

NOVOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

SEMY GLANZ*

SUMÁRIO: 1. Doutrinas. 2. Um ou vários direitos? 3. A proteção no Brasil. 4. O novo Código Civil Brasileiro. 5. Casos controversos. 5.1. Transexualismo. 5.2. Mudança de sexo. 5.3. Aspectos jurídicos da mudança de sexo. 6. Novos aspectos. 6.1. Estudos do sexo. 6.2 O direito ao parentesco. 6.3 O direito do empregado. 6.4 Problemas da "fala de ódio" ("Hate Speech"). 6.5 Outros aspectos.

1. Doutrinas.

Como se sabe, há muito se protegiam os direitos da personalidade, mas sem a devida classificação e nem todos eram conhecidos. Aponta-se como o mais antigo direito a dar tal proteção o chamado direito bíblico, que, já nos dez mandamentos diz: Não matarás.

Nosso antigo Código Civil nada dizia, porque o autor do projeto, o grande jurista Clóvis Bevilacqua, não aceitava tais direitos, dizendo que personalidade era a faculdade de ter direitos e deveres, ou a qualidade de ser sujeito de direito. Por isso, para a lei, pessoas eram os seres humanos e certas entidades, às quais se podiam atribuir direitos e deveres, ou seja, as chamadas pessoas jurídicas. Havia juristas que discordavam, como Pimenta Bueno, que analisava a Constituição do Império.

No entanto, vários direitos, que hoje se incluem nos direitos da personalidade, eram garantidos, como as ofensas à vida, à integridade física, à honra e outros, que, além das normas de direito penal, eram também protegidos pelo direito civil. A jurisprudência reflete os problemas que surgiam e o Poder Judiciário passou a dar a devida proteção à privacidade, ao direito moral de autor, e outros que foram sendo protegidos civilmente.

2. Um ou vários direitos?

Alguns autores, como Bernard Beignier, na França, dizem que só há um direito da personalidade e não vários, e com isto apoiam autores alemães, baseados no único artigo do Código Civil alemão – (este usa parágrafo em vez de artigo) — o § 823 do BGB (Beignier – *Le droit de la personnalité*, cap. II, n. 2, p. 49, PUF, 1992). Também um excelente autor português – Rabindranath V. A. Capelo de Souza, assim entende, publicando mais de 700 páginas de sua tese de doutorado – *O Direito Geral de Personalidade* – Lisboa, 1995). No entanto, o professor de Lisboa – Guilherme Machado Dray publica pequeno volume com o título no plural: *Direitos de Personalidade*. Analisa os artigos do Código Civil português, cujo art. 71º diz:

“Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção...”

Mas o eminente professor luso José de Oliveira Ascensão trata dos direitos da personalidade, mas conclui que “há que passar dos direitos da personalidade, que nem sequer foram acolhidos como ramo autônomo do Direito Civil, para o Direito da Personalidade” (Artigo na *Revista de Direito do TJRJ* n. 78, jan-março de 2009 e *Revista da Faculdade de Direito da Univ. de Lisboa*, n. 1-2/2009 – *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*). O mesmo autor, antes, falava em *Direitos de Personalidade*.

Os que discordam dizem que, porque só um artigo protege vários danos à pessoa, não significa que apenas regulou um direito da personalidade. Os autores franceses usam o termo no plural, como Raymond Lindon, Jean Carbonnier e Jean Hauser, o mesmo ocorrendo no Brasil, onde a maioria estuda os direitos no plural. Assim, José Serpa de Santa Maria, Carlos Alberto Bittar, Elimar Szaniavski, Luis Edson Fachin, Silvio Romero Beltrão e muitos outros. Nosso novo Código Civil, de 2002, intitula o Capítulo II do título I – *Dos Direitos da Personalidade*. Adotou o plural.

3. A proteção no Brasil

O Brasil passou por regimes diversos, voltando à normalidade com a Constituição de 1988.

