

ARTICULAÇÃO ENTRE A COLISÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

*Érika Harumi Fugie**

SUMÁRIO: 1. Proêmio. 2. Os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. 2.1. Dicotomia de tratamento. 2.2. Eficácia vertical e horizontal: novas tendências. 3. Os limites do direito geral da personalidade. 3.1. Limites intrínsecos, extrínsecos e ao exercício. 4. A colisão de direitos da personalidade. 5. Aplicação do princípio da proporcionalidade. 6. Conjeturas à guisa de conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Proêmio

A construção de uma teoria do direito geral da personalidade é recente, e surgiu da necessidade de proteger a pessoa humana contra práticas e abusos atentatórios de sua dignidade. Daí a afirmação bem-aventurada de Pontes de Miranda¹ que “com a teoria dos direitos da personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito”.

A problemática do direito geral da personalidade está calcada na ausência de sistematização, o que importa a necessidade de delinear o conteúdo e estabelecer limites, a fim de que haja respeito e proteção dos atributos da personalidade humana. Ocorre que, no exercício de um direito de personalidade por um indivíduo, pode suceder um choque com outro direito de personalidade de outro indivíduo, de idêntico valor, que se denomina colisão de direitos.

O presente estudo, sem colaborar com a sistematização desses direitos, visa a analisar a dicotomia entre os direitos fundamentais e direitos da personalidade, quais os seus limites, a colisão de direitos e, por fim, a aplicação do princípio da concordância prática ou da proporcionalidade como modo de resolução de colisão de direitos face à tutela geral da personalidade.

* Mestranda em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá.

¹ Pontes de Miranda, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, t. VII, Rio de Janeiro: Borsol, 1971, p. 6.

2. Os direitos da personalidade e os direitos fundamentais

A teoria dos direitos da personalidade é elaboração relativamente recente, instigada sobretudo após a segunda guerra mundial. De Cupis² preleciona que embora o Código de Napoleão visasse a consagrar direitos do homem, sendo fruto da Revolução, não disciplinou expressamente sobre os direitos da personalidade. E, nele, muitos códigos civis se inspiraram, inclusive o brasileiro.

No tocante à matéria alusiva aos direitos da personalidade, há uma série de desavenças doutrinárias quanto à sua existência, natureza, extensão, especificação e até mesmo quanto à sua designação. Vale apontar as inúmeras terminologias empregadas para designar esta classe de direitos³: “direitos essenciais da pessoa” e “direitos subjetivos essenciais” (Tobeñas), “direitos da personalidade” (Gierke, Ferrara), “direitos à personalidade” ou “essenciais” ou “fundamentais da pessoa” (Ravà, Gangi, De Cupis), “direitos sobre a própria pessoa” (Windscheid, Campogrande), “direitos individuais” (Kohler, Gareis), “direitos pessoais” (Wachter, Bruns), “direitos personalíssimos” (Pugliati, Rotondi) e “direitos de estado” (Muhlenbruch).

Assestadas algumas polêmicas, é de consenso considerar os direitos da personalidade como um “direito subjetivo que tem, como particularidade inata⁴ e original, um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada, nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinentes à sua integridade física, moral e intelectual”⁵. São dotados de uma especificidade, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo, sem eles outros direitos subjetivos perderiam todo o valor para o indivíduo - se os direitos de personalidade não existissem, a pessoa não existiria como tal. A estes direitos mais preciosos relativos à pessoa se atribui a denominação de medula da personalidade⁶.

² De Cupis, Adriano. *Dos direitos da personalidade* (trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro). Lisboa: Moraes, 1961, p. 21.

³ Cfr. Bittar, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 2, e Gomes, Orlando. *Direitos da personalidade*. Revista Forense nº 216.

