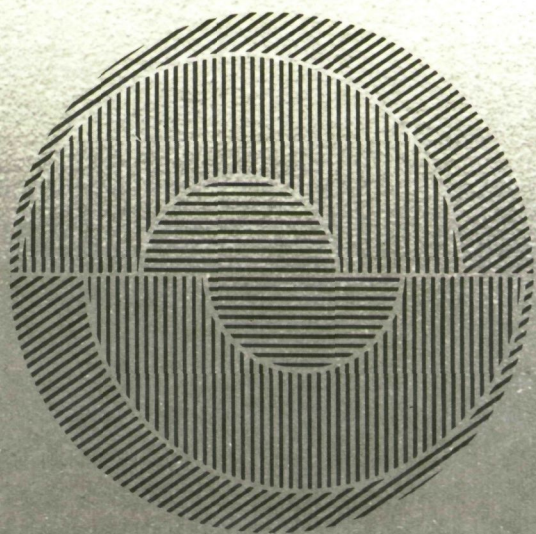


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO 1990
ANO 27 • NÚMERO 108

O direito da personalidade como direito natural geral

Corrente naturalista clássica

LDUNA E. WEINERT

Professora Assistente da Universidade de Brasília. Advogada em Brasília.

A delimitação do tema ora proposto defronta-se com as mais variadas dificuldades, a começar por sua denominação, “direito da personalidade” que, embora venha-se impondo, entre os doutrinadores, especialmente os brasileiros (Walter Moraes, Orlando Gomes, Limongi França, Antônio Chaves, Orozimbo Nonato e Anacleto de Oliveira Faria, dentre outros), é freqüentemente encontrada ao lado de outras, tais como “direitos essenciais da pessoa” ou “direitos subjetivos essenciais” (Tobéñas), “direitos da personalidade” (Gierke, Ferrara e autores mais modernos), “direitos à personalidade”, ou “essenciais”, ou “fundamentais da pessoa” (Ravá, Gangi, de Cupis), “direitos sobre a própria pessoa” (Windscheid, Campogrande), “direitos individuais” (Kohler, Gareis), “direitos pessoais” (Wachter, Bruns) e, ainda “direitos personalíssimos” (Pugliati, Rotondi), consoante bem assinala (CARLOS ALBERTO BITTAR (*Os Direitos da Personalidade* — Editora Forense Universitária, 1989, 1.^a ed., p. 2).

Por outro lado, quanto ao seu conteúdo, verifica-se que “a doutrina do direito da personalidade, cheia ainda de imprecisões, contradições e perplexidades, continua a não dispensar o arrimo retórico para suprir o seu déficit de clareza e coerência”, conforme registra o Prof. WALTER MORAES, em estudo publicado na Revista dos Tribunais (RT 590/14) sob o título “Concepção Tomista de Pessoa — Um Contributo para a Teoria do Direito da Personalidade”, lembrando, também, o número sempre crescente desses direitos, como se constata das enumerações sugeridas por Henrique Hubman (32 direitos), e Limongi França (60 direitos).

Não obstante os percalços que vem enfrentando a evolução do tema, através de longo e tormentoso caminho, até o seu estágio atual, há dois aspectos em relação aos quais está ele irremediavelmente ligado, ainda que seja, como se verá adiante, para sua própria negação:

1 — trata-se de direitos relacionados à pessoa humana, como tal considerada, em sua individualidade e nos seus relacionamentos em sociedade;

2 — o desenvolvimento da teoria do direito da personalidade operou-se paralela e intimamente ligado à evolução do chamado direito natural, acompanhando-lhe os rumos e as tendências, ao longo da história da humanidade.

Sendo assim, a partir de breve histórico do direito natural, serão feitas algumas anotações sobre as manifestações simultaneamente ocorridas do direito da personalidade, valendo ressaltar, desde logo, a grande contribuição dada ao tema pelo cristianismo, que procurou dignificar o ser humano, como tal, bem como pelo iluminismo, que o colocou frente ao Estado, exortando as chamadas “liberdades públicas”.