A moderna Constituição indica, no art. 5º os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, regulando-os em 78 incisos e 4 parágrafos. Cabe destacar, para o nosso assunto, o inciso dez:

Art. 5º —

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O inciso XII trata do sigilo da correspondência e comunicações e o XXVII protege o direito autoral.

Alguns autores entendem que a matéria deve estudar-se pelo aspecto civil-constitucional, como Danilo Doneda (Os direitos da personalidade no Código Civil, em obra coletiva – A Parte Geral do Código Civil, coordenador Gustavo Tepedino, ed. Renovar, 3.ed., 2007, p. 45).

Antes do novo Código havia muitos estudos, e os tribunais decidiam os casos de violação desses direitos. Os autores indicam como o primeiro caso da jurisprudência do assunto, uma sentença de 28-5-1922, do então juiz do antigo Rio de Janeiro – Dr. Octavio Kelly, publicada na Revista Forense, n. 41, p. 297. Na época, uma Rainha da Beleza – Mademoiselle Zezé Leone, fora filmada sem autorização, usando-se o filme para fins comerciais. A sentença proibiu-o, cominando pena.

Aumentando fotografias em jornais e filmes e com o surgimento da televisão, em que notícias e anúncios são frequentes, muitos casos originaram ações judiciais, não só aqui como em outros países. Formou-se a respeito uma nova jurisprudência.

4. O novo Código Civil Brasileiro

O Brasil tem novo Código Civil (de 2002, mas em vigor em 11-1-2003), o qual, na

Parte Geral – Livro I, capítulo II, trata “Dos Direitos da Personalidade”.

Tem apenas os artigos 11 a 21. O primeiro indica os caracteres principais, admitindo exceções em lei:

“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Daí se vê que só uma lei pode limitar tais direitos, não qualquer ato ou acordo de vontades, proibindo-se a transmissão e a renúncia.

Mas, no art. 13, o próprio Código abre exceção: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Assim, por exigência médica (entenda-se, para tratamento) é possível dispor de parte do corpo, mesmo que importe diminuição permanente da

integridade física. Logo, se não importa diminuição permanente da integridade, mesmo sem exigência médica, pode alguém dispor de seu corpo. Por outro lado, o parágrafo único do mesmo artigo diz:

Art. 13. Par. único. "o ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial".

Entendeu-se numa jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, em setembro de 2002, que

"A expressão 'exigência médica', contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente" (Enunciado 6).

Em trabalho nosso escrito há longos anos e não editado, dizíamos, quanto à disposição do próprio corpo, que aí se incluía o caso da "mãe de aluguel", ou "aluguel de útero". Em janeiro de 1985, jornais noticiavam um caso de Londres, em que tinha havido uma inseminação artificial, pela qual uma senhora casada aceitara receber um pagamento para aceitar a doação. Ao dar à luz, a criança foi entregue ao casal que a contratara, um casal americano. Um juiz londrino admitiu a entrega da recém-nascida ao casal contratante, que pagara 15 mil libras esterlinas a uma agência no sul de Londres, e esta deu apenas a metade à mãe de aluguel. Mas um jornal pagou a ela 20 mil libras, pelos direitos exclusivos de narrar a história. Dissemos então que este era exemplo de disposição do próprio corpo, sem diminuição permanente da integridade física. Mas exigir que tal prática se fizesse sem remuneração era o mesmo que vedá-la, porque a gestação impõe diversos cuidados, especialmente médicos, em benefício da mãe e da criança. Geralmente, se alguém aceita gerar uma criança para outrem, ou é pobre ou necessita da remuneração.

Assim, a doação de sangue, cabelos e partes renováveis do corpo não é proibida. Mas o caso previsto no parágrafo único do art. 13 é mais importante. Admite-se que a mãe doe um de seus rins a um filho (os rins são órgãos duplos), embora tal doação acarrete diminuição permanente da integridade. Vale lembrar que uma lei especial regula o transplante de órgãos (Lei 9434/1997). Esta lei, como se vê, é anterior ao atual Código Civil, regulando a disposição *post mortem* e do corpo humano vivo, para transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo.

