

O DIREITO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Pelo Prof. Doutor Diogo Leite de Campos

I

Introdução

O estudioso que aborda a matéria dos direitos da personalidade, pergunta-se por que motivo estes só surgiram como problema social e político, e filosófico — desde o fim do século XVIII; e por que razão só desde a segunda guerra mundial se encontram no centro do debate jurídico, político e ético; datando só dos últimos decénios o interesse em construir uma teoria geral que os compreenda.

Seguidamente, depois de dar uma resposta a estas questões, perguntar-se-á sobre o sentido actual dos direitos da personalidade; e, uma vez que o descubra, aprecia-lo-á criticamente.

Vou tentar dar uma resposta às questões de saber por que motivo só surgiu hoje o (vivo) interesse pelos direitos da personalidade; e qual o sentido actual destes.

Limitarei a minha análise aos direitos civis da personalidade; ou seja: àqueles que se analisam no direito de o seu titular excluir terceiros dos (seus) bens da personalidade (vida, corpo, espírito, etc.).

II

A invenção dos direitos da personalidade

Passo a ocupar-me da resposta à primeira questão: por que motivo, só desde os fins do século XVIII, os direitos da personali-

dade surgiram como problema jurídico, social e político? Porque razão o recente acréscimo do interesse sobre eles?

Por outras palavras: qual o fundamento da «invenção» contemporânea dos direitos da personalidade?

Começarei por analisar a inserção do ser humano na sociedade europeia tradicional, de inspiração cristã; para, depois, demonstrar como a alteração desta sociedade, a nível das representações sociais e das suas morfologia e dinâmica, levaram a sentir a necessidade de uma disciplina autónoma dos direitos da personalidade.

1 — *A sociedade tradicional e os direitos da personalidade*

Será que a sociedade tradicional ignorava os direitos da pessoa, nomeadamente os direitos civis da pessoa?... Evidentemente que não os ignorava, protegendo-os, em muitos casos, através de medidas mais completas e eficazes do que hoje; ou tutelando-os em situações em que hoje são agredidos (caso do direito à vida: aborto voluntário e eutanásia).

A sociedade europeia tradicional apresentava uma estrutura diferente da de hoje; por outro lado, o facto de a moral (cristã) constituir o fundamento da organização social e do Direito, dava aos direitos da pessoa um sentido e um enquadramento jurídico-social diverso do actual.

Vamos opor as concepções «clássicas» do homem e da sociedade, às concepções cristãs, para melhor entender e precisar a Idade Média e o «uso» que esta podia fazer dos direitos da personalidade.

Aristóteles escrevera que o Estado não era para escravos e outros animais, por estes não terem direito à felicidade e à vida.

Contrariamente, para St.^o Atanásio, a felicidade não é privilégio do cidadão, nem a liberdade atributo só de alguns homens; são inerentes à espécie humana: todos os homens se tornam pessoas.

Para a Antiguidade clássica, aqui representada por Aristóteles, o ser humano aparecia como um «objecto» do «Estado», classificando-se pela sua situação neste. Quando nele não se inte-

grava, então era um sub-homem; se não escravo, quase um animal. O Estado, emanação da totalidade cósmica, consumia o social, o político e o religioso numa unidade natural que absorvia inteiramente o homem. Direitos do homem contra o Estado? Impensável; tal como para o cristianismo não há direitos do homem perante Deus (Pai).

Com o cristianismo veio negar-se o carácter sagrado do mundo natural, criando-se as bases da personalidade humana individual, assente numa relação entre iguais.

O cristão é um indivíduo-em-relação-com-Deus; daqui, o valor infinito da pessoa humana, feita à imagem e semelhança de Deus (encarnado): só é possível a comunicação entre «iguais».

A ideia mestra do cosmos deixa de ser a de Deus como lei de natureza universal, espiritual e material. Lei que também situa os homens na sociedade.

As categorias naturalísticas deixam de explicar, por si sós, o homem e a sociedade. O homem, superando, deste modo, a Natureza, assume a sua própria liberdade, passando a ser o «autor» — ou co-autor — de si mesmo e da sociedade. O ser humano torna-se, para além de determinante do destino da sua alma, o Senhor da Natureza e da História, do Direito, da Sociedade, da cidade...

É expoente deste ponto de vista, nos primeiros séculos da igreja, a obra de St.º Agostinho. Este parece entender que o estado se compõe de indivíduos, cuja igualdade acentua: Deus não quis que a criatura, dotada de razão e feita à sua imagem e semelhança, exerça o seu domínio sobre outras criaturas, para além das que são desprovidas de razão. Não situou o homem acima do homem. Assim, fez os primeiros homens pastores de rebanhos e não reis de homens.

Será que o homem e o Estado ficavam entregues a si mesmo, totalmente entregues ao livre-arbítrio, sem limites nem fundamentos justificantes? Não. Já para S. Gregório Magno, o Estado era fundado na Justiça e, não podendo haver justiça sem dimensão transcendente, a lei dos homens enraizar-se-ia na lei de Deus.

Por um lado, a «invenção» da dignidade do seu humano, conduziu ao reforço da protecção da pessoa humana — contra o Estado e contra os «outros».

Mas o facto de o Estado, o Direito e a sociedade terem fundamento (transcendente) na lei divina, leva a uma certa compreensão, a um certo sentido, dos direitos da pessoa.

Os direitos da pessoa — ao seu corpo, à sua vida, ao seu espírito, etc. — eram, evidentemente, protegidos nesta época. As penas impostas aos que violavam tais direitos — punição do homicídio, das ofensas corporais, etc. — eram, mesmo, muito superiores às de hoje; revelando, apesar do desconto dado à maior dureza de costumes da época (não será, esta dureza, uma invenção contemporânea?), um maior apreço pela pessoa humana.

Mas, a Europa cristã sentiu, até fins do século XVIII, (sobretudo até ao século XVI) uma menor necessidade de uma categoria autónoma dos direitos da personalidade; e atribuiu um sentido diferente do contemporâneo à defesa da pessoa perante o Estado e os outros.

