

## **OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: CATEGORIA EM REAPRECIÇÃO\***

Doutor Diogo Leite de Campos  
Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

### **Introdução**

Intitulei esta minha lição: “Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação”.

O próprio título indica, parece, uma ousadia da minha parte: rever os direitos da personalidade, reapreciar os seus fundamento e sentido.

Pois, não são os direitos da personalidade o núcleo intocável do Direito contemporâneo? Não são eles a principal garantia do ser humano contra a onnipotência do Estado e a agressividade dos outros? Não têm fundamento natural, que os coloca antes do Direito positivo e acima das análises conjunturais dos juristas? O meu título parece uma ousadia, repito.

Mas esta ousadia transforma-se-à em imprescindível terapêutica se eu conseguir demonstrar a seguinte tese: os direitos da personalidade, no discurso do jurista e nas representações sociais, têm a sua *natureza* adulterada. De instrumentos de defesa do ser humano contra a onnipotência do soberano e contra a agressão dos outros, estão sendo transformados em expressão da onnipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o *eu* e os *outros*.

---

\* (Texto que serviu de base à conferência proferida na Faculdade de Direito de Santiago de Compostela, integrada na “Semana Jurídica Portuguesa”, em 19 de Abril de 1993)

## Os detalhes

No meu discurso não vou passar em revista as opiniões dos juristas, dos filósofos, dos sociólogos, sobre os direitos da personalidade, para terminar com a minha síntese. Não vou fazer exegese de autores –tal como me recuso a fazer a exegese da lei.

Toda a interpretação é redução sintética, anulando, em parte, os detalhes, a riqueza dos factos de que se alimenta. A interpretação de interpretações seria duplamente redutora.

Vou, pois, revelar-vos os detalhes, as banalidades, as pequenas “coisas” de que parte a minha análise dos direitos da personalidade.

Conduzo o meu automóvel por uma rua de Lisboa, que encontro impedida por um veículo pesado que está a descarregar mercadorias. Buzino. O condutor, imperturbado, diz-me que está a trabalhar. E não desimpede a passagem durante largo tempo.

Retenhamos os elementos essenciais deste discurso.

O direito ao trabalho – direito da pessoa – é afirmado como um direito onnipotente, absoluto;

superior ao Direito do trânsito, enquanto ordem;  
superior, também, ao meu direito da personalidade – de ir trabalhar,  
de me divertir, de, simplesmente, me deslocar.

O condutor do caminhão afirma um direito sobre mim; apoiando-se na sua força: o seu caminhão é mais pesado do que o meu pequeníssimo automóvel.

Nos E.U.A. um casal procria um filho para que este forneça medula óssea a um irmão atingido de leucemia.

O ser humano, fim em si mesmo, sede autónoma de valores, é produzido com vista a um fim que lhe é estranho e, mesmo, hostil.

O direito à vida de um ser (o irmão doente) é afirmado como superior ao direito à integridade física do irmão mais novo. (E se este falecer por causa da extracção da medula?) E é afirmado como superior ao Direito enquanto ordem, que proíbe a extracção de tecido sem consentimento do lesado.

A vítima não fala, não pode exprimir a sua vontade, está amordaçada.

Os pais exercem um poder sobre ela: são mais fortes.

Um canal português de televisão transmite uma reportagem sobre a natalidade na Rússia.

Mostra, num hospital, em cima de uma mesa, diversos cadáveres de crianças que tinham sido extraídas do ventre das mães.

Um delas, de trinta e seis semanas, tinha sido morta por esmagamento do crânio.

O médico interrogado pelo repórter surpreso com esta morte da uma criança –“era já um bebé”– responde que a mãe o exigira e que a lei o permitia.

Um ser humano, a mãe, afirma sobre outro ser humano (“irrecusavelmente” un ser humano) o direito de morte. Fundamentos: o conflito entre o seu direito da personalidade –ao bem estar, à integridade física, ou à privacidade– e o direito à vida do filho. O direito à privacidade da mãe é considerado superior ao direito à vida do filho. Ou seja: “qualquer” direito da personalidade é considerado superior a “qualquer” outro. Basta que o que o invoca esteja em posição de vantagem, seja o mais forte. A mãe aqui é mais forte: o filho depende do seu sistema corporal de apoio à vida; e, mesmo retirado do seu ventre, dependeria da mãe –que se recusa – ou da sociedade– que se abstém.

