

# DIREITOS DA PERSONALIDADE

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA

*SUMÁRIO: Direito Natural. 2. Reconhecimento Universal dos direitos da personalidade. 3. No Direito Positivo. 4. Classificação. 5. Caracterização Jurídica. 6. Instrumento de Tutela Jurídica. 7. Direitos da personalidade específicos. 8. Direito ao nome. 9. Proteção da intimidade. 10. Direito à imagem. 11. Direito ao corpo. 12. Transexualidade. 13. Troca de sexo. 14. União homossexual.*

## 1. Direito Natural

Os direitos da personalidade, em sua essência, vão-se inscrever originariamente, como projeção do “direito natural” (Limongi França, Carlos Alberto Bittar).

É, então, de toda conveniência que, ao tratar dos “direitos da personalidade” se faça uma incursão, posto que sumária, no terreno do jus-naturalismo, não obstante certas resistências com que os positivistas de nosso tempo pretendam desacreditá-lo.

Os direitos da personalidade sempre foram objeto das considerações dos juristas e dos Códigos. Porém dispersos em tópicos, em títulos, em capítulos esparsos. O que constitui a nova tendência é a sua sistematização, como escrevi em estudo publicado na Revista Forense (“Tendências Atuais do Direito Civil”, vol. 247, pág. 63), invocando Swoboda (“Der Rechtesbegriff der Persönlichkeit”), ou De Cupis (“I. Diritti della Personalità”, 1959) ou Francesco Ferrara (“Trattato di Diritto Civile”).

O direito natural independe de escolas ou ideologias. Não importa que retroceda à ótica romana, de um direito com que a natureza envolve todos os

animais (*ius naturale est quod omnia animalia docuit*, Ulpiano, in digesto, 1, 1, 1 -3); ou que se prenda ao espiritualismo cristão na lógica aquinatense (Santo Thomaz de Aquino, “Summa Theologiae”, 1, 2, 91); ou que se filie à lição racionalista de um direito gerado pela razão humana (Hugo Grotius, “De Iure Belli ac Pacis”); ou que se estende ao renascimento neotomista ou neokantiano, ou mesmo sob o signo de Stamler da existência de idéias gerais sujeitas contudo a proclamações particularistas (direito natural de conteúdo variável). Certo é que, em oposição ao positivismo de Duguit e sobretudo de Kelsen (Hans Kelsen, “Théorie Pure du Droit”) — é ainda assente em grande número de juristas deste século a existência caprichosa de qualquer legislador eventual, como que emanado de uma ordem superior e imenente, informando o direito positivo de todos os países que vivem em certo grau de civilização (Georges Ripert, “La R’gle Morale dans les Obligations”, Introdução; François Geny, *Méthode d’Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, passim; Giorgio Del Vecchio; *Lezioni di Filosofia del Diritto*, pág. 197; Cunha Gonçalves, *Tratado*, I, 6, pág. 38; Eneccerus, *Tratado de Derecho Civil*, por Eneccerus, Kipp y Wolff, vol. I, parágrafo 3º, Ruggiero e Maroi “*Istituzioni di Diritto Privato*”, I, parágrafo 4º; Caio Mario da Silva Pereira, “*Instituições de Direito Civil*”, I, 1, pág. 6).

Não se pode, em verdade desconsiderar que a origem remota e fundamental dos direitos da personalidade assenta no direito natural. Como diz Carlos Alberto Bittar (“Os Direitos da Personalidade”, ed. Forense Universitária, 1989, nº 7, pág. 7), a seu turno invocando a autoridade de Limongi França — os “direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem”.

É que, a par do patrimônio, em sentido técnico, como “conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente” (Clóvis Bevilacqua, *Teoria Geral*, pág. 210), o indivíduo é titular de outros direitos, integrantes de sua personalidade. Não se traduzem eles como valores pecuniários, mas nem por isto são menos assegurados pela ordem jurídica. Estão presentes no direito à própria vida, ao próprio corpo, à integridade física e moral, à própria identidade, ao bom nome, ao bom conceito de que desfruta no ambiente em que vive como na sociedade em geral; o direito à própria imagem, à intimidade.

