretação sempre ontológica das normas dependem de uma apreensão de como elas vêm a ser no mundo intersubjetivamente, ainda que, de forma provisória. Dworkin(1978, p. 76) acrescenta:

O meu ponto não é que “o direito” contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que “o direito” é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira.¹⁷

¹⁵ Manuel Atienza (2006, p. 118) defende uma mudança na própria metodologia da ciência jurídica: “De certo modo, a teoria da argumentação jurídica é a versão contemporânea da velha questão do método jurídico”.

¹⁶ “Once we abandon that doctrine, however, and treat principles as law, we raise the possibility that a legal obligation might be imposed by a constellation of principles as well as by an established rule. We might want to say that a legal obligation exists whenever the case supporting such an obligation, in terms of binding legal principles of different sorts, is stronger than the case against it.”

¹⁷ “My point was not that ‘the law’ contains a fixed number of Standards, some of which are rules and others principles. Indeed, I want to oppose the Idea that ‘the law’ is a fixed set of standards of any sort. My point was rather that an accurate summary of the considerations lawyers must take into account, in deciding a particular issue of legal rights and duties, would include propositions having the form and force of principles, and the judges and lawyers themselves, when justifying their conclusions, often use propositions which must be understood in that way. Nothing in this, I believe, commits me to a legal ontology that assumes any particular theory of individuation”.

Para Alexy a racionalidade na fundamentação jurídica é questão polêmica há muito tempo e que, infrutiferamente divide de um lado subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou irracionais e de outro objetivistas, absolutistas, cognitivistas e/ou racionalistas. Em sua opinião, não há razões para uma “postura baseada no tudo-ou-nada”:

A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por ideias kantianas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais *substanciais* que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais *procedimentais*, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática. (ALEXY, 2008, p. 549),

Alexy - é fácil perceber – preconiza e infere do Tribunal Constitucional alemão forte “vontade de constituição” (Hesse). A teoria dos princípios é basilar para o autor para que essa aplicação ocorra com efetividade e racionalidade. Essa opção teórica, entretanto, não afeta sua percepção da *virada linguística*. As categorias regras e princípios são modelos que *prima facie*, objetivam amalgamar sua teoria. Observe-se a proposição do autor:

Compreender-se as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo. (ALEXY, 2008, p. 144)

É preciso saber se a teoria dos direitos fundamentais, na forma paradigmática proposta por Alexy, harmoniza-se com as atuais propostas da hermenêutica-filosófica. Em Hans Georg Gadamer(2007, p. 31) vislumbra-se uma resposta positiva:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra, por sua vez, sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem jurídica supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do todo.

Dessa proposição inferem-se alguns elementos de contato entre argumentação e hermenêutica: a) interpretar a lei (em sentido amplo) é sempre aplicá-la em cada caso; b) a complementação produtiva, isto é, a construção de sentidos é uma tarefa reservada a quem possui competência constitucional/institucional;¹⁸ c) a autoridade

¹⁸ Nesse aspecto, não estão excluídos “os demais” cidadãos como coparticipes do processo de interpretação de um texto, como decorrência da aplicação impregnada de pré-compreensões, história e tradição.

decisória está sujeita à lei, assim como toda a comunidade (dito de modo gadameriano: deve-se respeitar a “alteridade do texto”, mas sem cisão entre sujeito-objeto; e d) como o direito pressupõe a existência de uma ordem, um sistema, e que este é fruto da produção cultural e da imperfeição humana, sempre haverá lacunas, antinomias, colisões a serem “ponderadas” pelo julgador de forma justa e não arbitrária.

O modelo procedimental de Alexy objetiva que as ponderações não sejam arbitrárias. O procedimento discursivo é compatível com os mais variados resultados, mesmo que os resultados discursivamente impossíveis sejam desprezados.