Sobre a disposição corporal, diz o Código Civil:

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

A mencionada lei anterior – 9434, de 1997 – abrange a matéria dos artigos 13 e 14 do novo Código, porque cuida dos transplantes em vida e após a morte. A lei ainda regula crimes para os abusos, com penas de reclusão.

O art. 15 do Código Civil tem diverso alcance. Diz ele:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

Com este artigo terminam as disposições que cuidam dos direitos sobre o próprio corpo.

Sem maiores indicações, o artigo seguinte – art. 16, regula o direito ao nome:

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Há mais dois artigos a respeito do nome: o artigo 17 proíbe que se empregue o nome da pessoa em publicações ou representações, que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória; e o artigo 18, que proíbe o uso de nome alheio, sem autorização, em propaganda comercial. Já o artigo 19 equipara o pseudônimo, usado para atividades lícitas, à proteção dada ao nome.

Vários outros direitos da personalidade são cuidados pelo artigo 20: escritos, transmissão da palavra e imagem. Este artigo entende que, não sendo autorizadas ou não necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação pode ser proibida. Diz ainda o artigo que poderá haver indenização, se a divulgação atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou se for destinada a fins comerciais.

Cuida também do direito à informação, já que fala em divulgação.

Vemos que o artigo distingue a honra, a boa fama e a respeitabilidade, em geral incluídas no direito à honra.

Já o parágrafo único do artigo diz que são legitimados a requerer a proibição ou indenização os cônjuges, ascendentes ou descendentes, se a pessoa atingida for falecida.

O último artigo deste capítulo é o 21, que protege a privacidade:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Note-se que o artigo fala em vida privada da pessoa natural, o que indica não incluir a pessoa jurídica. Ficaria esta sem proteção?

Responde-se que não, porque, no artigo 52 o Código diz:

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

5. Casos controversos

5.1. Transexualismo

Os tribunais franceses, consoante opiniões médicas, dizem que “o sexo é resultante de componentes diversos: genético, morfológico, hormonal, e também psicológico e psicossocial” (GILLES GOUBEAUX – *Traité de Droit Civil, Les Personnes*, n. 262, p. 232, LGDJ, 1989). Mas, no transexualismo, uma pessoa de sexo bem determinado tem convicção absoluta de pertencer ao outro sexo e considera-se vítima de erro da natureza. Pode ser homem em corpo de mulher e mulher em corpo de homem. Em trabalho que escrevemos há longos anos, tratávamos da matéria com a rubrica de “direito à autodeterminação sexual”. Entendíamos que o sexo tem sido considerado como elemento de identificação para o casamento, mas o termo não aparecia no Código Civil, nem ao regular o Direito de Família (o mesmo ocorre com o novo código).

A Constituição brasileira anterior (1967-1969) garantia a igualdade perante a lei “sem distinção de sexo”, mas a Constituição de 1988 não manteve o termo, dizendo:

Art. 5º — I — “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

O Código Penal (de 1940) fala “Dos crimes contra a liberdade sexual”. Mas as leis pouco usam do termo *sexo*.

5.2. Mudança de sexo

Fala-se em autodeterminação sexual para significar a faculdade de alterar o sexo de nascimento da pessoa. Neste grupo de pessoas não se incluem os homossexuais, que têm atração por pessoas do mesmo sexo, nem os hermafroditas, que têm caracteres de ambos os sexos. O transexual deseja mudar de sexo, porque se sente aprisionado em corpo do sexo oposto e não suporta aquele que apresenta.

Consta que a medicina pode apenas em parte satisfazer estes indivíduos, porque não se podem modificar os elementos cromossômicos, nem fazer que os órgãos modificados sejam aptos a procriar.