## 2. Reconhecimento Universal

Os direitos da personalidade considerados como atinentes à própria natureza humana ou às necessidades primárias do homem adquirem expressão

universal, no seu reconhecimento e aplicação. Não é por outro motivo que a Assembléia Geral da ONU, de 1948, e a Convenção Europeia de 1950 os reconheceram. No mesmo sentido o Pacto Internacional das Nações Unidas de 1966, enunciou direitos considerados como inerentes ao homem, e destinados à proteção dos direitos civis, os quais haveriam de ser respeitados pelos Estados signatários.

Os direitos da personalidade são considerados inatos, e, dentro no universo supra-estatal, alguns autores que versam a matéria os apresentam globalmente.

A princípio, diz Pontes de Miranda, “a técnica legislativa satisfaz-se com a simples alusão à “pessoa” ou à “ofensa à pessoa”, para as regras jurídicas concernentes aos efeitos da entrada do suporte fático, em que há ser humano, no mundo jurídico” (“Tratado de Direito Privado”, vol. 7, parágrafo 727, pág. 6).

Os grandes monumentos da Idade Moderna foram os que, de primeiro, proclamaram certos direitos, que são a estrutura originária dos direitos da personalidade. A Convenção de Filadélfia os esboça, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, concretizando as idéias dos Enciclopedistas do século 18, proclama a presença de faculdades e atributos da pessoa humana. É certo, todavia, que os monumentos tipicamente jurídicos do século 19 não se lhes referem. O Código Civil Francês de 1804, filho da Revolução Francesa, como a ele me referi em trabalho anterior (“Código Napoleão e sua influência nos Sistemas Jurídicos Ocidentais” — in Revista da Faculdade de Direito da UFMG, vol. 51, pág. 1; Revista de Direito Civil, vol. 51, pág. 7) não os tutelou. O mesmo ocorre com os que se lhe seguiram; o Italiano de 1865, o Espanhol, o Português de 1866. A obra gigantesca de Teixeira de Freitas (Consolidação das Leis Civil e Esboço) não os menciona. O BGB esboça a sua dogmática, posto que restrita à reparação do ato ilícito (parágrafo 823).

Sem o receio de uma generalização apressada, pode-se dizer, com Milton Fernandes (“Proteção Civil da Intimidade”, pág. 3) que a proteção jurídica aos direitos da personalidade é “uma conquista de nosso tempo”.

Embora tenha faltado tal disciplina no direito positivo, mesmo os de maior prestígio em cultura e na civilização, não se pode silenciar sua presença no amálgama conceitual da civilização contemporânea.

### **3. No Direito Positivo**

O Código Civil Brasileiro não os menciona como tais.

Veio a surgir a sua dogmática no Projeto de Código Civil de 1965, em cuja elaboração trabalhei com Orozimbo Nonato e Orlando Gomes, calcado sobre o “Projeto Orlando Gomes”. Seu artigo 28 enuncia “o direito à vida, à liberdade, à honra, e outros reconhecidos à pessoa humana”, como sendo inalienáveis e intransmissíveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária.

O Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B) segue a orientação do de 1965 (arts. 11 e segs.), e é repetido no que se encontra no Senado Federal, artigos 11 a 21.

Já se pode, na atualidade, construir a dogmática dos direitos da personalidade. Como ocorre com toda instituição que se encontra em fase construtiva, as divergências são múltiplas, no que diz respeito à sua natureza, à sua classificação e à sua extensão.

Permanecendo no limbo dos pronunciamentos, dos desejos, das aspirações e dos projetos, reclamam reconhecimento da ordem jurídica positiva. Para usar expressões de Jean Dabin, o “direito jurídico existe no estado de conceito ou de ideal”. Mas para se impor como garantia de segurança e objetividade, ele “reclama definição, e portanto positividade” quando as regras jurídicas reais impõem-se aos particulares, aos funcionários e aos juízes (“Philosophie de l’Ordre Juridique Positif”, nº 2).