E o Direito aceita este desequilíbrio, sancionando-o.

O Direito enquanto ética, justiça, abandona perante o direito/relação de poder, o direito do mais forte.

## **O poder**

Vou sintetizar –embora com inevitável redução– o sentido das “pequenas ocorrências diversas” que relatei (1).

O Direito não se apresenta como ordem prévia, que decide do caso concreto, mas, antes, como decisão do caso concreto.

O Direito não aparece assente na justiça, mas, abandonado ao jogo dos interesses, transforma-se no produto da vontade do mais forte.

Sintetizando ainda mais: estamos perante o discurso do poder.

## **A perspectiva dos que sofrem**

A análise do poder pode realizar-se sob três perspectivas: a do que o exerce; a do que quereria exercê-lo; e a do que o sofre.

No caso que descrevi do camionista, as três perspectivas seriam as seguintes: a do camionista, que exerce o poder; a do legislador, que legislou, não é obedecido, mas gostaria de ser obedecido, de exercer o poder; a do que o sofre, a do condutor que é impedido de circular.

Nas sociedades modernas, a perspectiva do legislador está a perder sentido e eficácia social. Remetido para o domínio da regulamentação da técnica, o legislador abandonou o domínio da relação entre as pessoas, ou não é ouvido.

---

(1) Sublinho que os três casos descritos nada mais são do que a revelação de milhões de outros idênticos.

Restam-me, assim, as perspectivas do que exerce o poder e a do que o sofre.

Partilharei, naturalmente, esta última.

Não por qualquer preconceito contra o poder; não o considero necessariamente ilegítimo. Mas porque, no quotidiano que descrevi, os que sofrem o poder, *sofrem*... são amordaçados, mortos, oprimidos.

Num livro de um grande autor de língua portuguesa –o Retrato, do brasileiro Erico Veríssimo– aparece um anarquista castelhano que pergunta: “Há governo? Se há, sou contra”.

Eu, como jurista, pergunto: “Há injustiça? Se há, sou contra”.

## **A genealogia do poder**

Para entender o que são os direitos da personalidade hoje, o motivo por que se revelam como expressão, e mecanismo, de relações de poder, vou fazer a sua história, mais, precisamente, a sua genealogia. Vou encarar o poder inerente aos direitos da personalidade onde ele se encontre, seja qual for a máscara que o disfarce, mesmo –e sobretudo– quando o discurso da “verdade” o nega, para melhor dele se apropriar. Deste modo, darei voz aos amordaçados, aos que já morreram, aos que sofrem, voltando-os contra os que os oprimem.

### **A gênese dos direitos da personalidade**

A pergunta que surge imediatamente quando se trata da gênese dos direitos da personalidade é a seguinte: por que motivo, os direitos da personalidade só desde o fim do século XVIII surgiram como problema jurídico, social e político?... será que a sociedade tradicional os ignorava?

Há aqui a distinguir os direitos públicos, ou políticos, dos direitos privados da personalidade.

Os últimos –direitos à vida, à integridade física, ao casamento, etc.– embora em constante aprofundamento, sempre tinham sido protegidos.

Os direitos políticos, esses, encontravam-se no século XVIII em fase menos avançada de reconhecimento.

É certo que existem as declarações de direitos de Estados norte-americanos, desde o século XVII (Carta de Carlos I à Colônia de Rhode Island de 1693; Constituição de Locke para a Carolina do Norte, de 1669; Bills of Rights de diversos Estados, particularmente o de Virgínia de 1776). Mas, na Europa, a regra era a da onnipotência do soberano; a da submissão dos súbditos; a da desigualdade entre estes, não só no acesso às funções públicas, como no estatuto do direito de propriedade que dependia da situação social do seu titular.

Assim, os que se viam privados do poder, e que se achavam em condições de o exercer –letrados, comerciantes e industriais, proprietários não nobres– combatem o poder real e o poder dos nobres.

No discurso dos que aspiram ao poder encontram-se, sistematicamente, as ideias de: *liberdade*: libertação do povo do poder absoluto do rei e da supremacia dos nobres; e de *igualdade*: igualdade de todos os cidadãos, mediante a destruição de todos os privilégios.

O símbolo desta igualdade e desta liberdade eram os direitos da pessoa: os homens nascem e permanecem livres de iguais em direitos; o fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos, naturais e imprescritíveis dos homens; estes direitos, são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência perante a opressão (Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, aprovada pela Assembleia constituinte francesa em 1789).