O autor propõe, então, uma associação entre teorias morais e teorias jurídicas, mediante um modelo procedimental em quatro níveis. No primeiro nível está o *discurso prático geral* - as razões gerais, por meio das quais, de forma alguma haveria uma única solução para cada caso. No segundo nível está o *processo legislativo* (as escolhas do legislador), que oferece um sistema de regras importantes, mas que, “como demonstram experiências históricas quanto reflexões conceituais”, não determina, de antemão, uma solução para cada caso. No terceiro nível está o *discurso jurídico*, cuja vinculação à lei, ao precedente e à dogmática reduz consideravelmente a incerteza com relação ao discurso prático geral, porém, ainda não é capaz de apresentar uma solução única. Por fim, o quarto procedimento (institucionalizado) é o *processo judicial* “no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide” (ALEXY, 2008, p. 550-551). Haverá então racionalidade, se, no processo judicial decisório, respeitar-se os três primeiros modelos de discurso.

O fato de as questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo existente serem, no processo judicial, objeto não apenas de argumentação, mas também de decisão, não implica uma renúncia à racionalidade. Em primeiro lugar, porque essas questões, valorativas são decididas a partir de vinculações que, enquanto tais, e como demonstra o modelo, são racionais; em segundo lugar, porque essas questões valorativas podem ser decididas com base em uma argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional. (ALEXY, 2008, p. 550-551)

Existem outras teorias argumentativas, métodos e procedimentos que almejam demonstrar racionalidade na decisão de casos jurídicos.¹⁹ Na expressão de Gadamer, o intérprete deve livrar-se dos seus pré-conceitos ruins e assumir os bons pré-conceitos sempre ao concretizar seus projetos hermenêuticos. Com efeito, na iniciativa do hermeneuta em explicitar razões, tomando uma posição quanto ao que está sendo posto em causa, surge a especial relevância e inter-relação entre a compreensão e o discurso, entre a hermenêutica e a argumentação.

A importância da compreensão dos direitos (fundamentais) a partir de um construir argumentativo hermenêutico respeita os valores e opiniões manifestados no espaço público democrático. O espaço disponível para o conflito de opiniões (debate/discurso argumentativo) é indispensável no âmbito das normas constitucionais, sempre plurais por serem resultantes das disputas sociais e dos desejos intersubjetivos. Assim, um sistema jurídico que pretende apresentar-se como

¹⁹ Sobre o assunto, observar: MACCORMICK, 2006, PERLMAN, 1996 e TULMIN, 2006.

democrático deve sempre mostrar abertura ao debate e à justicialização. Com efeito, o princípio/máxima da proporcionalidade, em suas três variantes: máxima da adequação, máxima da necessidade e máxima da proporcionalidade em sentido estrito e a proposta de sopesamento de valores/princípios em colisão têm encontrado um terreno fértil na jurisprudência e na dogmática brasileira, como se verá adiante.

Os direitos da personalidade estarão sempre fundamentados em termos intersubjetivos e corresponderão ao cumprimento da norma jurídica (enunciado interpretado) em vigor. Tal premissa é basilar na estrutura deste artigo e acompanhará as abordagens que seguem.

4. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROBERT ALEXY: MARCO TEÓRICO PARA UMA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

As teorias dogmáticas dos direitos fundamentais ganharam grande aporte acadêmico, especialmente após a Segunda Grande Guerra. Ao criar a sua “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais da Constituição Alemã”, Alexy disseminou seu pensamento com grande acuidade analítica e sistemática, culminando por influenciar teorias mundo a fora e encontrando grande acolhida na doutrina brasileira.

Para Alexy (2008, p. 39), uma teoria dos direitos fundamentais deve pretender formar “um sistema de enunciados gerais de direitos fundamentais, corretos ou verdadeiros, ordenados da forma mais clara possível”. Alexy não descuida das muitas outras possibilidades teóricas sobre os direitos fundamentais, mas, segundo ele, a opção tomada, é para que a dogmática jurídica cumpra o seu papel, que é o de viabilizar respostas aos casos reais ou hipotéticos. Para isso, o autor cria a sua *teoria estrutural*,²⁰ filiando-se à tradição analítica da jurisprudência dos conceitos. A ideia guia de Alexy (2008, p. 43) refere-se “a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais”, vislumbrando a Ciência Jurídica como uma disciplina eminentemente argumentativa.