Com o reconhecimento pela ordem jurídica positiva, os direitos da personalidade assumem as características de direito subjetivo, definido como *facultas agendi* ou poder de ação assegurado pela ordem jurídica (Windscheid) ou um interesse juridicamente protegido (Von Jhering).

#### 4. Classificação

Tendo-se em vista a existência dos direitos da personalidade no plano da conceptualística ideal e no do reconhecimento pelo direito positivo e respectiva proteção, é possível desde logo classificá-los em dois grandes grupos.

Por um lado devem ser encarados como *direitos naturais*, inerentes à pessoa humana, independentemente de seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva. Por outro lado há *direitos proclamados pela ordem legal*, em decorrência de normas jurídicas ditadas pelo poder competente e impostos à obediência de todos, ao mesmo tempo que invocáveis e admitidos pela justiça, independentemente de reconhecidos como faculdades inatas.

Examinando-os à partir de outro ângulo de visada, ora se enxergam os direitos da personalidade como complexo abstrato de modos de ser ou projeções da individualidade na vida social; ora se enunciam destacada e individual-

lizadamente, analisando cada um dos aspectos de sua apresentação, vinculando-se as respectivas expressões a princípios específicos de caracterização e conceituação, e especialmente em referência à tutela para o caso de eventual infração, ou ameaça, ou mera necessidade de afirmação.

Todas as Cartas Constitucionais, com maior ou menor amplitude se lhes referem desde a Constituição do Império. Na 1ª Republicana de 1890 (art. 72), como na de 1934, na de 1946, na de 1967, na Emenda nº 1 de 1969, vêm sucessivamente repetidos.

Onde, todavia, melhor se expandiu o legislador constitucional foi na Carta de 1988. Nela se arrolam alguns que se qualificam como direitos da personalidade *absolutos*, e outros que embora o não sejam por natureza, adquiriram essas características pelo fato de se terem inserido na Constituição.

Mesmo neste caso, faltou método no enunciado. Uma vez que o Constituinte de 1988 considerou de bom alvitre enumerá-los, poderia dar-lhes organização e imprimir-lhes sistema, destinando uma Seção, dentro mesmo do Capítulo dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, em que os enfeixasse pela proximidade ideológica ou pela radicação doutrinária, tal como fez o Projeto de Código Civil de 1965 (arts. 28 e segs.) e o Projeto de 1975.

Assim é que a Constituição de 1988, no art. 5º, alude a “*direito de resposta*”, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem; à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas; ao direito de acesso às informações, à liberdade de reunião e de associação; ao direito autoral e à proteção de inventos industriais; ao direito de informação contra órgãos públicos; ao direito de proteção e de obter certidões.

Numa tutela genérica estabelece (art. 5º, nº XL) que a lei “punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

## 5. Caracterização Jurídica

Sua caracterização merece e reclama certos cuidados. O jurista está tradicionalmente habituado a determinar a natureza jurídica dos direitos de cunho patrimonial. Ninguém sente dificuldade na conceituação do direito de propriedade; ninguém titubeia na conceituação do dano patrimonial e sua reparação.

Encontra, todavia, embaraços estipular a precisa noção de um direito da personalidade, como ocorreu por muito tempo na aceitação pelos tribunais da reparação do dano moral, considerado em si mesmo, independentemente do dano material.

O ponto de partida para determinar a natureza dos direitos da personalidade é a aceitação ou proclamação de que a ordem jurídica reconhece a existência de faculdades atribuídas ao homem na sociedade, imbricadas na sua natureza de indivíduo e de pessoa, essenciais à sua subsistência nessa dupla consideração.

Para caracterizar a natureza jurídica dos direitos da personalidade é preciso desprender-se da idéia de patrimonialidade. O que está na sua base é a circunstância de que se trata de direitos ligados à pessoa do sujeito. A percussão no patrimônio pode existir ou deixar de existir.