No que tange ao direito natural, o primeiro fato a ser lembrado é, sem dúvida, o de que a discussão em torno do mesmo nunca esteve encerrada, de modo definitivo, ao longo de toda a história da humanidade, a partir do momento em que o homem conscientizou-se de sua individualidade, de sua existência sobre a face da Terra, embora, é lógico, tenham-se sucedido fases de inegável esplendor de seus estudos e pesquisas seguidas de flagrante desprestígio e negação mesma de sua existência.

O reconhecimento da existência de um direito superior e anterior, transcendente e supra-ordenado ao direito humano, ou histórico-positivo, jamais deixou de preocupar jusfilósofos de todas as épocas; quer seja através da palavra revelada (*lex divina*), ou indiretamente, na ordem natural de sua criação (*lex aeterna*) ou, ainda, deduzido da razão humana (*lex naturalis*), colocou-se sempre em questão a validade e a justiça das leis impostas por Deus e pelos homens, uma vez que, não obstante o sentido último das primeiras, teológico-metafísico, o problema está sempre na consideração imediata do jurista, no momento em que opera a subsunção do caso concreto à lei positiva.

Assim, através de sucessivas respostas, vimos a questão focalizada sob diversas óticas, que enfatizavam suas diferentes colocações ao longo do tempo, tendo como fundamento comum a necessidade de conceber-se “uma ordem mais alta e perfeita, um ponto ideal firme de referência crítica para a legislação vigente”.

Esta ordem, composta de um núcleo de princípios superiores e imutáveis, inspiraria, completaria ou modelaria a legislação positiva, visando a suprir suas deficiências e a responder às críticas e insatisfações levantadas pela consciência social.

Compondo esse núcleo de princípios superiores e imutáveis é que, embora ainda não revelados ou reconhecidos, alguns deles, estiveram sempre presentes, os hoje denominados direitos da personalidade, entre os quais o Prof. WALTER MORAES, no trabalho antes referido, menciona o direito à vida, ao corpo, à honra, à liberdade e outros, mais específicos, que vieram a ser acrescentados à lista, posteriormente.

Como o direito é sempre um ensaio de ser direito justo, no dizer de RADBRUCH e RECASÉNS SICHES, a longa caminhada do jusnaturalismo através dos tempos caracterizou-se, sempre, pela tentativa de conciliação da

imperecibilidade do ideal axiológico contido nas normas jurídicas com a variabilidade de suas representações histórico-sociais.

No dizer de MACHADO NETO, que bem acentua a importância do jusnaturalismo, sua longa tradição oferece-se, no mundo jurídico, com a mesma insistência e domínio ideológico das idéias grandiosas e dos pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes (*Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* — Saraiva, SP, 1969, p. 21).

Efetivamente, esse é o ponto vital concernente ao direito natural e no qual o mesmo se identifica totalmente ao direito da personalidade, qual seja, a sua universalidade e imperecibilidade, fundadas na ontológica indagação da existência de fato, para lá dos fenômenos, de alguma coisa suscetível de ser apreendida pelo espírito humano e dotada de forte objetividade e independência do sujeito cognoscente, ou, em outras palavras, saber-se se, para lá do mundo sensível dos homens, haverá outro mundo de que o primeiro seja mero reflexo ou cópia.

Quanto ao direito natural, a essa ordem de estudos denomina-se, hoje, na moderna terminologia filosófica, Axiologia ou Filosofia dos Valores, que se volta, essencialmente, a averiguar-se, sobrepondo-se a todas as opiniões e valorações dadas por cada homem ou povo, nas diversas épocas, existirá algo de em si mesmo verdadeiro e justo, com geral e universal validade para todos os homens, e que, no dizer de Antígona, de Sófocles, “não é de hoje nem de ontem, mas de todos os tempos e não foi inventado pelos humanos”.