Alexy (2008, P. 43) enfatiza o caráter normativo - entendido como o direito positivo à luz da práxis judicial - e o matiz analítico - dissecação sistemático-conceitual do direito vigente - de uma teoria dos direitos fundamentais. Para ele, a clareza dos conceitos, tanto quanto possível, é condição de racionalidade científica para a teoria. O principal material de trabalho dessa teoria abrangente, integrativa²¹, é a jurisprudência do Tribunal Constitucional.²² Porém, longe de se criar um sistema teórico fechado, Alexy

²⁰ “Enquanto parte integrante de uma teoria integrativa, uma teoria estrutural é, primariamente, uma teoria analítica. Mas apenas primariamente, e não totalmente analítica, porque investiga estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais, de suas influências no sistema jurídico e na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais com vistas a tarefas práticas de uma teoria integrativa.” (ALEXY, 2008, p. 43) Uma teoria integrativa é aquela que integra as dimensões analítica, empírica e normativa.

²¹ “A concepção de uma teoria geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada.” (ALEXY, 2008, p. 39)

²² As opções metodológicas de Alexy, a nosso ver, estão harmonizadas com Gadamer (2007, p. 433), que não descarta a importância da dogmática jurídica, mas pondera: “Entre a hermenêutica jurídica

formula uma proposta *discursiva* dos direitos fundamentais, subsumida nas perspectivas neoconstitucionalistas, apta para dialogar com as propostas hermenêuticas da filosofia da linguagem acima mencionadas, e, também, capaz de fornecer uma renovação epistemológica para os direitos da personalidade.

Percebe-se, atualmente, uma fecunda produção acadêmica sobre os direitos fundamentais na Constituição brasileira. A análise constitucional realizada pelas decisões jurisdicionais brasileiras, bem como pela doutrina pátria construída a partir do texto constitucional de 1988 tem sido abundante. A obra de Ingo Wolfgang Sarlet é exemplo disso, sendo referência nacional sobre os direitos fundamentais. Depreende-se dela uma ampla abordagem conceitual sobre a matéria e também uma aplicação inteligente dos postulados alexyanos à realidade brasileira.

Alexy (2008, p. 66) indaga: “o que faz com que um enunciado da Constituição alemã seja uma disposição de direito fundamental?”. Pode-se reformular tal pergunta, direcionando-a à Constituição brasileira e aos direitos da personalidade: o que faz com que um enunciado constitucional sobre direitos da personalidade seja considerado uma disposição de direito fundamental na Constituição brasileira?

Alexy (2008, p. 66-67) rejeita qualquer proposta limitadora e não expansiva dos direitos fundamentais. Carl Schmitt restringe os direitos fundamentais às normas pertencentes ao grupo dos “direitos individuais de liberdade” (aspecto substancial) e também, à existência de direitos subjetivos (aspecto estrutural). Tal concepção é reputada por Alexy como indesejada, porquanto, em seu aspecto substancial fica limitada a uma visão de Estado, que é o Estado liberal. Já no aspecto estrutural, a limitação dos direitos fundamentais ao aspecto subjetivo impede que se infiram direitos fundamentais de outras normas que estejam em conexão sistemática e textual com os direitos subjetivos.

Para Schmitt (1956, p. 190) os “direitos fundamentais em sentido próprio são somente os direitos liberais da pessoa humana individual”. Os direitos prestacionais (denominados por ele como socialistas) e os direitos de cidadania também podem ser designados de fundamentais. Mas, para o autor, essa denominação é indevida, pois, somente os direitos de liberdade são ilimitados (salvo restrições legais como em caso de estado de exceção, por exemplo). Em razão disso, Schmitt defende que nem todos os direitos que estão tratados na Constituição como fundamentais, assim o sejam. Para ele, os direitos fundamentais são anteriores e superiores ao Estado, cabendo a este reconhecê-los e protegê-los. Substancialmente, os direitos fundamentais seriam esferas de liberdade que resultam em direitos de defesa.