## **A liberdade, a igualdade e a genealogia do poder**

Liberdade, igualdade? o que se pretendia quando se falava destes conceitos? pergunta o genealogista do poder. Com a convicção de que aquele

que fala de poder (mesmo que “só” para o destruir) se integra numa estratégia de tomada e de reorganização do poder.

Destruição do poder real? do poder dos nobres? não. Antes, transferência, tomada desse poder, por outrem, pelo *povo soberano*, que sucede ao rei na sua onnipotência. Acabando o “povo soberano” por apagar o papel do ser humano e dos seus direitos políticos.

Para Rousseau, 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. Como a vontade geral transcende as vontades individuais dos cidadãos, por a vontade geral ser o soberano, volta-se ao governante de Hobbes que se encontrava acima dos súbditos. E Montesquieu sublinha que a liberdade é o direito de fazer só o que a lei permite.

Na mera aparência das coisas, o poder absoluto do soberano transferiu-se do rei, para o conjunto do povo, para a vontade geral; com todos os cidadãos iguados na submissão total a essa vontade, que era, no fim de contas, também, a vontade de cada um.

Mera aparência, repito. Tinha-se tratado de uma simples reorganização do poder, em que este fora transferido, do rei e da nobreza, para um grupo, composto pelos proprietários fundiários, pelos comerciantes, pelos industriais – em resumo, pelos ricos, pelos poderosos. Que, num primeiro momento, no processo de tomada, organização e consolidação do poder dão mostras de ser uma temível máquina de interdição, de prisão, de morte. Lembremos, em França, o Terror e os massacres da Vendéia – seguidos da violência subsequente às alterações do poder no século XIX.

Tudo em nome do povo *soberano absoluto*, anónimo e irresponsável.

Rapidamente, por detrás da vontade geral desmascaram-se grupos sociais que se reservam o seu exercício. Quem votava, elegendo e sendo eleito? Os proprietários e os que dispusessem de uma renda suficiente para

garantir o seu interesse em defender a ordem social assente na propriedade. Eram estes os novos soberanos absolutos, a nova nobreza. *Liberdade*, só para eles, pois os outros continuavam submetidos à onipotência do soberano, agora colectivo.

*Igualdade?* perguntemos às mulheres, aos pobres, aos não proprietários que direitos lhes assistiam. Excluídos da vida política; submetidas as mulheres aos maridos e pais; subordinados os pobres aos proprietários, aos industriais tendo a propriedade, de instrumento de libertação, continuado via de opressão.

Mero processo de transferência do poder, repito.

Em que um núcleo fundamental dos direitos da pessoa, o direito de criar o Direito, era confiscado a favor de alguns, transformando-se de via de libertação em instrumento de poder. A onipotência do legislador só tinha mudado de titular.

Voltemos a deter-nos, por momentos, para fazer o relatório desta evolução.

O Direito afirma-se como o produto da vontade geral que é o novo soberano onipotente. Perante este soberano não existem barreiras, nem a dos direitos da pessoa. Antes, o rei, inspirado pela vontade Divina, actuava de ciência certa, não podendo portanto violar os direitos de ninguém; hoje, os cidadãos, auto-regulando os seus interesses, “não podem”, naturalmente, violar os seus direitos – os de todos e os de cada um.

Contudo, tal como sob a máscara do soberano se escondia um homem; hoje, sob o anonimato de vontade popular esconde-se um homem ou um grupo.

Os direitos políticos de base – liberdade, igualdade, propriedade – surgem como simples instrumentos da luta dos egoísmos.

## O elogio da exegese

Qual o significado de falar, nesta época, no século XIX, de direitos da pessoa? No discurso “da verdade” (do poder), o Direito aparecia naturalmente justo ou expressamente querido, no uso de faculdade que cada um (e todos) tem de dispor de si e dos seus interesses.

A lei (de base contratual) era expressão da vontade de todos os cidadãos, de todas as partes, que, melhor do que ninguém, (auto) regulavam os seus interesses.

Podia fazer-se, tranquilamente, o “elogio da exegese” lendo a lei como expressão (natural) da vontade de todos.

## Entre o absolutismo do indivíduo e o do grupo: o totalitarismo

Desde o início do século XIX, sob as “máscaras”, o palco social tem assistido ao alternar do poder do indivíduo ou do grupo.