No que concerne ao direito da personalidade, tem-se que essas mesmas indagações se encontram na base, no fundamento mais profundo e mais distante de sua existência, a orientar de modo contínuo toda a sua trajetória, no sentido não apenas de sua revelação mas, sobretudo, de seu respeito, sua observância por parte dos homens, entre si, e do Estado, em relação a eles.

Ainda quanto à magnitude do tema, vale lembrar MICHEL VILLEY, que logrou sintetizá-la, ao assinalar que a doutrina do direito natural clássico salva a autonomia do direito contra o perigo inerente a todas as outras teorias, qual seja, o de ser absorvido à moral, à economia, à administração e à política; que ela nos dota de quadros sólidos, além de ser autenticamente especulativa e, por fim, que não deixou de ser ensinada depois de vinte e cinco séculos, sendo o seu valor garantido por milhares de juristas e filósofos (*Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit* — Capítulo VII — p. 165).

Cumprido lembrar, porém, que os direitos da personalidade, embora sempre presentes, de forma expressa ou não, na cogitação dos juristas e filósofos, somente alcançaram sagração na medida em que os Estados passaram a lhes dar a proteção das normas jurídicas, seja a nível constitucional, espelhando as chamadas “liberdades públicas”, seja a nível de legislação ordinária, ingressando no campo do direito privado, sem que isso signifique, contudo, que os mesmos fiquem restritos àqueles que obtiveram o acolhimen-

to dos ordenamentos jurídicos, pois esses direitos, consoante alerta Carlos Alberto Bittar, na mesma linha de pensamento jusnaturalista, “existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações” (*op. cit.*, p. 8).

Voltando à história, tem-se que, para os gregos, o direito participava diretamente da ordem ontologicamente imutável das coisas, sendo ele mesmo a expressão de uma essência metafísica ou a própria justiça essencial, valendo salientar que não ocorria, em verdade, àquela época, a distinção entre o problema da justiça e do direito, que deveria ser a explicitação da ordem imutável (da família, da tribo da polis), bem como a neutralização das violações contra ele cometidas.

Com efeito, essa identificação direito = justiça = lei fica bem clara nas palavras de PLATÃO, no diálogo entre Sócrates, o jovem e o estrangeiro, após ter esse último imaginado hipóteses em que a lei natural das coisas tivesse sido violada e que leis tivessem sido elaboradas para coibir tais agressões, *verbis*:

“A meu ver, pois, as leis resultam de múltiplas experiências e cada artigo é apresentado ao povo através da orientação e exortação de conselheiros bem-intencionados. Aquele que ousasse infringi-las cometeria uma falta cem vezes mais grave que a primeira, perturbando qualquer atividade muito mais que a lei escrita.”

E, mais adiante arremata PLATÃO:

“Portanto, em qualquer domínio em que se estabeleçam leis e códigos escritos, impõe-se, em segundo lugar, jamais permitir ao indivíduo ou à massa qualquer ato que possa infringi-los, no que quer que seja.” (Série *Os Pensadores*, Abril Cultural, 2.^a ed., p. 248.)

ARISTÓTELES, por outro lado, em sua “Ética a Nicômaco — V”, após ponderar sobre a imprescindibilidade de equilíbrio; de proporção entre as coisas, formula seu conceito de justiça, fundado, como se verá, nessa mesma noção de proporção:

“E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao seu próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas.” (Série *Os Pensadores*, Abril Cultural, 2.^a ed., p. 129.)

O sécluo V marcou-se pela grave crise sofística que levou a opor a *nomos* dos homens e da política à *physis*, estabelecendo-se uma subjetividade individualística de características democráticas.