⁴ Contra esta concepção, os positivistas afirmam que nem todos os direitos da personalidade são inatos, como por exemplo o direito moral do autor, que se acresce à existência da personalidade (cfr. De Cupis, ob. cit., p. 21), e o direito ao nome, pois o direito ao nome não é inato, nasce com a aposição do nome (cfr. Pontes De Miranda, ob. cit., p. 10). Para estes, os direitos da personalidade somente podem assim ser admitidos se reconhecidos pelo Estado. Aos naturalistas, aos quais adere BITTAR (ob. cit., p. 6-7), os direitos da personalidade são direitos inatos e existem antes e independentemente do direito positivo, como atributos inerentes à condição de pessoa humana.

⁵ Amaral, Francisco. *Direito Civil*, Introdução, 2ª ed. aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 239.

⁶ De Cupis, ob. cit., p. 17-8.

2.1. Dicotomia de tratamento

Outra problemática é situar os direitos da personalidade no ramo do direito privado ou público.

Os direitos fundamentais, ou direitos humanos ou direitos subjetivos públicos, como antes denominados, são enfocados sob o aspecto da posição do indivíduo contra o Estado. Os direitos da personalidade são direitos subjetivos privados, ligados ao ser humano biológico, moral e social, e são apreciados sob o prisma das relações privadas (indivíduo contra indivíduo).

Como bem preleciona o professor Francisco Amaral⁷, os direitos da personalidade surgiram nos textos fundamentais como **direitos naturais** ou **direitos inatos**, denominando-se inicialmente de **direitos humanos**, assim entendidos os inerentes ao homem. Alguns desses direitos foram inseridos nas constituições, passando a se chamar **direitos fundamentais**, como objeto de especial garantia frente ao Estado. Dentro destes direitos fundamentais, há um conjunto de direitos subjetivos que se distinguem ou caracterizam pelo objeto, a personalidade humana, os chamados **direitos da personalidade**.

Na lição de Bittar⁸, os direitos humanos passam a ser chamados de **liberdades públicas** quando reconhecidos pelo ordenamento positivo. Assim, passam do plano do direito natural para o plano positivo. Os direitos da personalidade são os mesmos direitos, porém vistos sob o ângulo das relações privadas.

Prefere Cordeiro⁹ designar direitos fundamentais aqueles consagrados na Constituição, legitimando o indivíduo contra o Estado.

A propósito, advirta-se que há direitos fundamentais sem assento constitucional. Em primeiro lugar, há os consagrados e reconhecidos pela constituição, denominados **direitos fundamentais formalmente constitucionais**. Por outro lado, estes direitos podem ser reconhecidos e protegidos por normas que não têm a forma constitucional e são chamados **direitos materialmente fundamentais**. Questão intrincada é distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, “aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais”¹⁰. A tendência é reconhecer como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais. Assim, no reconhecimento de direitos materialmente fundamentais, leva-se em conta que a

⁷ Amaral, ob. cit., p. 245.

⁸ Bittar, ob. cit., p. 18-21.

⁹ Cordeiro, António Menezes. *Direitos da personalidade*. Doutrina: Anais do Seminário Luso-brasileiro, Paraná Judiciário nº 52, p. 88.

¹⁰ Canotilho, ob. cit., p. 369.

especificação dos direitos expressos na Constituição não exclui outros não enumerados, mas que constam em outras leis.

Além do que, vigora na Constituição de 1988 o regime de tutela dos direitos fundamentais que, pela sua dignidade ou importância, devam ser admitidos como fundamentais, mesmo que previstos em outras leis, por força do artigo 5º, §2º, pelo qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹¹.

Percucientemente, acentua Elimar Szaniawski¹² que os precursores da teoria do direito geral da personalidade demonstram ser impossível uma visão puramente privada dos direitos da personalidade que os divorcie da categoria ampla de direitos do homem. E assevera que a “ordem jurídica deve ser entendida como um todo, onde, dentro de uma hierarquia de valores, tenha um local primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade”.