5.3. Aspectos jurídicos da mudança de sexo

a) Nome, registro e responsabilidade médica

Uma consequência da mudança do sexo é a mudança do nome e a anotação no registro. No Brasil, um dos primeiros casos de alteração do sexo

gerou divergências judiciais. Um médico, em São Paulo, foi condenado em primeiro grau por lesão corporal gravíssima, entendendo o juiz que a vítima, embora homem, era doente – um homem com cérebro de mulher. Por isso, dizia o juiz, caberia tratamento psicanalítico. Mas, julgando o recurso, o tribunal reformou a sentença (por maioria), dizendo que o médico só queria curar e não prejudicar a pessoa.

Na França, dizem os autores, a jurisprudência acabou aceitando o entendimento de que, provado o fato, cabe admitir a mudança de nome e, às vezes, só admitem a mudança do prenome.

b) Evolução no Brasil

O Conselho Federal de Medicina, em resolução n. 1482, de 10-9-1997, aceitou o transexualismo com disforia de gênero e a necessidade da psicoterapia, para redesignar o sexo. Disse que as cirurgias eram complexas e só os transgenitalizados podem pedir a mudança de nome em juízo. Salienta uma “decisão importante da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF), em agosto de 2007, que deu o prazo de 30 dias para que o Sistema único de Saúde incluísse a mudança de sexo na lista de procedimentos cirúrgicos”. Cominou multa diária de R\$ 10.000,00 pelo descumprimento. A ação contra a União foi movida pelo Ministério Público Federal, alegando que a mudança de sexo dos transexuais pelo SUS é um direito constitucional.

Na França, os pedidos de mudança do estado civil dos transexuais levou a Côte de Cassação a dar “um dos exemplos mais característicos do papel criador da jurisprudência”. É o que informa MICHÈLE BOUBAY-PAGÈS, citando J. MASSIP (De la bioéthique au bio-droit, direção de Claire Neirick, pág. 113, LGDJ, Paris, 1994).

Em obra sobre a matéria, JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM afirma que “comprovadas judicialmente as condições da pessoa, embora não haja legislação a respeito, somente a jurisprudência o admite, deve o pleito ser acolhido, autorizando-se a modificação de sexo e prenome no registro civil, porém seus efeitos serão *ex nunc*, ou seja, o passado não se apaga. A utilização da nova identidade vigorará a partir do trânsito em julgado da decisão judicial” (Direito ao Nome da Pessoa Física, ed. Saraiva, 2003, p. 63).

6. Novos aspectos

6.1. Estudos do sexo

Em artigo anterior, mencionamos uma notícia aparecida na Internet, na qual se dizia que os intersexuais quebram mito, dizendo: não somos apenas homens e mulheres.

Falava-se em um livro do imunologista americano Gerald Callahan, intitulado *Between XX and XY – Intersexuality and the Mith of Two Sexes* (Entre XX e XY – Intersexualidade e o Mito de Dois Sexos). Diz este autor que certas pessoas nasceram com genitália ambígua, não sendo apenas homens ou mulheres. Uns têm genitália interna feminina e externa masculina. Há mulheres com 46 cromossomos (como o homem) e têm testículos e testosterona, mas apresentam genitália feminina. Diz o autor que a divisão em dois sexos já está ultrapassada.

6.2 O direito ao parentesco

A matéria continua em evolução, como, aliás, todo o direito. Assim, em 24-3-2010, o Superior Tribunal de Justiça acatou a existência de um novo direito: o direito ao parentesco.

O Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial n. 807849 — oriundo do Rio de Janeiro-, tendo como relatora a eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, entendeu, por maioria, que

“o direito ao parentesco, natural ou civil, é direito da personalidade”.

Este julgado, com longos votos, foi publicado na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nº 84, págs. 98 a 115.

A douta relatora indica julgados alemães, que deram origem a nova norma do Código alemão.