O idealismo de PLATÃO conduziu o pensamento grego, no entanto, como visto acima, de volta a uma ordem ideal-necessária que fosse, a um

só tempo, modelo e fundamento ontológico da ordem político-social, enquanto que o racionalismo estóico levou a que de novo a *physis* se tornasse sinônimo de *nomos*, fundido num justo universal.

Cumpra salientar, por fim, que ao tempo de PLATÃO, o indivíduo, como ser humano, carecia de dimensão pessoal, e a personalidade, como tal, era desconhecida vez que somente se cogitava de direitos do cidadão, dos civis; como membro da cidade, sendo certo que, somente mais adiante, ao desaparecer o sistema da polis, com o império de Alexandre Magno (século VI a.C.), o homem deixou de ser elemento integrativo da cidade, ou seja, a vida humana passou a ter feição própria universal.

O panorama jurídico romano foi, entretanto, bastante diverso. A Justiça identificava-se com a ordem jurídica objetiva, uma vez que, para compreender regulativamente o direito, faltavam ao jurista da época dois pressupostos essenciais, representados pelo sentido histórico e o reconhecimento da autonomia da consciência ética, ou seja, a própria dimensão de subjetividade do jurídico.

Importante, entretanto, foi o legado a nós deixado por Roma, substanciado na autonomia e constituição específica do *jus*, representadas pela expressa intenção de justiça de seu pensamento jurídico. Aí estão, até nossos dias, expressões tais como *bona fides*, *justa causa*, *aequitas*, *utilitas*, *humanitas*, dentre outras, que provam o afirmado, não obstante não haverem alcançado os romanos uma exata compreensão da colocação intencional-normativa da justiça.

No que concerne ao direito da personalidade, diversas passagens do Digesto comprovam a existência de preocupação em torno do mesmo, tais como a *actio iniuriarum*, que seria uma proteção indireta da personalidade sendo certo que juristas que sustentaram a doutrina do *jus in se ipsum* (direitos sobre si mesmo), como De Amesqua e Vangerow, assinalaram que o direito romano concedia ao homem uma indefinida *potestas in se ipsum*, bem como que o homem livre (conforme fosse cidadão romano ou liberto) tinha a propriedade de seu corpo, argumentos esses que são, contudo, contrariados pela frase de Ulpiano, encontrada no Digesto, segundo a qual *dominus membrorum suorum nemo videtur*, ou seja, nenhuma pessoa pode se considerar dona de seus membros, a demonstrar que não chegou a ser estabelecido, àquela época, o conceito de propriedade sobre o corpo humano.

Foi o cristianismo, entretanto, que veio a fincar o primeiro grande marco histórico, na evolução do direito natural e, simultaneamente, do direito da personalidade.

Com efeito, a principal contribuição do teológico dualismo cristão ao pensamento filosófico foi a instituição, na compreensão do normativo, de um elemento novo e fundamental, o princípio axiológico, e não apenas a simples associação ao direito humano e socialmente condicionado dos romanos, da dimensão metafísico-individualista da melhor interpretação grega.

Partindo do axioma fundamental de que Deus não é apenas o supremo e perfeíssimo Ser mas o sumo Bem, perfeita e justa é a Sua lei; *legis*

corruptio, por via de consequência, no dizer de Santo Tomás, seriam todas aquelas que Dele se desviassem ou não cumprissem o Seu princípio último de validade.

Os fundamentos filosóficos da “Concepção Tomística de Pessoa” estão muito bem expostos pelo Prof. WALTER MORAES em trabalho que, com esse título, publicou na *Revista dos Tribunais*, ao qual me reporto, para destacar, inicialmente, a seguinte passagem:

“O uso da palavra *persona* para designar o indivíduo humano foi introduzido pelo direito romano. Mas a pesquisa do conceito de pessoa como ente distinto do fisiopsiquismo humano (ausente em Aristóteles e nas demais filosofias grega) é iniciativa da filosofia patrística. A palavra *personalitas*, bem como o correspondente conceito, é criação exclusivamente escolástica. Ao tempo de Alberto Magno e Tomás de Aquino, o pensamento filosófico-teológico, organizado em *Schola*, já há mais de três séculos e seguindo geralmente os padrões da filosofia platônica, recebeu o contingente orgânico e metafísico do aristotelismo, e com ele novos e inusitados padrões de realismo, disciplina e exatidão racionais.