No contexto geral dos atributos ou exigências do homem em sociedade, há que considerar que são inatos, ou imanentes, sobrepostos a qualquer consideração legislativa. De outro lado, há os igualmente afirmativos de personificação social do homem, porém dependentes de atribuídos pelo direito positivo. Daí dizer-se que há direitos da personalidade *inatos*, e direitos da personalidade *adquiridos*.

Oponíveis *erga omnes*. Intimamente vinculados à pessoa, são intransmissíveis, insuscetíveis de renúncia, são imprescritíveis. Por maior que seja o tempo em que se não exercitem, subsistem, e sua tutela poderá ser invocada a todo momento, contra quem quer que os negue, ou pretenda constituir uma situação que importe em oponibilidade. Pode-se mesmo dizer que, em dadas circunstâncias, o *não uso* é mesmo uma forma de sua utilização.

Integrados na pessoa do titular, e como projeção da pessoa, alguns são direitos existentes em si mesmos e em relação ao próprio sujeito. Outros se apresentam em função de outras pessoas. E muitos são oponíveis ao Estado.

Esse polimorfismo não significa que se qualificam diferentemente em razão de sua oponibilidade. Mesmo porque a sua afirmação autônoma, ou relativamente às outras pessoas não é incompatível com a invocação das mesmas tutelas quando se cogita de sua oponibilidade ao Estado.

A circunstância de sua proclamação pelo direito positivo não significa que seriam uma concessão do Estado, ou do Estado legislador. Em todo tempo, o direito à vida, à integridade física e moral, e outros atributos pessoais estiveram presentes. O que às vezes faltava era a tutela específica, e foi esta que se esboçou e se desenvolveu no presente século. É por isso que se considera que os direitos da personalidade são uma conquista de nosso tempo, como lembrei acima.

Os direitos da personalidade *adquiridos* são aqueles que não existem como atributos da pessoa na vida social, porém constituem-se ou se disciplinam em função do ordenamento jurídico lhes dar forma e instituírem mecanismos específicos de proteção.

## 6. Instrumentos de tutela jurídica

Em função de sua oponibilidade, os instrumentos de tutela jurídica ou precisamente de proteção dos direitos da personalidade situam-se ora na ordem puramente civil, ora na penal, ora na constitucional.

O Código Civil, ao assegurar o direito contra qualquer ação ou omissão voluntária, partida de outrem (art. 159) já está enunciando um princípio de proteção contra a existência de lesões de que se queixe o titular. Ao assegurar o direito exclusivo de reprodução da obra literária, científica ou artística (art. 649 e segs.), está protegendo o direito autoral como modalidade de direito da personalidade.

O Código de Processo Civil, ao conceder o direito de “ação declaratória” (art. 4º) admite que qualquer pessoa pode postular um provimento jurisdicional por via do qual seja proclamada a existência de um direito, ainda que não tutelado por ação específica.

O Código Penal punindo o homicídio, as lesões corporais, a calúnia, injúria ou difamação, está *ipso facto* protegendo a integridade física, como a integridade moral.

Não obstante os direitos da personalidade se caracterizarem como “direitos pessoais” e assim denominados por alguns autores, é no Direito Constitucional que se apresentam, em nosso direito, assegurados e protegidos no sistema jurídico pátrio.

Paralelamente aos instrumentos de defesa específicos (*habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública) a Constituição proclama faculdades que se não inscrevem como *direitos da personalidade inatos*, mas que se lhes assemelham na categoria de *adquiridos* concedidos pela ordem jurídica, que os irmãos Mazeaud preferem denominar “direitos fundamentais” a chamá-los de personalidade. Nesta categoria estão:

a) a segurança de indenização justa, prévia e em dinheiro, em casos de *desapropriação* por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (art. 5º, nº XXIV);

b) a plena *liberdade de associação* para fins lícitos (art. 5º, XVII) e o direito de não ser compelido a associar-se (art. 5º, nº XX);

c) direito a todo *acesso à informação* e resguardado o sigilo da fonte (art. 5º, nº XIV);

d) o *direito de petição* aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, a);

e) o direito à obtenção de *certidões* em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, nº XXXIV, b);

f) a lei não excluirá da *apreciação do Poder Judiciário* lesão ou ameaça de direito (art. 5º, nº XXXV);

g) a *não retroatividade* da lei é instituída como norma constitucional, em proteção a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, nº XXXVI);

h) direito contra a *prisão arbitrária*, pois ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, nº LXI);

i) é vedada a *prisão civil por dívida*, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, nº LXVII).