O cosmos aparecia como uma ordem iluminada por Deus como causa suprema. As instituições humanas e o Direito inseriam-se nesta ordem e nesta lei.

O Estado decorreria, como uma parte, da harmonia (divina) do todo universal.

O mosteiro, a paróquia e a família, instituições «sociais» fundamentais, criados e animados pela lei de Deus, seriam pontes entre a cidade dos homens e a cidade de Deus.

Existiria uma lei natural, deduzida da ordem ideal, divina, das coisas. Decorrendo a lei dos homens da lei natural.

O ponto de partida de qualquer análise, mesmo do ser humano singular, é o conjunto da humanidade, organizado e movido pela lei natural de inspiração divina. O «iunior» estava submetido ao «senior»; o inferior ao superior; os vassallos, ao Senhor; os membros da família, ao pai; todos, ao Direito, expressão da vontade divina. Daí o particular respeito pelo Direito — sobretudo, pela lei — durante a Idade Média.

Qualquer indagação sobre a pessoa, em abstracto, ou sobre qualquer pessoa, acabava por se referir à ordem divina de sociedade e do Cosmos; que acabava, dedutivamente, por resolver o problema concreto.

Assim, a personalidade «social» ou «política» ia referir-se, fundamentando-se, à pessoa moral. E a pessoa moral era vista como a liberdade de fazer o justo.

A ordem social, tal como o Direito, pareciam depender, antes de mais, das virtudes morais dos governantes e da população em geral. A transformação da sociedade dependia da transformação das almas. A melhor garantia de todos e de cada um, não era o Direito, mas a virtude de todos e de cada um. O Direito não era mais do que um último recurso, depois de os outros instrumentos sociais, os usos os costumes e a ética, apoiados pelo seu sistema própria de sanções, já terem falhado.

A sociedade assentava numa hierarquia de normas, determinando modelos de comportamento em todos os aspectos da vida, que se impunham a todos segundo o seu «estado». E cujo cumprimento era controlado rigorosamente pelo corpo social.

Cada ser humano, e o seu comportamento, eram largamente hetero-comandados. Raras eram as normas que eram criadas pelo indivíduo; todas lhe pareciam anteriores, determinadas pela própria natureza humana. Assentavam, radicalmente, na ideia de Direito Natural; de uma ordem justa, determinada por Deus. Ordem e normas, deste modo, adequadas à natureza humana e libertadoras desta.

O «outro», também elemento desta ordem, era visto, não como um limite ao *eu*, mas como um elemento solidário, colaborante do *eu*, imprescindível para a realização humana e a salvação espiritual de cada um.

Os seres humanos, e o seu núcleo mais próximo, a família, integravam-se numa ordem universal, divina, que determinava o lugar de cada um, o sentido de cada vida e da colectividade. Cada ser humano, cada família, cada corporação de artes e ofícios, cada organização social, os poderosos e os humildes, participavam numa ordem; e, nessa medida, cada um era indispensável a todos os outros. Não é verdade que nenhum se salva sem os outros? e que o *verdadeiro* Juízo (e, durante um milénio, *único*) é o Universal?

Portanto, o que cada um fazia, pensava e dizia, respeitava a todos os outros, pois todos estes eram interessados. Assim, todos controlavam o comportamento dos outros, em todos os aspectos;

naquilo que hoje diremos que é público, mas, também, nos recônditos mais íntimos daquilo que hoje concebemos como privado. Todo o privado era (neste sentido) público.

A casa da família era espaço aberto: aos membros mais afastados da família, aos servidores, aos vizinhos, aos clientes (pois a empresa familiar estava sediada na casa de morada da família). A porta estava aberta; a casa era uma parte da rua, com a qual não tinha fronteiras. O espaço social não terminava à entrada de cada casa; e o espaço do indivíduo e da família continuava indefinidamente pela rua, e mesmo pelas casas de todos os outros. A socialização dos mais novos era feita na rua, em contacto estreito com as casas dos outros; o palatório era na rua-sala-de-visitas.

Era na rua que os homens conversavam. A vida pessoal, familiar, estava completamente exposta e controlada por todos, através de uma rede social difusa que observava os comportamentos e punia os desvios ao modelo dominante.

A vida passava-se em grupos mais ou menos alargados, mas todos interpenetrados e comunicantes.

Primeiro na família, em que cada um dificilmente ocultava o seu ser, o seu pensar, o seu agir, a todos os outros, sendo por todos influenciado. Depois, na corporação das artes e dos ofícios, onde se trabalhava em contacto estreito com os outros e com as suas famílias. Na rua (onde passavam os funerais, os casamentos, os baptizados) tinham lugar os acontecimentos mais importantes, as alegrias e as tristezas — via por onde se conduzia o Senhor a dar aos moribundos.

Na organização profissional, o trabalho de cada um era atentemente vigiado pelos próximos, e integrado numa hierarquia.

Os pensamentos mais recônditos, inseridos necessariamente num projecto de salvação espiritual, não diziam só respeito ao seu sujeito: São ser comunicados à Igreja, intermediária entre os homens e Deus, que os aprecia, os julga, para os transformar de acordo com os «cânones». As relações conjugais e paternas, a vizinhança, as aspirações, o trabalho, estavam ajustados numa estreita rede de compromissos, de vínculos espirituais, religiosos, de vizinhança, de dependência, de hierarquia.

Todo o privado era público — repito.

Seria surpreendente a afirmação de que aquilo que cada um fazia, só a si dizia respeito. Pois não diz respeito também, e talvez principalmente, desde logo, a Deus? Ao cônjuge, aos filhos, aos vizinhos, aos companheiros de trabalho, ao sacerdotes, aos superiores, aos inferiores, aos dependentes?