Não cuide o leitor em deparar entre os tomistas puros, mesmo os do século XX ou XIX, o tema da pessoa-personalidade tratado na área da Psicologia (Filosofia Natural) ou da Ética, cujos subsídios, sem embargo, são indispensáveis para completar-lhe a noção e, designadamente, para introduzi-lo no âmbito do Direito. O trato psicológico e moral da pessoa e da personalidade só aparece na filosofia dos tomistas que avançaram alguns aspectos sistemáticos da disciplina aristotélica, às vezes, aliás, muito proveitosamente.” (RT 590/17.)

No mesmo estudo, após salientar que, do ponto de vista da metafísica, “a relação entre personalidade e pessoa é a de subsistência e substância”, o Prof. WALTER MORAES esclarece que “o suposto da natureza racional se diz *pessoa*”, acrescentando que “esta noção explica a clássica definição de Boécio acatada e sustentada por S. Tomás e invocada ainda hoje pelos melhores psicólogos: “substância individual da natureza racional” (*Persona est rationalis naturae individua substantia*), na qual o termo *individua* vale, conforme La Vaissière, como indivisa em si (singular e hipostática) e separada de qualquer outra substância (*divisa a quo libet alio substanciali*), incomunicável” (RT 590/17-18).

Ainda no que concerne à contribuição dada pelo teológico dualismo cristão ao desenvolvimento dos direitos da personalidade, em sua indissociação com o direito natural, resta lembrar que, para Santo Agostinho, a *lex intima* era aquela através de que Deus falava aos homens na consciência, a *recta conscientia* dos que, feitos à imagem e semelhança Dele, tinham a alma, a razão e o coração, bem como a íntima consciência, iluminados pela lei divina; revelado o absoluto, nada mais restava que a adequação das normas

de direito à sua visão abrangedora, num movimento caracteristicamente descendente.

Vê-se, a esse ponto, que já existiam condições para a configuração verdadeiramente axiológico-normativa do direito, intimamente relacionada a seu fundamento de validade, ou seja, ao problema de sua justiça, bem como que essa visão abrangia, igualmente, um pressuposto de dinamismo da vontade divina, refletido no desenvolvimento da ordem de criação, com implicações quanto à possibilidade de compreensão da historicidade particular das ordens normativas.

A introdução da idéia do dualismo objetivo do universo jurídico fincou-se de forma incontestável e irremediável no cenário filosófico, não sendo mesmo superado pelas novas correntes de pensamento surgidas na Idade Moderna. O que ocorreu, em verdade, foi a sua radicalização, caracterizada pela opção feita no sentido de um espírito problemático e criador, experimentador e agente, que veio a substituir a atitude contemplativa e receptiva da posição anterior.

A consequência dessa nova postura foi o surgimento de sucessivas respostas ao problema, todas de um racionalismo cartesiano: o realismo conceitual do idealismo metafísico, o transcendentalismo formal kantiano, o intelectualismo técnico da ciência, o individualismo contratualista e abstrato e outras, de que resultou um jus-naturalismo *more geometrico*, em que os princípios do *justum*, que deveriam compor determinada ordem jurídico-social apresentavam-se, em suma, deduzidos da própria natureza, de forma lógico-racional. Esse "direito natural" refletia, obviamente, duplicidade de ordens, em face do direito positivo-histórico vigente, impasse que conduziu à superação da doutrina jusnaturalista, no século XIX, por uma nova ordem de pensamento jurídico, tendente a excluir, de forma total e contundente, as indagações a respeito da validade material ou da justiça do direito, vistas já agora como impertinentes e estranhas, mesmo à Ciência do Direito, sendo claro que, nesse contexto, os chamados direitos da personalidade atravessaram período de inegável desprestígio, exceto quanto àqueles que já haviam alcançado a tutela jurídica dos Estados.