6.3 O direito do empregado

Em matéria trabalhista, passou-se a legislar em favor do empregado, muitas vezes vítima de preconceitos. Informa Sandra Lia Simón que o art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho autoriza o empregado a romper o contrato em alguns casos que se consideram infrações de direitos da personalidade. As alíneas a, b e c deste artigo cuidam de saúde psíquica e moral do trabalhador, falando em serviços superiores às forças do empregado, proibidos ou contra os bons costumes; tratamento com rigor excessivo e expor a perigo de mal considerável; e ato lesivo da honra e boa fama do empregado. Diz a autora que não há norma trabalhista cuidando da intimidade e da vida privada do empregado, na CLT, aplicando-se o art. 5º — X da Constituição (A Proteção Constitucional da Intimidade, LTr, 2000).

A Constituição de 1988, em vigor, contém várias normas referentes ao contrato de trabalho, como se vê no

Art. 7º — e seus incisos:

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de **sexo, idade, cor ou estado civil**;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos...

A Lei 9029, de 1995 diz no seu

Art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade...

Outra lei introduziu um artigo na Consolidação das Leis do Trabalho: o art. 373-A, proibindo discriminações da mulher trabalhadora. É a Lei 9.799, de 1999.

Além disso, também se aplicam ao trabalhador as normas do novo Código Civil, já comentados no capítulo XX.

A matéria vem sendo desenvolvida pela doutrina trabalhista nacional e estrangeira. Assim, aspectos da proteção à intimidade do trabalhador, como entrevistas vexatórias, revistas pessoais, escutas telefônicas, certidões negativas e atestados de antecedentes, exames médicos e outros semelhantes, como assédio sexual e assédio moral, são hoje limitados em benefício dos empregados. Vários trabalhos vêm sendo publicados entre nós, como, por exemplo, os artigos de Rúbia Zanotelli de Alvarenga, e Estêvão Mallet. Há também livros cuidando da matéria, como o de Sandra Lia Simón e Alexandre Agra Belmonte

6.4 Problemas da “fala de ódio” (“Hate Speech”)

Como várias outras, nossa Constituição garante a liberdade de expressão (Art. 5º IV). Mas esta liberdade não vai ao ponto de permitir ofensas ou ataques a outrem.

Assim, racismo não é aceito pela mesma Constituição (art. 4º — VIII e art. 5º — XLII, dizendo este que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, a pena de reclusão, nos termos da lei”. A Lei 7.716, de 5-1-1989, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Não só no Brasil, mas em outros países, a matéria vem sendo examinada.

Interessante estudo foi publicado por DANIEL SARMENTO, intitulado —A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech” (em Leituras Complementares de Direito Civil, organizado por Cristiano Chaves de Farias (Ed. Podium, 2007, p. 37-95). O autor faz uma apreciação das teorias e da jurisprudência, indicando o direito comparado e a jurisprudência. Mostra o

autor que a liberdade de expressão, garantida pela Constituição, não é absoluta, e a lei, como a jurisprudência, condenam a expressão de ódio (se podemos traduzir do inglês (ao pé da letra – *discurso odioso*, ou *fala odiosa*).

O autor parte de exemplo em que nossa Suprema Corte decidiu o chamado caso *Ellwanger*, que foi condenado por crime de racismo, concordando com o julgado, e analisa casos da jurisprudência estrangeira (Estados Unidos, Canadá, Alemanha, e o sistema internacional dos direitos humanos, fundado nos tratados internacionais.

Conclui o autor que o Brasil está certo, embora se deva ter cautela, “para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto”.

6.5 Outros aspectos

Outros casos ainda apresentam questões de ofensa aos direitos da personalidade como notícias da imprensa e meios de comunicação, relações da informática, experiências científicas e vários outros decorrentes do progresso, que não podemos enfrentar em pequeno artigo.

NOTA

* Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.