Se quisesse escolher um exemplo da profunda inserção de cada ser humano na ordem social; da interferência dos outros no eu, indicaria a confissão auricular, exigida pela Igreja Católica desde o século XI. As mais íntimas pulsões do ser, os mais recônditos pensamentos de cada um, que talvez nem a si próprio confessasse, eram descobertos, postos a nu, e entregues a outro homem (por muito que este fosse o ouvido de Deus).

A ordem social, e a sua composição, só em último recurso eram confiadas aos instrumentos grosseiros e lacunosos que são o Direito e os órgãos públicos de administração da «Justiça».

As normas jurídicas eram, muitas vezes, de origem religiosa, eclesiástica. Lembremos os «cânones» que, sobretudo desde o século XII, vinham envolvendo o homem e as organizações numa apertada rede de deveres de conduta para consigo próprio, para com a família, para com os outros em geral. Normas que mergulhavam a todos os níveis da personalidade e da sociedade.

Depois, havia as normas de origem estadual.

Finalmente, e talvez os mais importantes durante todo este período, os usos e costumes. Estes regulavam de perto todos os aspectos da vida das pessoas e da sociedade, desde o vestuário à alimentação, à habitação, às relações entre cônjuges, às relações com os filhos, os superiores, os vizinhos; eram impostos difusamente pela sociedade através de sanções, por vezes extremamente graves, que podiam alcançar o banimento da comunidade em que o faltoso se integrava.

Publicidade da vida de cada um; normatividade.

A publicidade e a normatividade caracterizam a vida dos indivíduos até ao século XIX.

As normas encontravam-se, antes de mais, em modelos de comportamento. No comportamento dos membros dos extractos mais elevados na escala social.

Escreveu-se sobre a sociedade inglesa do século XVI: «Cada função e aspecto da vida estava ordenado para o cavaleiro através

do pressuposto fundamental de que ele era o exemplo, o guia, o governador da gente comum e, portanto, devia distinguir-se dela. Para preencher o seu lugar na hierarquia deste mundo, deve ser melhor nascido e melhor educado, ter melhores maneiras, levar melhores roupas e usá-las com mais graça, viver numa casa ampla e mais formosa, encontrar satisfação em diversões mais refinadas e exigentes, observar a sua moral mais rigorosamente».

O rei, no topo da pirâmide social; os nobres, os sacerdotes, os superiores, os pais, os mais velhos, etc., eram os restantes modelos de comportamento para os que lhes estavam subordinados; e constituíam objecto de apreciação crítica dos seus superiores e inferiores. A maneira de cada um se vestir seria determinante para obter um emprego, para ocupar uma certa posição na escala social e, mesmo, para ser admitido na comunidade. O mau marido, o mau pai, o mau governante eram punidos, antes de mais, por todos os outros que não reconheciam neles modelos de comportamento e assim os criticavam, expulsando-os, mesmo.

Cada ser humano era instado a observar e a conformar-se com o modelo fornecido pelo seu superior, embora mantendo-se na sua condição.

Cada geração entendia que a sua missão era a de transmitir aos outros, intocada, a herança que tinha recebido das gerações que a tinham precedido.

A Administração do Direito só intervinha nas violações mais graves da ordem social; quando o incêndio, como no «Nome da Rosa», já tinha invadido a Biblioteca e ameaçava estender-se à Igreja e às outras dependências do Mosteiro.

Contava-se, antes de mais, com controlo social, com a «boa educação» e o «amor», para evitar ou amortecer os conflitos.

Na certeza de que o Direito pressupõe, para ser efectivo e eficaz, uma ordem social adequada subjacente.

Direitos da personalidade, nesta época? Antes deveres de cada um para com Deus, para com a família, para com os superiores, para com todos os outros. Cada ser humano representava-se como um espaço aberto a todos os outros, solidário para com estes, comunicando incessantemente.

O direito à privacidade (cada cidadão — um castelo) que está na base do sentido actual dos direitos da personalidade, seria o mais impensável dos direitos.

III

A estrutura e o sentido actual dos direitos da personalidade

1 — A desagregação da ordem tradicional

Para S. Tomás de Aquino, os seres humanos são substâncias primeiras, entidades auto-suficiente.

Porém, os universais, como as categorias e classes de seres (o «Estado», por ex.), são também realmente existentes em si mesmas, e denominadas substâncias segundas.

Esta concepção que espelha a estrutura social tradicional, foi posta em causa, e com ela a estrutura social, pelo nominalismo e pelo individualismo.

Para Occam, deveria estabelecer-se uma distinção nítida entre as coisas («res») de um lado, e os sinais, palavras e universais, do outro. As coisas só podem ser simples, isoladas; ser, supõe ser único e distinto. A humanidade, a sociedade e o Estado, Por ex., não são coisas, não são seres; não há que coisificar as nossas ideias. Occam nega que haja uma «ordem franciscana»; o que há são monges franciscanos.

Não tem vindo a sociologia contemporânea (profundamente nominalista) a descobrir, por detrás da fase vazia do Estado, os «burocratas»? Por detrás do Tribunal, os juízes? Por detrás do Juiz, o homem?...

Daqui resultaria que não se podem extrair conclusões normativas dos termos gerais que utilizamos. Não existiria uma lei natural deduzida de uma ordem ideal das coisas, antes uma lei positiva, expressão da vontade do legislador. E o Direito já não seria uma relação justa entre seres sociais, mas o reconhecimento do poder autónomo do indivíduo. Não havendo mais do que o ser (individual) ao qual o Direito está necessariamente vinculado, este ser humano transforma-se no autor do Direito.

Esta posição — e o ambiente político social que a permitiu — abriu duas vias intimamente associadas, por ambas suporem a recusa do fundamento ético do Direito: uma, é a do individualismo do indivíduo legislador; a outra, a da transformação do Direito em mero produto da vontade desvinculada do legislador colectivo.

Ambas as vias parece terem alcançado, nos últimos anos, resultados surpreendentes.