2.2. Eficácia vertical e horizontal: novas tendências

A inserção dos direitos da personalidade no plano privado ou público, ou em ambos, torna-se relevante ao nos depararmos com a problemática da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros, ou, como preferem alguns, eficácia “reflexa”, “civil” ou “privada”¹³, ou eficácia “horizontal”¹⁴. Isto porque, como retratado antes, regra geral, os direitos da personalidade ligam-se às relações entre os indivíduos (particular contra particular) e os direitos fundamentais atrelam-se à relação do indivíduo em face do Estado. Admite-se eficácia horizontal (relação indivíduo-indivíduo) de direitos fundamentais? Em contrapartida, podem os direitos da personalidade serem tratados para resguardo do indivíduo frente ao Estado?

A função dos direitos fundamentais era, eminentemente, de defesa dos indivíduos perante o Estado, necessária para controlar o abuso de poder, processo que se intensificou sobretudo com a Constituição de Weimar. Esta função implicava na proibição de ingerências do poder público na esfera individual e o poder do indivíduo exercer positivamente direitos fundamentais e exigir abstenções, em certos casos, do Estado. Diante da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, hoje, é possível estabelecer, também, eficácia na ordem jurídica privada, isto é, entre particulares. Não se poderia desprezar o valor dos direitos

¹¹ Dispositivo semelhante vigora em Portugal, a teor do artigo 16º, nº 1, da Constituição: “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis”.

¹² Szaniawski, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993, p. 29.

¹³ Cordeiro, ob. cit., p. 89.

¹⁴ Canotilho, ob. cit., p. 1151.

fundamentais no âmbito privado, sob pena de se dar cobertura a uma “dupla ética”, que se ascenderia, por exemplo, se considerássemos como violação da integridade física e moral a exigência de testes de gravidez às mulheres que procuram cargos públicos e, ao mesmo tempo, fosse tolerável a aceitação desses mesmos testes quando o emprego é oferecido por entidades privadas, sob a justificativa da “autonomia contratual e empresarial” ou da “produtividade das empresas”¹⁵.

Por conseguinte, conclui-se que, no tocante aos direitos fundamentais, tendencialmente, deixam de ter apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ter efeitos horizontais nas relações privadas. Assim, no plano horizontal, a qualquer indivíduo é-lhe assegurada a aplicação imediata dos direitos fundamentais em relação ao outro indivíduo, sem qualquer apelo aos poderes públicos.

E quanto aos direitos da personalidade? Na concepção de Lima da Fonseca¹⁶ estes direitos têm similitude com o **camaleão**, porque passíveis de colocação diferente conforme o aspecto pelo qual são ponderados, como, por exemplo, na proteção à honra: é penal, de direito público; é privado, de direito civil, ao assegurar a reparação de danos morais e a cominatória, para impedir a persistência da ofensa. A esta característica de adaptação Orlando Gomes¹⁷ já apontava como a **dupla face** dos direitos da personalidade, pública e privada.

Revolva-se o trabalho à origem da dicotomia entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. Complementa o professor Amaral que “todos os direitos da personalidade são fundamentais, mas não o inverso”¹⁸. A par desta concepção, outros afirmam a dessemelhança entre estes direitos.

Adverte Capelo de Sousa¹⁹, trabalhando ainda sob a concepção da eficácia das normas consagradoras de direitos da personalidade e fundamentais, que embora muitos e diversos direitos da personalidade sejam também constitucionalmente perfilhados como direitos fundamentais, nem todos os direitos de personalidade representam direitos fundamentais e, inversamente, nem todos os direitos fundamentais são reconhecidos como direitos de personalidade. Isto porque as previsões do Código Civil²⁰ referentes aos direitos da personalidade valem apenas nas relações paritárias entre os particulares e entre os particulares e o Estado destituído do seu *ius imperii*, e são tuteladas por mecanismos coercitivos

¹⁵ Canotilho, ob. cit., p. 1159.

¹⁶ Lima da Fonseca, Antonio Cezar. *Anotações aos direitos da personalidade*. Revista dos Tribunais nº 715, 1995, p. 37-55.

¹⁷ Gomes, Orlando. ob. cit.

¹⁸ Amaral, ob. cit., p. 245.

¹⁹ Capelo de Sousa, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 584.