Por um lado, regressou-se às cosmogonias clássicas, fundamentantes de novos totalitarismos.

Para a Antiguidade Clássica, o ser humano aparecia como um “objecto” do “Estado”, classificando-se pela sua situação neste. O “Estado” (a cidade), emanação da totalidade cósmica, consumia o social, o político e o religioso numa unidade natural que absorvia inteiramente o homem. Direitos contra o “Estado”? Impensáveis!

No século XIX assistimos a um ser humano que volta a ser enquadrado, apesar dele próprio, na ordem (“natural”) da natureza, de raça, etc., mecanismos sociais, naturais, que lhe seriam anteriores e o transcenderiam – e que “recusam”, na teoria ou (e) na prática, os direitos da pessoa.

Referi, há pouco, que Rousseau e Montesquieu dissolveram o homem na sociedade. Também os benthamistas, os positivistas, os jovens hegelianos, os heideggerianos, etc., concebiam uma natureza que controlava, esmagando-as, a metafísica, a religião e a própria sociedade. Enquanto Comte planeava uma ciência física social, Lenin, depois de algumas hesitações, fixou-se na ideia de matéria como absoluto, “contendo” uma verdade absoluta que os seres humanos deviam apreender: a natureza continha uma lei objectiva, a da casualidade e da necessidade, resumindo-se a “liberdade” humana em obedecer à causalidade da matéria.

Nesta esteira, múltiplos juristas, das mais diversas escolas, apagavam os direitos subjectivos, considerados simples consequências da regulamentação jurídica (Kelsen, Windscheid, Duguit, Santi Romano, Ross, etc.). Positivismo; obediência cega à vontade de quem exercia o poder. Assim se abria o caminho, quando não se justificava declaradamente, a ditadura do grupo ou da classe, exercida geralmente através de um homem: Napoleão, Bismarck, Stalin, Hitler, etc.

O totalitarismo, tal como o individualismo, estavam de acordo no ponto de partida: a destruição da ordem tradicional cristã, da sociedade animada e ordenada por Deus. Kant e Rousseau colaboraram na “morte” da metafísica e, depois, na aniquilação do fundamento ético da ordem social, do Direito.

Passemos ao individualismo.

## **O individualismo: o homem sem qualidades**

Desde o início do século XIX que a corrente maioritária do liberalismo acentua a liberdade “negativa” do indivíduo que decorreria da sua própria “natureza” e que seria exigência da sua liberdade.

Até se cair no “homem inominável” do romance de Samuel Beckett; desconhecido dele próprio: “eu, de quem nada sei”...

Para Proust, as pessoas não se compreenderiam a si próprias, nem às outras, por as personalidades serem diversas e se alterarem constantemente. Para Eugénio Ionesco, as personagens perdem a sua forma na infirmitade do devir. Por seu lado, o home sem qualidades de Musil tenta identificar-se num mundo em que faltam as referências tradicionais. Onde faltam, sobretudo, as normas de conduta assentes em modelos de comportamento.

## **A subjectividade do indivíduo**

“Desaparecidas” as normas de conduta, jurídicas ou morais; que ficou? O ser humano e os seus direitos, última barreira contra o arbítrio do grupo e do (*outro*) ser humano.

Retenhamos só o *outro*, pois o grupo “diz-se” em crise.

Referimos, há pouco, que os direitos políticos de base –liberdade, igualdade, propriedade– direitos integrados no discurso do poder, se transformavam em vias de poder, em expressões da luta dos egoísmos. Este “estado da natureza” transmitiu-se para o campo dos direitos civis da personalidade.

A historicidade parece ter vindo a influenciar a própria representação do sujeito: este já não é visto nos quadros de um modelo ético-jurídico ou social, mas antes como ser-individual, concreto, em que a única natureza, comum a todos os outros seres humanos, é a sua vontade. Mas, como esta é pessoal e subjectiva, mero desejo contingente, também é esta natureza que opõe o indivíduo a todos os outros.

Qualquer vínculo social, qualquer norma, é considerada naturalmente infundamentada por limitar a natureza humana, que é a vontade livre do sujeito. O social, o público, nesta medida desapareceu. A (ex-) sociedade parece desagregar-se em miríades de indivíduos que, tal como um caleidoscópio, se compõem e decompõem de instante a instante.