2 — *O individualismo*

O individualismo contemporâneo encontrará o seu tronco nas seitas cristãs reformadas do Renascimento — antepassadas próximas do utilitarismo anglo-saxónico.

Os reformados, nas suas variadas denominações, propugnavam um contacto directo entre o homem e Deus, esbatendo o papel da Igreja como intermediária. O homem parece encontrar-se sozinho perante Deus — logo, perante os outros homens; e salvar-se sozinho.

Posto cada ser humano perante Deus, o que passa a interessar-lhe fundamentalmente é a sua própria alma individual, passando para segundo plano a ordem geral — é a ordem do *comos* — e os *outros*.

Cada homem segue o seu caminho solitário.

E, durante um certo período, pelo menos durante o início do século XIX — destroem-se os obstáculos ao seu caminho solitário.

As corporações de artes e de ofícios, as organizações tradicionais do trabalho social, esbatem-se ou não são abolidas, em benefício do anonimato mecânico do trabalho na fábrica.

Desde o início do século XIX que a «maioria» do liberalismo acentua a liberdade «negativa» do indivíduo, que decorreria da sua própria «natureza» — e que seria uma exigência da sua liberdade.

Liberdade que, perdidas as barreiras e as referências, caía no anonimato e na anomia.

«O homem é inominável», no conhecido romance de Samuel Beckett; «eu, de quem nada sei...»

Para Proust, as pessoas não se compreenderiam a si próprias, nem às outras, por que as personalidades eram diversas e se alteravam constantemente. «As personagens perdem a sua forma na infirmitade do devir» (1). «O homem sem qualidades» de Musil tenta identificar-se num mundo onde faltam as referências tradicionais. Onde faltam, sobretudo, as normas de conduta assentes em modelos de comportamento.

A evolução da técnica, levando ao crescimento do mercado capitalista, parece «ter acabado» com a metafísica indo-greco-europeia, e levado ao «extremo» a divisão social de trabalho que parece exigir um ser humano isolado, sem características, adaptado ao trabalho anónimo e mecânico até ao fundo da sua (ex) alma. Universalizando-se, a técnica «desalojou» usos e costumes tradicionais e a própria religião, a favor da uniformização cultural e linguística assente num linguajar «técnico» «inglês» de menos de duas mil palavras.

Mas, já desde o fim do século XIX que o optimismo cientista tem sido contrariado pelo pessimismo anti-científico; Sorel denunciava, em 1908, as «Ilusões do Progresso» científico.

E, hoje, parece ter-se chegado ao fim de um caminho, em que as técnicas consomem mais seres humanos e recursos naturais do que são capazes de substituir.

Para combater este individualismo, consequentemente anómico, assistiu-se a um regresso às cosmogonias clássicas. O ser humano volta a ser enquadrado, dominado e conduzido em nome de mecanismos sociais, «naturais», que lhe seriam anteriores e o transcenderiam.

É integrado (apesar dele próprio) na ordem («material») da natureza, da «raça», etc. O racionalismo, o positivismo e certo socialismo remetiam o indivíduo para uma concepção «positiva» da sua liberdade, para a sua submissão às leis da sociedade e da natureza (2).

(1) Eugénio Ionesco, «Victims of Duty», Plays, London, 1962, II, p. 308.

(2) Vd. Franklin L. Baner, *O pensamento europeu moderno*, I, Séculos XVII e XVIII, Lisboa, p. 32.

Os benthamistas, os positivistas, os jovens hegelianos, os heideggerianos, etc., compartilham visões de uma natureza que controlava (esmagando-as) a metafísica, a religião e a própria sociedade humana. Enquanto Comte planeava uma ciência física social, John Mill propugnava uma ciência, da natureza humana. Descobria-se o sentido da natureza e da sociedade a partir da ciência. Lenin, depois de algumas hesitações, fixou-se na ideia da matéria como absoluto, «contendo» uma verdade absoluta que os seres humanos deviam apreender; a natureza continha uma lei objectiva, a da causalidade e da necessidade (3).

Os idealistas, como Hegel, chegam a resultados semelhantes: no dever do indivíduo redime-se a liberdade substancial e, portanto, o que o Estado exige como dever é ainda imediatamente o direito da individualidade (4). Comte vem no mesmo sentido: os direitos (individuais) são anti-sociais, pois tendem sempre a consagrar a individualidade (5).

Nesta esteira, múltiplos juristas, das mais diversas escolas, apagavam os direitos subjectivos. Kelsen parece ser expoente desta tendência: o direito subjectivo surge como consequência de uma regulamentação jurídica (6); mas, também, Windscheid, Duguit, Santi Romano, Ross, etc....

Mas eis que o hodierno «fim das ideologias» é também o da vitória do individualismo; assente e promovido pela disseminação da técnica; correlativo à destruição «definitiva» do fundamento ético da ordem social — e do Direito.

3 — *A destruição do fundamento ético da ordem social e do Direito. A negação da ordem e do Direito*

A destruição do fundamento (ético) da ordem social e do Direito, se tem a sua origem remota na «morte» da metafísica, ope-

(3) «Materialism and Empirico-Criticism», *Collected Works*, New York, 1927, cap. «Mater has Disappeared».

(4) *Filosofia do Direito*, §§ 35 e 36.

(5) *Système de politique positive*, I, p. 361.

(6) *Diritto e giustizia*, trad. it., Torino, 1965, p. 166.

rada por Kant, vai entroncar mais de perto em Rousseau e na sua concepção da sociedade e do Estado.

Abandonado o fundamento axiológico da vontade colectiva, chegava-se a consequências eventualmente totalitárias: como a vontade geral transcende as vontades individuais dos cidadãos (súbditos), por a vontade geral ser o soberano, volta-se ao governante de Hobbes que se encontra acima dos súbditos.