²⁰ O autor faz referência aos artigos 70º e seguintes do Código Civil português.

civis²¹. Por outro lado, as previsões constitucionais²² alusivas aos direitos fundamentais são oponíveis ao próprio Estado, no exercício do seu *ius imperii*, embora também possam produzir efeitos nas relações entre os particulares e têm instrumentos próprios de tutela constitucional²³.

Acresce, ainda, Capelo de Sousa²⁴ existirem direitos fundamentais que, por não terem como objeto tutelado diretamente a personalidade humana, não se traduzem em direitos da personalidade. É o caso da garantia de acesso à justiça, da retroatividade benéfica da lei penal e da maioria das garantias processuais penais, do direito da propriedade privada, do trabalho remunerado. Também, nem todos os direitos da personalidade ou nem a todas as faculdades jurídicas desses direitos correspondem direitos fundamentais, porquanto podem divisar-se certos elementos, zonas ou manifestações periféricos, não essenciais, aos quais não corresponderão direitos fundamentais.

Apesar da dissimetria, o binômio direitos fundamentais e direitos da personalidade cada vez mais tende a desaparecer, dada a complexidade que as problemáticas vão assumindo no mundo contemporâneo. Há uma tendência para os direitos da personalidade serem tutelados também no plano constitucional, face ao reconhecimento constitucional da dignidade humana no plano das relações sociais. Outra tendência é para os direitos fundamentais serem tratados como direitos da personalidade, face ao reconhecimento de uma dimensão relacional eu-mundo da personalidade²⁵.

Bem assevera Elimar Szaniawski²⁶ que não mais subsiste razão para a dicotomia entre direitos de personalidade públicos (consagrados na Constituição) e privados (previstos no Código Civil). Isto porque a noção de direitos de personalidade está atrelada à noção de direitos do homem. Assim, os direitos individuais, inseridos na Constituição, servirão como orientação na interpretação e aplicação desses mesmos direitos de personalidade previstos na legislação civil.

Pode-se concluir, contudo, que hoje em dia há uma tendência a unificar estes direitos, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como direito à pessoa ser e à pessoa devir²⁷.

²¹ v.g. a responsabilidade civil e as providências para evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida (art. 70º, nº 2, do Código Civil português).

²² O autor faz referência aos artigos 18º, nº 1, da Constituição portuguesa.

²³ v.g., revisão constitucional, reserva de competência legislativa e declaração de inconstitucionalidade por ação ou omissão.

²⁴ Capelo de Sousa, ob. cit., p. 584-6.

²⁵ Capelo de Sousa, ob. cit., p. 584-6.

²⁶ Szaniawski, ob. cit., p. 355.

²⁷ Canotilho, ob. cit., p. 362.

3. Os limites do direito geral da personalidade

A tutela geral da personalidade não é reconhecida ilimitada e separada do sistema jurídico, exige a averiguação do seu próprio conteúdo e limites, mediante determinadas regras de interpretação jurídica, e encadeia-se solidariamente com outras proposições jurídicas.

Em determinadas situações complexas, a existência de poderes e faculdades jurídicos centrados na tutela geral da personalidade de uma determinada pessoa pode ser confrontada com a emergência de outros poderes e faculdades idênticos ou diferentes juízos centrados na tutela geral da personalidade de outra ou outras pessoas ou na defesa de outros bens jurídicos e igualmente reclamados por outros pólos da mesma situação fática.

Importa-nos aprofundar no exame dos limites intrínsecos e extrínsecos do direito geral da personalidade e as limitações ao seu exercício, a fim de dirimir determinados conflitos de interesses.

3.1. Limites intrínsecos, extrínsecos e ao exercício²⁸

A noção de limites intrínsecos do direito geral da personalidade assemelha-se à noção de limites imanentes dos direitos fundamentais. Segundo Vieira de Andrade²⁹ os direitos fundamentais têm os seus limites imanentes, isto é, fronteiras definidas, expressa ou implicitamente, na própria Constituição que os cria ou recebe. Assim, exclui certas formas de exercício de um direito. Para o autor, trata-se de um problema de interpretação dos preceitos constitucionais, e não propriamente de adoção da concepção de “limites da não perturbação” (cada direito seria limitado pela existência de outros direitos, evitando-se assim o abuso e o prejuízo de outrem), ou de “exigências mínimas da vida em sociedade” ou “cláusula de comunidades” (respeito a direitos dos outros, à lei moral e à ordem pública), ou de “leis gerais” (normas imperativas).