Alexy (2008, p. 70) desaprova a técnica de Carl Schmitt, em classificar os direitos fundamentais nos aspectos estrutural e substancial. Entende ser mais conveniente vincular o critério definidor de *norma de direito fundamental* a um critério *formal*, “segundo a forma de sua positivação”.

Destarte, para Alexy (2008, p. 70), devem ser considerados direitos fundamentais, todas as disposições que assim estejam arroladas (catalogadas) pela constituição de forma explícita, independentemente do conteúdo de tais direitos. O autor exemplifica como *disposições de direitos fundamentais* os artigos 1º a 19 da Constituição alemã, pois, estão intitulados dessa maneira (catálogo de direitos). E, também, cita outros artigos esparsos que expressamente se referem a direitos fundamentais (disposições periféricas). As *normas de direitos fundamentais* “são as normas diretamente expressas por essas disposições”.

Há *normas de direitos fundamentais* que são decorrentes da interpretação que seja dada ao enunciado normativo (texto) constitucional. Alexy (2008, p. 69) denomina tais normas de *normas de direitos fundamentais atribuídas*. Para ele, sempre haverá

uma norma válida de direito fundamental, se for possível uma *correta fundamentação*. Tal assertiva vale, na análise do autor, tanto para as normas *diretamente estabelecidas* quanto para as *normas atribuídas*, sendo que, para aquelas, geralmente, a *correta fundamentação* pode se limitar a mencionar o texto constitucional, enquanto para essas, deve haver uma argumentação que a sustente.²³

Essa aplicação da dogmática dos direitos fundamentais é capaz de ampliar e fortalecer o *direito ao desenvolvimento da personalidade* como um direito fundamental *prima facie* na constituição brasileira. Neste artigo não será proposta uma enumeração de espécies de direitos da personalidade a partir da Constituição de 1988.²⁴ Contudo, já se pode antecipar que, a compreensão de um direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, como *norma de direito fundamental* principiológica, deve ter o seu *âmbito de proteção* sempre expandido dentro das condições fáticas e jurídicas existentes.

Norma, na jusfilosofia alexyana, é o resultado da interpretação de um texto normativo. *Enunciados normativos de direitos fundamentais* é uma expressão que pode ser reduzida a: *disposições de direitos fundamentais*. As disposições (textos) comportam variantes normativas no momento em que os seus alcances *semânticos* e *estruturais* passa a ser refinados. As variantes semânticas dizem respeito aos significados linguísticos possíveis das disposições normativas. No concernente à estrutura normativa, são perquiridas questões sobre a existência de direito subjetivo, característica de regra ou princípio, titularidades, direito a prestações e outros aspectos.

A abertura do direito privado em geral e do Código Civil Brasileiro de 2002, às *cláusulas gerais*, como: bons costumes, desprezo público, boa-fé, proibidade e a própria cláusula geral dos direitos da personalidade²⁵ (art. 12, CC), permitem uma identificação de tais normas com *princípios*. Além disso, os enunciados de *direitos da personalidade* coincidem com alguns *enunciados*(textos) de direitos fundamentais e podem coincidir com muitas *normas*(textos interpretados) de direitos fundamentais

A título de exemplificação, tome-se o enunciado de direito fundamental contido no artigo 5º, inciso III, da CR/88, o qual também pode ser considerado uma disposição de direito da personalidade: “Ninguém será submetido a tratamento desumano.”

O enunciado pode ser formulado da seguinte forma:

(1) É proibido qualquer tratamento desumano.

O primeiro refinamento necessário dessa norma deve visar a mitigação da indeterminação semântica, no concernente àquilo que deve ser considerado como pertencente ao âmbito de proteção da proibição ao *tratamento desumano*. A esse respeito, pode-se indagar se a expressão *tratamento* compreende também tratamentos

²³ “A possibilidade de uma fundamentação correta para a atribuição a uma disposição de direito fundamental é um *critério* para identificar a norma em questão como uma norma de direito fundamental” (ALEXY, 2008, p. 83).