A sociedade transcenderia o indivíduo, que só se reconheceria nela. O homem civil não seria mais do que uma entidade numérica, cujo valor consistiria na relação com o corpo social; na sociedade, cada um deve deixar de se crer um, mas sim parte da unidade do conjunto, não sendo mais perceptível senão na totalidade (7).

Ao transformar o indivíduo em súbdito de si mesmo (leia-se: da vontade geral), transforma-se a liberdade no direito de fazer (só) o que a lei permite (8). Mas, seriam os homens, «desvinculados» de modelos, capazes de se comportar moralmente e de definir normas éticas? A resposta afirmativa de Leibniz contrastava com as opiniões de Mandeville, Gibbon e tantos outros, para quem o homem era caracterizado pelas paixões e pelo hedonismo.

O Direito parece desaparecer enquanto tal, para se transformar na expressão, ou instrumento, de uma (mera...) ordenação social, assente nas necessidades do «progresso» técnico, implicando uma certa divisão de trabalho social; fazendo apelo aos instintos, aos apetites, do homem-produtor-consumidor, desprovido de valor moral, simples objecto da Natureza — mas sem «natureza»... (9). A sociedade passa a ser um espaço em aberto, desprovido do sentido ético e de ordem jurídica, aberta a todas as marginalidades.

4 — *A recusa dos modelos (ou o não-modelo?): a não-normalidade e a não-normatividade*

A sociedade contemporânea apresenta o carácter de não-modelo, recusando os valores de coesão social e a sua encarnação dos valores em certas pessoas.

(7) Rousseau, Emile, I, Oeuvres Complètes, ed. Pléiade, IV, p. 249.

(8) Montesquieu, «Sur l'esprit des lois», XI, cap. 3.

(9) Cf. Castanheira Neves, *Justiça e Direito*, sep. B.F.D. de Coimbra, 1976.

Nesta matéria, voltou-se a uma espécie de «mitologia» do pós-modernismo. Os super-homens (heróis, semi-deuses) da modernidade (vedetas do «show-business», «Yuppies», etc.) caracterizam-se só pelo sucesso económico e mediático, independentemente do modo como o adquiriram; são objecto da admiração (descrente) do público; realizaram os sete trabalhos de Hercules; dispõem das mulheres (ou dos homens) como Júpiter; e a sua vontade é ilimitada e imprevisível. São diferentes do resto da humanidade, e, embora apelando a que todos sejam como eles, a maioria sabe que nunca alcançará esse sonho.

Modelos éticos? Representam, geralmente, não-modelos, com características que o homem-médio se recusaria a assumir ou a confessar.

Enquanto o modelo tradicional, romano, é o do «princeps» («primeiro»), modelo de autoridade, saber, virtude, prudência; e o modelo medieval é o do sacrifício, o das virtudes heróicas, da total dádiva aos outros (o santo) — o (não) modelo pós-moderno é o do instinto selvagem e predador.

Perdendo-se os modelos, perdem-se os critérios de normalidade e, assim, de normatividade.

5 — *A des-sacralização da lei*

Perdeu-se o sentido «sagrado» da lei, enquanto expressão de uma lei natural ou, hoje, a vontade do povo.

Sobre o abandono da referência da lei, à lei natural, já escrevemos.

Mas, hoje, o sentido e o fundamento da lei como expressão da vontade popular também se perderam.

Antes de mais, pela relativização ou historicidade dos valores; por detrás da vontade popular, julga-se ver, com demasiada evidência, os confrontos desordenados de interesses, os «lobbies», a perda de referência do Direito à Justiça; não tendo sido possível reconstruir a ordem da Justiça sobre a desordem dos interesses.

Depois, as leis subjectivaram-se. Os «mass media», sobretudo a televisão, exibem (ou julgam exhibir), desmacarando-os, as pes-

soas dos actores políticos e sociais do procedimento de formação legislativa; que são imediatamente identificados com interesses de vária ordem. Os corpos legislativos mostram as diversas faces que os compõem.

6 — A subjectivização do sujeito

A historicidade veio influenciar a própria representação do sujeito de direitos: este já não é visto abstracta ou estaticamente, mas histórica ou dinamicamente.

Parece ter-se «ultrapassado» o conceito de pessoa (ou de personalidade) jurídica, enveredando-se por uma subjectividade (concreta e histórica) não abstracta ⁽¹⁰⁾.

O sujeito (concreto) deixa de ser compreendido nos quadros de um modelo (ético-jurídico, ou, simplesmente, jurídico-formal); enquanto a valoração de uma situação concreta também não é feita por comparação com o modelo legal ⁽¹¹⁾.

Se o ser humano é (só) a sua história, a única natureza verdadeiramente humana seria a sua escolha (vontade) pessoal e subjectiva.

A vontade já não é a que está na base da autonomia negocial, que funda e cria, estavelmente, a lei entre as — partes; é, antes, o querer contingente do desejo ⁽¹²⁾.

Nesta medida a única proibição (único limite) é de proibir: é proibido proibir. Qualquer norma (quer a externa, quer, «naturalmente», a interna) é considerada como desprovida de fundamento, e intolerável por limitar a vontade livre do indivíduo. A norma termina nas fronteiras de cada sujeito, de todos os sujeitos, «ocupando» só o «espaço» («desaparecido») que é o do social. (Leia-se: o da organização da técnica).

⁽¹⁰⁾ Vd. Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 57 e segs.

⁽¹¹⁾ N. Lipari, *Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo*, Riv. dir. civ., 1986, I, p. 643.

⁽¹²⁾ M. Paradiso, *Famiglia e nuovi diritti della personalità*, *Quadrimestre*, 2, 1989, p. 305.

6.1. — *A legitimação da subjectividade*

O subjectivismo tem vindo a autolegitimar-se.

O liberalismo fundava-se na convicção de que a justiça nas relações entre os privados decorria do livre jogo das vontades individuais até atingirem um equilíbrio. Mas pressupunha uma tensão no sentido de Justiça, a consciência da possibilidade, se não se atingir a Justiça, pelo menos de uma progressiva aproximação desta.