## 7. Direitos da personalidade específicos

Particularmente destaco alguns dos direitos da personalidade, que pela sua universalidade merecem tratamento específico.

No primeiro plano é de se colocar o *direito à vida*. Como ente, todo ser humano tem esse direito como fundamental. É o “bem maior na esfera natural e também jurídica” (Carlos Alberto Bittar, “Os Direitos da Personalidade”, nº 50, pág. 65, Antonio Chaves, “Direitos à vida ao próprio corpo e às partes do mesmo”, in Revista dos Tribunais, 1989, pág. 125 e segs.) Fundamentalmente inato, “quem nasce com vida tem direito a ela” (Pontes de Miranda, “Tratado de Direito Privado”, vol. 7, parágrafo 732). A ordem jurídica o assegura antes do nascimento, protegendo os interesses do nascituro (Código Civil, art. 4º) como punindo o aborto (Código Penal, arts. 124 a 128).

Tendo em vista a gravidade dos problemas ligados à superpopulação e tendo em vista os problemas atinentes à limitação do número de filhos, a Constituição de 1988 o encarou com realismo no art. 226, parágrafo 7º, ao deixar o planejamento familiar à livre decisão do casal, fundado nos princípios da *dignidade da pessoa humana* e da paternidade responsável. O inciso é bem claro, não deixando margem ao planejamento familiar forçado, ou dirigido, a pretexto de conter a explosão demográfica.

Correlato ao direito à vida, inscreve-se o *direito à integridade*, no duplo aspecto da integridade *física* e da integridade *moral*, em relação ao Estado, como aos seus semelhantes.

Contra o Estado, a ordem jurídica protege o indivíduo contra toda espécie de tortura, de penas cruéis, de tratamento desumano ou degradante (Constituição, art. 5º, nº III), contra a prisão ilegal ou abusiva; contra retroatividade da

lei penal (salvo quando favorável, art. 5º, XL); proclama a personalidade da pena imposta ao condenado e a punibilidade sempre fundada na predefinição do delito; resguarda a liberdade individual através do devido processo legal (art. 5º, LIV). Remontando como que ao princípio bíblico da defesa, declara que ninguém será considerado culpado antes de ser convencido por uma condenação (art. 5º, LVII) através de sentença proferida pela autoridade competente e passada em julgada (art. 5º, LIII).

Contra outrem, a integridade física é assegurada pela punição criminal ao homicídio e lesões corporais.

Em relação a si mesmo, a ordem jurídica não admite a eutanásia e pune o incitamento ao suicídio.

A *integridade moral* exprime-se pelo direito à honra, à dignidade pessoal, o bom conceito no ambiente social. Não é de agora que a lei pune a calúnia, a injúria, a difamação, por qualquer modo como se possa configurar: pela palavra falada ou escrita; pelo gesto; e em face dos meios de comunicação e difusão através dos processos modernos, a proteção à integridade moral alcança enormes proporções nos delitos de imprensa e nos atentados pelo rádio, pela televisão, e pelo vídeo.

Uma das características da proteção à integridade moral está na *legitimação* ativa não apenas do atingido, como de pessoas a ele ligadas por laços afetivos (seus descendentes, ascendentes, irmãos, como ainda pela sobrevivência do direito à cessação da vida da vítima, como defesa da memória do morto).

## 8. Direito ao nome

Em nossos meio o nome se compõem do prenome que é individual e o apelido ou nome de família.

A primeira questão se abre relativamente ao nome é a polêmica como se caracteriza o direito ao nome. Segundo Perreau, a primeira idéia do “direito ao nome” vem da época feudal quando se lhe ligava o direito de senhoria (Perreau, “Le Doit au nom en mati’re civile”, pág. 23).