Para concluir este breve estudo do direito da personalidade como direito natural geral, segundo a corrente naturalista clássica, que teve, nos séculos XVII e XVIII, ilustres representantes, como Baltasar Gómez De Amesqua e Samuel Von Stryk, no século XIX, Vangerow, Puchta, Gareis, Kohler, Gierke e Dernburg e, no século XX, Ravá e Ferrara, vale transcrever a parte final do estudo do Prof. WALTER MORAES, já referido, que bem sintetiza o tema:

"9. O direito objetivo da personalidade.

Anotada a inadequação do *nomen* "direito de personalidade", bem como da imagem conceitual daí emergente, à realidade da correspondente relação (n.º 6), importa, sem embargo, reconhecer que o dito nome é, hoje, expressão geralmente empregada na doutrina e nas leis para designar os direitos que estamos a versar. É

uma denominação que a terminologia jurídica já assimilou, aparentemente como fato consumado. Resta estarmos avisados de que estes direitos não objetivam a personalidade nem bens que a integrem, senão o composto natural do homem a que a personalidade infunde substancialidade pessoal e determinação na linha da natureza. De sorte, que o termo "personalidade", ganha, aqui, acepção analógica, referindo-se a realidades essencialmente diversas.

A norma *básica* que ordena esse tipo de relação jurídica, ao mesmo tempo em que assegura ao sujeito, absolutamente, a disposição de partes de sua própria natureza, impõe, como ficou assinalado (n.º 1), a sujeito passivo universalmente tomado, um dever geral de abstenção ou respeito, dizendo, v.g.: "respeita a vida de cada homem". É uma regra de teor simples e denso e de alcance extensíssimo, a qual responde ao caráter absoluto e à essencialidade do direito e do objeto que compreende; é, destarte, absoluta, e poder-se-ia dizer categórica.

A ordem normativa ou conjunto das normas que disciplinam as citadas relações chamamos, outrossim, *direito da personalidade*." (RT 590/21-22.)

À guisa de conclusão, cumpre recordar que o tema não se esgotou nem se esgotará jamais vez que, a cada momento, novas facetas do direito da personalidade poderão ser reveladas, sendo certo, por outro lado, que as conquistas até aqui obtidas são irreversíveis, vez que guiadas por um movimento em espiral, sem retorno.

Por fim, registre-se que a nova Constituição brasileira, de 1988, consagrou, em seu texto e, em especial, em seu art. 5.º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, dando-lhes a força e a cogência da Lei Maior, uma nova pletora de direitos, alguns ainda não garantidos, até então, ampliando com isso, o largo campo por onde já se espria o direito da personalidade.

Bibliografia

MORAES, Walter — "Concepção Tomista da Pessoa" — in *Revista dos Tribunais*, n.º 590/14.

BITTAR, Carlos Alberto — *Os Direitos da Personalidade* — Forense Universitária — Biblioteca Jurídica, ed., 1989.

BODENHEIMER, Edgar — "*Ciência do Direito — Filosofia e Metodologia Jurídicas*" — Forense, Rio de Janeiro.

LIMA, Hermes — *Introdução à Ciência do Direito* — Freitas Bastos, 15ª ed., 1966.

MACHADO NETO — *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* — A. L., Saraiva, SP, 1969.

NEVES, A. Castanheira — *Lições de Introdução ao Estudo do Direito* — Coimbra, 1968/69.

SICHES, Luis Recaséns — *Iusnaturalismos Actuales Comparados* — Universidad de Madrid — Facultad de Derecho — Sección de Publicaciones e Intercambio — Madrid — 1970.

VILLEY, Michel — *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*.