O subjectivismo pós-moderno funda-se, antes de mais, no afastamento da referência à Justiça, conceito vazio. Daqui resulta que a única maneira de resolver os problemas (já não de atingir uma ordem) é superar as limitações da consciência ética e racional e dar liberdade à espontaneidade do desejo⁽¹³⁾. Qual a razão para limitar a liberdade dos cidadãos naturalmente iguais? Só a que deriva de necessidade de destruir os limites impostos a essa liberdade.

7 — *O Direito enquanto decisão*

Porém, a tensão entre afirmação da liberdade — espontaneidade — desejo e a necessidade de a realizar concretamente — quando surge um obstáculo concreto — leva a pôr em causa Direito enquanto norma, em benefício do Direito enquanto decisão — decisão concreta destinada a remover os obstáculos concretos.

O Direito, de norma geral e abstracta, prévia, transforma-se na regra do caso concreto, contemporânea dos seus efeitos. Não só por acção do legislador que se demite, cada vez mais, de recortar, em todos os seus aspectos, a situação prévia suposta; como, também, contemporaneamente, por facto (autónomo) dos tribunais, para quem a lei é, cada vez mais, uma simples justificação «ex-post» da decisão.

(13) M. Paradiso, *ob. cit.*, p. 305.

Afastou-se, dest'arte, a própria ideia de Direito (como promotor necessário da Justiça); o Direito era representado como uma exigência das naturais desigualdades entre os seres humanos, a serem reequilibradas através de normas; hoje, perante a «natural» igualdade de todos os seres humanos, o «Direito» (já não enquanto norma, mas como decisão) intervem só quando surge um (surpreendente?) obstáculo a essa igualdade (14). Aceitando-se os resultados (mesmo que, há pouco, fossem considerados injustos) do livre funcionamento das regras do jogo (em que não há regras).

8 — A absolutização do sujeito

Para a concepção «liberal» da sociedade e do Direito, a vontade do cidadão-sujeito de direitos não era absoluta, em virtude de um duplo limite, um externo, outro interno.

O limite externo era constituído pelas esferas jurídicas dos outros, limites intransponíveis para a vontade negocial vinda do exterior. O princípio do contrato exige uma declaração de vontade correspondente da parte do destinatário da declaração de vontade originária: sem uma aceitação (sem a «auto-abertura» da esfera jurídica do destinatário), não é possível impôr a outrém, nem obrigações, nem direitos (mesmo a doação é um contrato; nos contratos a favor de terceiro, este pode rejeitar, com retroactiva, o benefício recebido; etc.).

O limite interno tem consistido no sentido atribuído à liberdade contratual; esta é entendida como um instrumento de colaboração entre os seres humanos; um meio de promover a circulação de bens em termos de equilíbrio de interesses, de igualdade; e nunca como um poder de uns — os mais fortes ou os mais hábeis — sobre outros, a quem seriam impostas obrigações desproporcionadas (15). Os princípios da boa fé, da proibição do abuso do direito

(14) Vd. N. Lipari, *ob. cit.*, p. 225 segs.

(15) Cfr. Diogo Leite de Campos, *Contrato a favor de terceiro*, 2.^a ed., Coimbra, 1991, pág. 40; id., *A responsabilidade do credor na fase de incumprimento*, sep. da Rev. Ordem dos Advogados, Lisboa, 1992, 52, pág. 5 e segs.

e da proibição do enriquecimento sem causa são bem conhecidos expoentes do conteúdo ético da liberdade contratual em Direito Civil.

Ora bem: os direitos da personalidade têm mostrado tendência a fugir a este duplo limite, interno e externo.

Lembro que, como escrevi há pouco, a concepção «de hoje» dos direitos da personalidade decorre do seu enraizamento na «natureza»: trata-se de direitos «naturais», fundamentais, superiores a todos os outros direitos — mesmo ao «Direito» estadual que constituirá, perante eles, Direito de segunda ordem, subordinado.

Assentes no estado de natureza, «moldados» pela espontaneidade e pelo voluntarismo, os direitos da personalidade acabam por rejeitar... os direitos da personalidade. Os novos direitos da personalidade vão, antes de mais, contra a ideia de consenso dos interessados; como estabelecer acordos, cedências, sobre matérias vitais para cada um?

Ao contrário das concepções tradicionais, em que cada um reconhecia aos outros, e aos seus direitos, igual dignidade do que a si próprio e aos seus direitos (daí, o consenso como base das relações), cada pessoa e cada armação de direitos parece ao seu titular como naturalmente superior a todos os outros.

Ninguém (nem o Estado, nem os outros) pode limitar os direitos naturais do cidadãos. A liberdade absoluta prevalece sobre a igualdade.

Daí, que o «estado da natureza» tenda a transformar-se em «estado de guerra», no qual os direitos fundados na liberdade absoluta não vêem razão para não violar os direitos dos outros.

O espaço (que era) do Direito transforma-se, assim, no espaço da absoluta possibilidade ao serviço do subjectivismo absoluto. O que acaba por consumir a própria possibilidade de normas jurídicas positivas como vínculos prévios e imperativos entre os cidadãos ⁽¹⁶⁾. Fazendo-se coincidir Direito e prática, com a quase total consumpção do Direito por esta última.

⁽¹⁶⁾ Vd. D'Agostinho, *Matrimonio e indissolubità*, in *Diritto e Secolarizzazione*, p. 138.

Fica em cena só o carácter absoluto da vontade de cada sujeito que se pretende, «naturalmente», «senhor» de todos os outros.

Daqui deriva a negação do limite interno da eticidade da liberdade, dos direitos enquanto instrumentos de colaboração com os outros.

Qual a legitimidade para impôr «valores» éticos superiores ao «valor» de pessoa humana, naturalmente livre?

Nega-se, assim, duplamente, o outro como limite. Transformando-o em mero suporte da realização da personalidade individual — o ser-objecto, de Marcuse.