²⁴ Carlos Alberto Bittar apresenta um rol não taxativo de direitos da personalidade, classificando-os por ordens de bens jurídicos a serem protegidos: “a) físicos, como: vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo; o físico; a efígie (ou imagem); a voz; o cadáver; a locomoção; b) psíquicos, como: as liberdades (de expressão; de culto ou de credo); a higidez psíquica; a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais; e c) morais, como: o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou boa fama); a dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro; as lembranças de família e outros. (BITTAR, 2003, p. 64)

²⁵ Sobre o assunto, consultar: SZANIAWSKI, 2005, p. 179.

médicos. Em caso positivo, existem tratamentos médicos que possam ser considerados desumanos? Especificando ainda mais: a proibição de tratamento desumano compreende a obrigatoriedade de ortotanásia para pacientes terminais? A ortotanásia não implica em violação ao direito da personalidade à integridade física? Assim, com respostas afirmativas, ainda no âmbito do refinamento semântico, é possível formular outra norma de direito fundamental, agora, por *atribuição* de sentido ao enunciado normativo (norma de direito fundamental atribuída):

(2) A ortotanásia é um tratamento permitido com o objetivo de humanizar o tratamento de pacientes terminais.

Na dimensão do refinamento estrutural é importante saber se a disposição de direito fundamental em análise implica na realização de alguma ação estatal ou alguma abstenção estatal. E, se essa realização atribui direitos subjetivos. Nesse caso, uma norma de caráter estrutural pode ser proposta:

(3) O Estado deve prover condições para a realização de ortotanásia em pacientes terminais, com o objetivo de humanizar os tratamentos médico-hospitalares.

Ou ainda, transportando-se esse dever para o âmbito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

(4) Os contratos privados de planos de saúde não podem se eximir de proporcionar tratamentos médicos humanizadores para pacientes terminais, incluindo-se ortotanásia.

A norma número (1) é efetivamente uma norma de direito fundamental, já que consta expressamente do texto da constituição brasileira, apesar de seu conteúdo (substância) ser muito vago. As demais normas, contudo, por serem atribuições de sentido e estrutura, carecem de uma correta fundamentação voltada a direitos fundamentais.

Esse procedimento de refinamento substancial e estrutural das disposições sobre direitos fundamentais permite compreensão e tutela dos direitos da personalidade como direitos fundamentais, densificando, destarte, uma nova dogmática dos direitos privados, voltada para a satisfação de bens jurídicos fundamentais.

Os direitos da personalidade, especiais ou geral, sejam os direitos especiais (rol expansivo e ilimitado), na redação do artigo 11, do Código Civil Brasileiro, são: intransmissíveis, irrenunciáveis e não podem sofrer limitação voluntária. Para Bittar (2003, p 11), segundo a melhor doutrina, os direitos da personalidade são ainda: inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes* e transcendentais ao ordenamento jurídico positivo.

Entretanto, é necessário superar Jusnaturalismos e algumas categorias que possam trazer dificuldades à aplicação dos direitos da personalidade. Por exemplo, pouco contribui considerarem-se os direitos da personalidade como absolutos, oponíveis *erga omnes* ou ainda, com extrapatrimoniais, como se tais restrições fossem aplicáveis na base do “tudo ou nada”, como regras.

É necessário, atualmente, que os direitos da personalidade sejam observados como normas-princípios, recebendo o tratamento dogmático adequado, por meio da técnica da ponderação.²⁶ Essas normas decorrem de enunciados da

²⁶ A lei do sopesamento, para Alexy (2008, p. 593), possui a seguinte redação: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância das satisfações de outros.

Constituição Federal ou da legislação infraconstitucional. A Constituição brasileira contempla um amplo catálogo de direitos, incluindo, além do princípio da dignidade humana, os direitos à vida, liberdade de manifestação de pensamento, culto e credo, intimidade, vida privada, imagem, honra, integridade física e outros, verificando-se que todos os direitos da personalidade arrolados no Código Civil, também são direitos fundamentais.