São limites intrínsecos do direito geral da personalidade: **a)** recai sobre o ser humano e a natureza da personalidade humana, se identifica com a necessidade de permitir, a cada um dos homens, a preservação e o desenvolvimento das suas personalidades individuais, de forma igualitária e harmônica; **b)** o titular do direito de personalidade tem o poder de exigir dos outros sujeitos respeito e participação na vida social em igualdade de condições, porém pode reclamar apenas um dever de abstenção do outro, não o de agir, a fim de não ofender o bem da personalidade alheio; **c)** trata-se da proibição ao abuso de direito, o titular do direito de personalidade não pode exceder manifestamente os limites impostos pelo fim

²⁸ Capelo de Sousa, ob. cit., p. 515-557.

²⁹ Vieira de Andrade, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 213-251.

sócio-econômico do direito da personalidade, isto é, objetiva-se permitir igualitária e harmoniosamente a cada um e a todos os homens a preservação e o desenvolvimento das suas personalidades.

São limites extrínsecos do direito geral da personalidade: a) podem ser condicionados em contratos, desde que dentro dos limites da lei. Entretanto, as limitações voluntárias ao exercício dos direitos da personalidade são nulas, se contrárias aos princípios da ordem pública; b) o direito da personalidade de uma determinada pessoa é normativamente limitado, na sua própria existência e validade, por igual direito de personalidade de outra pessoa; c) há limites estabelecidos por normas restritivas de direitos; d) proíbe-se a violação da boa-fé e dos bons costumes.

Superados os limites intrínsecos e extrínsecos de existência e validade dos direitos da personalidade, vejamos as limitações ao exercício destes direitos: a) ocorrência de causas justificativas da ilicitude e culpa em certas ofensas à personalidade (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular, consentimento tolerante); b) não indenização de danos não patrimoniais sem gravidade (prejuízo insignificante); c) a colisão de direitos, matéria a seguir analisada.

4. A colisão de direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são *iura in se ipsum*, isto é, cada pessoa é a única e exclusiva titular dos direitos que incidem sobre a sua personalidade. Assim, sobre o mesmo objeto jurídico não pode haver conflito, pois não há idêntico direito para pessoas diversas. Inadmissível, portanto, a co-titularidade ativa dos direitos da personalidade.

Não obstante, pode haver direitos com objetos distintos, porém os exercícios ou tutelas de tais direitos são colidentes. Isto se materializa quando o exercício de um direito de personalidade de uma pessoa seja inconciliável ou incompatível com o exercício de um direito de personalidade de outra pessoa. Aí vem à tona a **colisão de direitos**, um autêntico conflito de direitos³⁰.

De plano, faz-se um cotejo com os pressupostos formais e axiológico-jurídicos dos direitos supostamente colidentes, afastando-se a situação de **colisão aparente** de direitos. A primeira vista, é feita uma criteriosa ponderação dos bens jurídicos tutelados pelas **normas jurídicas** que restringem estes direitos. Essas restrições não são capazes de afetar o núcleo essencial do direito da personalidade, sob pena de o direito deixar a existir. Se não protegidas essas formas de exercício de direitos, estes tipos de situações são excluídos. Traga-se o exemplo de Vieira de

³⁰ Canotilho, ob. cit., p. 1137 e segs.

Andrade³¹: não se pode invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos, porque o exercício deste último afronta o direito à vida. Há, portanto, apenas uma colisão aparente.