Enquanto na sociedade liberal, no seu auge, a liberdade de cada um não suportava mais, perante o outro, do que uma proposta; hoje, na sociedade da liberdade (ou na nova sociedade liberal) a liberdade suporta direitos subjectivos que se afirmam essencialmente como um direito (potestativo) a uma prestação da sociedade ou como com direito protestativo sobre o outro (pessoa singular).

É o que sucede com o chamado «direito» da mãe ao aborto⁽¹⁷⁾. A vida do filho (ainda não nascido) passa a depender da vontade de outrem que afirma a sua liberdade (de mais forte) à custa da pessoa do mais fraco. Mas, para além deste aspecto, afirma-se como um direito a uma prestação do Estado: para além de ser um direito absoluto, não limitado (nem pela vida do filho, nem pela vontade do pai) quer-se um direito «assistido»: a mãe pretende que o Estado proceda ao aborto, gratuitamente. Sem esta assistência, o simples poder de agir (à sua custa) equivaleria, na prática, a falta de direito⁽¹⁸⁾.

Protegida por esta «liberdade», pretende criar-se uma nova cultura, muito diferente do pretendido estado de natureza, com valores e vínculos opostos aos tradicionais. E postos, na realidade, à própria pessoa e aos seus direitos e, portanto, à natureza.

(17) ...Que não é direito, na medida em que não há direito sobre a vida de outrem (do ser humano ainda não nascido); e que não é Direito, pela evidente posição injustificada de força em que assenta.

(18) Vd. *D'Agostinho, Eutanásia, direito e ideologia*, pág. 108.

Aos direitos de todos e de cada um é substituído, sob a aparência da desregulamentação própria do estado da natureza, uma nova ordem que só reconhece os direitos de alguns.

9 — *A recuperação dos direitos da personalidade na sociedade-de-iguais*

A luta contra a onnipotência legislativa do soberano absoluto de Idade Moderna levou à invenção dos direitos da personalidade, enquanto direitos naturais, meta-positivos.

A luta contra a onnipotência legislativa, não só do povo-soberano, como dos outros soberanos (classe, ditador, etc.), absolutizaram esses direitos e o seu titular, o cidadão.

Estou de acordo com a necessidade de reagir contra as tendências de subordinação (total) do indivíduo ao Estado ou à sociedade, afirmadas por juristas e filósofos de diversas tendências; que tornavam o ser humano e os seus direitos dependentes do reconhecimento do Estado e da ordem jurídica que este construía.

Rejeitar a sujeição do ser humano e dos seus direitos à vontade do legislador, de acordo.

Mas a absolutização do sujeito não virá também a pôr em risco a liberdade, a dos outros e a do próprio? Parece-me que sim.

A liberdade compreendida como a libertação do desejo⁽¹⁹⁾ que nunca pode ser contra-natureza, já que foi inserido no homem pela própria natureza, é anti-jurídica, anti-ética e, consequentemente, anti-natural. A natureza não é «ca-osmos», ordem caótica, repetição infinita da diferença⁽²⁰⁾, anti-razão, pulsão.

Tal natureza é anômica, vai contra a «natureza» da natureza e do homem que conhecem (e exigem) leis. Sendo as leis humanas necessariamente leis éticas. A liberdade é uma noção ética — sem a qual o «Direito» resultante da liberdade nada mais será do que a vontade de tornar eterna uma relação mutável de poder. Em que o

⁽¹⁹⁾ Michel Foucault, *histoire de la Folie*, Paris, 1961, p. 296.

⁽²⁰⁾ Deleuze, *Différence et répétition*, Paris, 1968.

Direito nada mais é do que o «nome» que o poder usa para se fazer aceitar pelos outros ⁽²¹⁾.

Via que leva à transformação do indivíduo no legislador ⁽²²⁾, no soberano, em suma; que institui a «justiça», isto é, subordina as coisas à sua medida ⁽²³⁾. A lei limitar-se-ia, assim, a reconhecer os direitos, todos os direitos, eliminando os obstáculos para se lhes opuserem, até à vitória do mais forte, do super-homem, que terá eliminado os outros.

Mas será que se pode deixar de viver-com-os-outros? Sendo viver-com-os-outros, viver *em solidariedade* com os outros?

Ao primado dos direitos do sujeito, contraponho o primado da ética — como conteúdo e limite de tais direitos. Rejeitando a soberania absoluta de cada um, que só pode levar ao domínio absoluto, na dialéctica do senhor-escravo.

Na lei do duplo frenesim sobre que escrevia Bergson ⁽²⁴⁾, não há que escolher entre a absolutização do social que leva à escravidão, e a absolutização do individual, delírio de poder que também conduz à escravidão (do próprio e dos outros). Há que determinar o equilíbrio do homem-ser-social, dando o seu justo espaço ao público e ao privado.

Os direitos do homem não servem para combater a lei e os outros. Mas, sim, e só, para limitar (ou eliminar) o arbítrio do legislador e dos outros. Através da substituição do primado da lei — expressão da vontade desvinculada do legislador, colectivo ou individual — pelo primado do Direito, consubstanciando os sentimentos éticos da colectividade.

A solução do problema deve procurar-se no interior dos próprios direitos da personalidade.

A cada direito corresponde um dever do próprio titular do direito, para consigo mesmo, ou para com outrem. É o limite interno do direito, que o transforma em poder-dever ou, indo mais longe, o absorve numa complexa situação jurídica, integrada por

⁽²¹⁾ Nietzsche, *Die Urschuld des Werdens*, Stuttgart, 1956, II, p. 262.

⁽²²⁾ Vd. B. Romano, *Critica del concetto di liberazione in Nietzsche*, in Nietzsche e la liberazione, L'Aquila, 1975.

⁽²³⁾ Nietzsche, *A Alegre ciência*, IV, 335.