Em razão dessa constitucionalização do direito civil, mostra-se adequada a perspectiva dogmática dos direitos fundamentais aos direitos da personalidade, retirando-lhes a característica de absolutos para que sejam percebidos como relativos, empregando-se a técnica da ponderação como instrumento metodológico necessário para a preservação máxima dos bens jurídicos em colisão. Isso não significa um enfraquecimento dos direitos da personalidade. Pelo contrário, essa perspectiva torna-se mais consentânea com a *práxis*, notadamente numa sociedade multicultural e democrática, que possui em mira a realização do princípio da dignidade humana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É adequado que os direitos da personalidade sejam vistos numa perspectiva expansiva e integrada. Não apenas limitados às tradicionais categorias: honra, vida privada, intimidade, nome e corpo, mas também comportando novos direitos, imprescindíveis para o desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, tais como: direito ao trabalho, direito à educação, direito à moradia e direito à sustentabilidade ambiental.

Os direitos da personalidade possuem caráter de princípio, não sendo possível aplicá-los como regras. Essa é uma crítica que se pode fazer ao Código Civil Brasileiro de 2002. Apesar do sensível avanço em termos de personalização do direito privado – já que o Código de 1916 sequer fazia previsão dos direitos da personalidade – o novo Código tratou tais direitos com alguns enunciados do tipo “tudo ou nada”, o que não se coaduna com as necessidades práticas para uma tutela adequada de direitos dessa natureza.

Os valores constitucionais preconizados por sociedades democráticas e multiculturais orientam-se pela tolerância e pela relatividade dos princípios. Com efeito, a realização otimizada dos direitos da personalidade acarreta, invariavelmente, colisões com valores, princípios, interesses individuais e coletivos, os quais gozam da mesma importância constitucional *prima facie*.

Os princípios sempre disputam precedência. A máxima da proporcionalidade, destarte, torna-se inerente à necessidade de harmonização, sistematização e decisão axiológica sobre qual princípio deverá prevalecer em determinado caso, sem aniquilar os bens jurídicos em conflito. Quanto maior for a qualidade da explicitação de fundamentos jurídicos para a tomada de decisões, mais racional tende ser a decisão. Esse dever constitucional e democrático aumenta na mesma proporção do grau de intervenção nos bens jurídicos protegidos pelos direitos da personalidade. Sistematizar melhor essa problemática será tarefa de outro artigo, notadamente quanto ao uso do princípio da proporcionalidade, como possibilidade de mitigação dos perigos causados pela abertura principiológica, sem que se tenha que recorrer ao normativismo oitocentista.

²⁷

Sobre o assunto, consultar: SARMENTO (2012)

13. BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **Direito urbanístico. Um outro paradigma: A planificação modesto-situacional.** Coimbra: Almedina, 2002

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.** São Paulo: Landy Editora, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação** (Versão provisória para debate público). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf, acesso em 22/03/2013.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do Direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: **Interpretação constitucional.** SILVA, Virgílio Afonso (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p 317-388.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Petrópolis: Vozes, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Petrópolis: Vozes, 2002.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução do alemão por Paulo Quintela. DREC: Coimbra 1960.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya, revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2000,

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 14, Alicante, 1993.

PERLMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucil. **Tratado de argumentação: a nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROMBOLI, Roberto. Il Ruolo del Giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed Allá disciplina dell'ordinamento giudiziario. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Porto Alegre, n. 6, p. 13-32, jan./mar. 2009.

RORTY, Richard. **The linguistic turn: essays in philosophical method.** The University of Chicago Press: Chicago, 1992.

ROSA, Alexandre Morais. O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a resposta correta com Lênio Streck. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/62.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAVIGNY, F.K. **Metodologia jurídica**. Tradução de J. J. Santa – Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, (Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales). Tradução do original alemão: *Juristische Methodenlehre*. 1979.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial de derecho privado, 1956.

STRECK, Lênio Luiz. APLICAR A “LETRA DA LEI” É UMA ATITUDE POSITIVISTA?. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 26 Mar. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 7, 2010, Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/issue/view/14>, acesso em 21/03/2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2009.

TULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961.

Recebido em 01/04/2013
Aprovado em 21/05/2013