Entretanto, pode ocorrer situações em que o exercício de dois direitos sejam permitidos pela legislação. Porém não podem ser exercidos simultaneamente - o exercício de um exclui o outro. Como resolver este problema? Um pai pode invocar a liberdade religiosa para impedir a transfusão sanguínea de um filho menor, em iminente perigo de vida ou saúde? Esta é a dramática situação dos seguidores da fé religiosa denominada testemunhas de Jeová, fiéis à abstenção do sangue.

Outro exemplo: duas pessoas com o mesmo nome que exercem a mesma profissão podem ver-se envolvidos em conflitos relativos ao uso de tal nome.

Se não há reserva de lei, a solução fica por conta dos juízes ou tribunais. Cabe ao aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos, visando a resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Aí, pode guiar-se pelos princípios da **unidade da constituição**, da **concordância prática** e da **proporcionalidade**³².

5. Aplicação do princípio da proporcionalidade

Pelo **princípio da unidade da constituição**, procura-se a solução do caso concreto tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos constitucionais divergentes, de modo que nenhuma delas entre em contradição com outras³³.

De acordo com o **princípio da concordância prática** (Hesse), da **harmonização** (Scheuner) ou do **equilíbrio** (Lerche) os bens jurídicos “devem ser coordenados de tal modo na solução do problema, que todos eles conservem sua identidade”³⁴. Pretende-se obter a máxima efetividade de todos os direitos e bens protegidos.

Sem dúvida, para a solução do conflito qualquer dos direitos conflitantes passaria pelo **sacrifício no mínimo necessário** e pelo não privilégio de qualquer um desses direitos, suportando cada um dos titulares dos direitos, em igual medida, os custos da resolução da colisão, de modo a que os direitos em conflito possam coexistir um ao lado do outro e produzir os seus efeitos em condições de

³¹ Vieira de Andrade, ob. cit., p. 216.

³² Farias, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 95-98.

³³ Cfr. Vieira De Andrade, ob. cit., p. 222 e FARIAS, ob. cit., p. 98.

³⁴ Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional: selección*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48, apud Barros, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 165-166.

igualdade³⁵. Outra solução poderia resultar da **princípio de alternativa** ou **desvio**, consistindo na adoção de outros modos de exercício de direitos que se mostrem não colidentes e igualitários. Por falta de alternativa, os modos de exercício dos direitos podem ser restringidos ou limitados segundo o **princípio da equiparação** ou **compensação**. Assim, os indivíduos com idênticos nomes podem concordar em acrescentar um complemento em seus nomes.

Por último, pelo critério de **proporcionalidade** propõe-se a escolha entre as diversas maneiras de solucionar o conflito se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores segundo o seu peso de situação. Exige-se o mínimo de sacrifício, suficientemente **necessário e adequado**. Aqui já não mais se cogita em conflito entre regras, que se soluciona na dimensão da validade, mas de conflito entre princípios, tendo em vista o valor.

Quando os interesses são postos em confronto, cabe ao juiz ou tribunal a análise minuciosa dos valores, e decidir em que medida se deve fazer prevalecer um ou outro interesse. Nesta valoração, os bens jurídicos (ambos permitidos pelo ordenamento jurídico) são colocados em cada prato de uma balança. Focaliza-se o núcleo essencial de cada um deles. Se a situação concreta estiver mais próxima ao núcleo de um direito, mais típico é o exercício deste direito e, por consequência, maior deve ser a tutela sobre este direito. Quanto mais afastada a situação do centro, o exercício do direito é mais atípico, portanto menos intensa é a proteção desse direito. Neste caso, a zona limítrofe máxima que se pode chegar do afastamento do núcleo essencial são os limites imanes (proibição pelo ordenamento jurídico).