⁽²⁴⁾ Les deux sources de la morale et de la religion, cap. IV.

direitos e deveres, intimamente ligados de modo a esbaterem e compensarem o poder («absoluto») ligado ao direito subjectivo.

Seja qual for a estrutura conceptual que decida construir-se, deve assentar na «definitiva» ultrapassagem do carácter autoritário e egoísta do direito subjectivo.

Afirmar o direito subjectivo como um poder da vontade ao serviço dos interesses do seu titular e, pelo menos, unilateral e incompleto. Esquece-se o «sujeito passivo» — que não é «sujeito» nem «passivo»; esquece-se a dimensão social, solidarística, de qualquer direito, de qualquer instrumento de inter-relação.

A pessoas do devedor (do sujeito «passivo») tem seguramente o mesmo relevo do que a pessoa do credor (do sujeito «activo»), em todas as fases da relação, numa plena igualdade das partes.

Antes de mais, a relação jurídica só se constitui (em via de regra) mediante o acordo de todas as partes. Há aqui uma igualdade originária («genética») que se manterá ao longo de toda a relação.

Esta igualdade permite começar a fundar a percepção de que o funcionamento de relação não assenta (não pode assentar) em actos de poder, mas sim em actos de colaboração éticamente fundados, destinados a obter um justo equilíbrio de interesses (na óptica das partes). A pessoa e os bens do devedor não são «passivos» ou «sujeitos» perante o credor. Tentei demonstrar, em escrito recente ⁽²⁵⁾, que nem sequer os bens do devedor inadimplente se encontram à mercê do credor — como se fossem o corpo do devedor que o direito romano colocava à disposição dos credores. O interesse da outra parte deve ter tanto relevo para o credor, com o seu próprio interesse; não exercendo o seu direito de modo anti-ou a-ético, e suprimindo mesmo as faltas ou deficiências da contraparte. Não executando, nomeadamente, certos bens, quando pode executar outros que representem menor sacrifício para o devedor; não pedindo «injustificadamente» a declaração da sua falência; etc.

⁽²⁵⁾ Diogo Leite de Campos, «A responsabilidade do credor na fase do incumprimento», cit., pág. 5 e segs.

Há que retirar todas as consequências do princípio da boa fé, e do seu complemento, a proibição do abuso do direito; revendo, com base neles, a própria concepção do direito subjectivo.

Externamente, constituem limites do direito as pessoas e os direitos dos outros e do próprio.

A paridade ontológica dos seres humanos exclui que se estabeleçam entre eles relações de poder⁽²⁶⁾; mas só relações bilaterais, em que cada um tenha simultaneamente direitos e obrigações.

Esta bilateralidade estende-se, naturalmente, às relações sociais. Entre o ser humano e a sociedade estabelecem-se vínculos complexos, integrando direitos e deveres, genética e funcionalmente incidíveis.

O direito subjectivo, na sua concepção tradicional, é assim, duplamente ferido.

Limitado, internamente, pelo dever ético — jurídico perante a outra parte, transforma-se em poder-dever; convertendo-se de instrumento de poder, em veículo de colaboração.

Limitado, externamente, pelos direitos dos outros e do próprio; integrado numa relação complexa em que cada uma das partes tem deveres e direitos correlativos e justapostos; transforma-se em mero componente de uma complexa jurídica que traduz a densidade da trama do tecido social.

Também os direitos da personalidade têm de sofrer esta transformação — que, de algum modo, tem de começar por eles, dada a sua posição (estratégica) no núcleo do relacionamento social, que permitem e ao qual dão sentido.

Assentes na paridade ontológica dos seres humanos; na natural contratualidade das relações; são poderes-deveres em que cada um, ao exercer o poder (de exclusão dos outros, ou a «sobre» si próprio) está a levar a cabo um plano de realização pessoal fundada eticamente fundadas, ou colaborar na intensificação das relações sociais também eticamente fundadas.

⁽²⁶⁾ Vd. Sergio Cotta, *L'attuale ambiguità dei diritti fondamentali*, Riv. Dir. Civ., 1987, I, p. 241.

O poder está ao serviço do eu — que não se confunde com a vontade — e dos outros.

Direito à vida, do próprio? seguramente, mas não para dispor dessa vida; antes para a respeitar e defender como se respeitam e defendem, por identidade de razões, as vidas de todos os outros e de cada um.

Direito à integridade física do próprio? Sem dúvida, mas para promover a integridade física do eu — e dos outros.

A «omnipotência» dos direitos da personalidade não é sinal de luta na sociedade (em desordem), mas marca de identidade entre os seres humanos e, logo, de ordem entre iguais.

A terminar, perguntaria se os direitos da personalidade, naturais e originários, estão antes da lei, nomeadamente da lei constitucional.

Entendo que sim: a lei, constitucional e ordinária, deve consagra-los e desenvolve-los, com o sentido que indiquei. Se não o fizer, será ou injusta, ou lacunosa. As suas lacunas serão preenchidas com a «ordem natural» dos direitos da personalidade; as normas injustas não serão consideradas Direito.

Contudo, os direitos da personalidade não devem ser vistos como um remédio universal adequado a resolver todos os problemas; medicamento milagroso que substituirá todos os outros, subvertendo toda a ordem jurídica em nome de algumas ideias-força.

Os direitos da personalidade estão plasmados, directa ou indirectamente, em múltiplas normas ou instituições — do Direito Criminal, ao Direito Administrativo, passando pelo Direito Civil e pelo Direito Fiscal. Quando estiver em causa uma situação de facto que releve das normas «ordinárias» dos direitos da personalidade, devem estas ser invocadas e aplicadas — salva lacuna ou «injustiça» grave.

Os direitos da personalidade constituirão, praticamente, «cláusulas gerais» de controlo do ordenamento e de preenchimento de lacunas. Sendo as normas (formais ou substanciais) que os consagram enquanto tais, consumidas pela concorrência de outras normas que utilizam (com justiça) tais direitos como um dos ingredientes da composição dos interesses em jogo.