## O ser humano absoluto

Este ser humano é, pois, o soberano, o legislador e o criador de si mesmo, visionado por Nietzsche (O Alegre Saber).

Será que este ser humano é limitado pelos direitos da pessoa dos outros? barreiras que a sua vontade não pode ultrapassar?

A resposta “tradicional” que vinha de Kant, era afirmativa: cada ser humano, ao reconhecer nos outros, em cada dos outros, um igual, respeitava-o pelo respeito que exigia para si próprio.

A resposta de hoje é negativa: os direitos do sujeito que os invoca, assentes no estado da natureza, moldados pela espontaneidade e pelo voluntarismo, tendem sobrepor-se aos direitos dos outros: como limitar os direitos do próprio, em favor de direitos de outrem de igual dignidade? Como estabelecer acordos, cedências, sobre matérias vitais a cada um? Cada pessoa aparece a si própria como naturalmente superior a todas as outras. A *liberdade* absoluta prevalece sobre a *igualdade*. Daí que o “estado de natureza”, animado pelos direitos da personalidade, tenda a transformar-se em “estado de guerra”, no qual cada pessoa se tenta sobrepor às outras.

Leiamos um manual de tática militar do século XVIII: quando dois exércitos de igual força se encontram, ganhará aquele que tomar a iniciativa.

Sigamos a leitura dos direitos da personalidade realizada por um ser humano dos fins do século XX: no confronto de interesses entre duas pessoas, ganhará aquela que tomar a iniciativa, normalmente a mais forte, que dominará a outra.

Ou seja: o motorista que já estava parado a impedir o trânsito; a mãe de quem o filho depende; etc.

Às relações de justiça, de Direito, substituíram-se as relações de poder, em que o mais forte institui, num segundo momento, a ordem das coisas à sua medida.

Os direitos da personalidade encontram, assim, a sua última destinação: instrumentos de relações de poder, em que cada indivíduo, igual só a si mesmo, resgatado da eticidade dos costumes, supra-moral, se quer soberano absoluto de todos os outros, inclusive do seu próprio corpo e do seu espírito – usando, para isso, repito, os *seus* direitos.

## **O ser-humano-social**

Na “lei” do duplo frenesim, sobre que escrevia Bergson, não há que escolher entre a absolutização do social que leva à escravidão de todos; e a absolutização do individual que conduz também à escravidão de todos, inclusive do próprio super-homem dominador.

Há que determinar o justo equilíbrio do individual e do social, na dimensão do ser-que-vive-com-os-outros.

## **Direito subjectivo e poder-dever**

Julgo que, nesta ordem do discurso, a solução do problema deve procurar-se no interior dos direitos subjectivos em geral, e nos direitos da personalidade em especial.

Afirmar o direito subjectivo como um poder de vontade ao serviço dos interesses do seu titular é, pelo menos, unilateral e incompleto. Esquece-se a outra face do direito, como de qualquer instrumento de inter-relação. Essa face é o dever do titular do direito para com a outra parte, a atenção que deve aos interesses desta.

A relação jurídica só se constitui (em via de regra) mediante o acordo de todas as partes, que se harmonizam para constituírem um conjunto equilibrado. Há aqui uma igualdade originária, genética, que se deve manter durante toda a relação. O funcionamento da relação jurídica não assenta em sucessivos actos de poder, consequentes de uma afirmação genética de poder; mas sim em actos de colaboração, eticamente fundados, destinados a perpetuar a composição original.

A paridade ontológica dos seres humanos exclui que se estabeleçam entre eles relações de poder. Deus não fez, dos primeiros homens, soberanos, mas antes pastores de rebanhos.

Assim, o direito subjectivo vê-se transformado.

Composto internamente também pelo dever ético-jurídico perante a outra parte, transforma-se em poder-dever; de instrumento de poder, converte-se em veículo de colaboração.

É agora mero componente de uma complexa posição jurídica integrada por poderes-deveres.

A “omnipotência” dos direitos da personalidade não deve ser sinónimo de estado-de-guerra, mas marca de identidade entre os seres humanos e, logo, de ordem entre iguais.

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 constituição de família? com certeza, para realização, individual, do próprio e de cada um dos outros.

Julgo que é nesta recuperação do sentido natural dos direitos de pessoa, que se deverá encontrar a ultrapassagem do individualismo selvagem resultante da integração, dos direitos subjectivos em geral, e dos direitos da pessoa em particular, nas relações sociais de poder.