Esta noção de proteção do núcleo essencial, em se tratando de direitos da personalidade, foi retratada por Hubmann³⁶, na proteção da vida privada. Este direito da personalidade se desdobraria em círculos concêntricos: a *intimsphäre*, a *geheimnisphäre* e a *privatsphäre*. O primeiro, absoluto e intocável aos olhos e ouvidos alheios, tutelaria o homem na sua esfera mais íntima, salvo os que têm vida pública. O segundo, o secreto, é flexível e permite alguns indivíduos do grupo familiar ou que participam da vida quotidiana do indivíduo tomarem conhecimento. Por último, a esfera privada, em que mais pessoas conhecem da privacidade do indivíduo, ficando de fora a coletividade que nada tem a ver com a vida dessa pessoa. Em certas circunstâncias, pode ocorrer um sacrifício da proteção da personalidade do indivíduo em nome dos interesses de informação pública da coletividade, ocorrendo uma ponderação necessária entre a indisponibilidade da personalidade humana e o interesse público de informação do outro. Quanto mais distante do núcleo, permite-se uma agressão, entretanto, jamais

³⁵ Capelo de Sousa, ob. cit., p. 547-548.

³⁶ Cfr. Capelo de Sousa, ob. cit., p. 144-148, Szaniawski, ob. cit., p. 176-180 e Farias, ob. cit., p. 113, com pequenas nuances na denominação dos círculos concêntricos.

o núcleo de proteção da vida privada é bulido. É o mínimo de valor inatacável referido por Vieira de Andrade.

Na lição de Karl Larenz³⁷, o princípio da proporcionalidade é um princípio com forma de proposição jurídica, destinada a servir como método de valoração de interesses.

Porém não se trata de um método de cálculo ou uma tabela de valores.

Do princípio da proporcionalidade decorrem outros subprincípios: **adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**. A adequação traduz a exigência de meios aptos à persecução do fim; a necessidade pressupõe a utilização da medida restritiva somente nos casos indispensáveis, onde não possa ser substituída por outra de menor gravidade (meio mais idôneo e menor restrição possível); pela proporcionalidade em sentido estrito pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus. Assim, é possível aferir se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido.

À vista da exposição, espera-se ter apresentado o método da ponderação de bens, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, para resolver o conflito dos direitos da personalidade. É este princípio que permite, concretamente, a solução da desídia, preservando a essência de cada um dos direitos da personalidade em duelo.

6. Conjeturas à guisa de conclusão

A construção de uma teoria geral da personalidade vem, ao longo dos anos, lentamente, impulsionando uma nova dinâmica de desenvolvimento da personalidade de cada um dos homens e refazendo a imagem jurídica do homem. Em seu pensamento cristão, Hubmann via em cada homem uma singular imagem de Deus, de personalidade perfeita. Portanto, Deus seria o protótipo original da personalidade e formaria para cada homem uma imagem ideal.

Assim, vem ganhando terreno a idéia de pessoa como fonte de todos os demais valores, revelando-se critério essencial da legitimação jurídica.

Cresce a necessidade de fundamentar e complementar esses direitos da personalidade que têm sido aplicados cada vez mais, face à multiplicidade de situações da vida real e a complexidade dos comportamentos dos homens.

No mundo contemporâneo, há uma tendência à uniformização dos direitos do homem, sem a preocupação em talhar os direitos de personalidade segundo a vista pública ou privada.

³⁷ Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. de José Lamego). 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 575.

Por último, propõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade ou concordância prática como modo de resolução de colisão de direitos face à tutela geral da personalidade, permitindo comprimir o menos possível cada um dos valores e preservando o mínimo de proteção à personalidade.

7. Referências bibliográficas

- Amaral, Francisco. *Direito Civil*, Introdução, 2ª ed. aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- Barros, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- Bittar, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- Capelo de Sousa, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- Cordeiro, António Menezes. *Direitos da personalidade*. Doutrina: Anais do Seminário Luso-brasileiro, Paraná Judiciário nº 52, p. 53/92.
- De Cupis, Adriano. *Os direitos da personalidade* (trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro). Lisboa: Moraes, 1961.
- Farias, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.
- Gomes, Orlando. *Direitos da personalidade*. Revista Forense nº 216.
- Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. de José Lamego). 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- Lima da Fonseca, Antonio Cezar. *Anotações aos direitos da personalidade*. Revista dos Tribunais nº 715, 1995, p. 37/55.
- Pontes de Miranda, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, t. VII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- Szaniawski, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.
- Vieira de Andrade, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.