Na sua caracterização uns consideram a sua natureza como *dominial*, proclamado a “propriedade” do nome (Marcel Planiol, “Traité Élémentaire de Droit Civil”, vol. I, nº 339; Josserand, “Cours de Droit Civil Positif Français”, vol. I, pág. 125). Outros lhe negam esta característica (Colin et Capitant). Outros vão ao ponto de negar a existência de um “direito ao nome”, conceituando como simples “instituição de polícia civil, ou forma de designação das pessoas” (Planiol et Ripert, “Traité Pratique de Droit Civil”, vol. I, pág. 123),

conceituação a que adere Clóvis Beviláqua, ao qualificá-lo mera designação da personalidade (“Comentários ao Código Civil”, vol. I, Observação ao art. 9º).

A generalidade dos autores hoje em dia assentam que existe um “*direito ao nome*”, e que é um dos “direitos da personalidade” (Pontes de Miranda, “Tratado”, vol. 7, parágrafos 740 e segs., Limongi França, “Direitos Privados da Personalidade”, in RT, 370/7; Adriano de Cupis, “I Diritti della Personalità”, Giuffré, Milano, 1982; Perreau, “Le Doit au Nom en Mati’re Civile”; Ruggiero e Maroi, “Instituzioni di Diritto Privato”, vol. I, parágrafo 36; Francesco Ferrara, “Trattato di Diritto Civile Italiano”, nºs 561 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, “Leçons de Droit Civil”, vol. I, nºs 531 e segs.; Francesco Donato Busnelli e Umberto Breccia, “Tutela della Salute e Diritto Privato”, Giuffré, Milano, 1982; Jean Carbonnier, “Droit Civil”, vol. I, parágrafo 70).

A idéia do direito ao nome traz correlatas várias apreciações. Como conceito central, o nome é o *fator, essencial da identificação*. É pelo nome que se conhece a pessoa. Atendendo a que o nome compreende diversas partes (prenome, apelido paterno, apelido materno), serve de indicação do indivíduo e de sua procedência familiar.

Pontes de Miranda observa que, basicamente, toda pessoa tem direito a ter um nome. A *impositio nominis* opera-se com o registro de nascimento, a ser promovido em prazo certo e por determinadas pessoas, na conformidade da Lei dos Registros Públicos. É um ato de escolha de quem o promove, e acompanha o nominado. O prenome, em princípio, é imutável, salvo nos casos previstos, como ocorre na adoção subordinada ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990), em que a sentença conferirá ao adotado o nome do adotante, e, a pedido deste, poderá determinar a “modificação do prenome” (art. 47, parágrafo 5º). O sobrenome pode variar: utilização completa ou parcial; apelidos do marido pela mulher casada, abolição com a separação ou o divórcio.

Aderindo à pessoa, o nome não pode ser transferido a outrem, nem pode ser apropriado por outra pessoa. E já então se configura o *direito ao nome*, como direito da personalidade.

Como a imaginação humana não tem condições de criar nomes para toda a gente, a homonímia é inevitável. Não há, todavia, confundir *homonímia*, com *usurpação* do nome alheio. Uma pessoa pode ter nome igual ao de outra. O que lhe é vedado é utilizar nome alheio para assumir a personalidade de outrem, ou auferir vantagem de qualquer espécie.

*Pseudônimo*, como forma designação, pode ser eventual, pode ser usado paralelamente ao nome, ou pode se transformar em verdadeiro elemento de identificação (George Sand, Tristão de Ataíde). Neste último caso, dispõe do mesmo sistema de proteção do nome.

Análogo ao pseudônimo é o “nome de guerra”, ou “nome artístico” adotado por uma pessoa para ser conhecida e identificada em determinado ambiente.

Em qualquer hipótese, o indivíduo tem ação para reivindicar o nome a que tem direito; ação para impedir que outra pessoa use o seu nome.

E, principalmente tem ação de indenização, fundado no art. 159 do Código Civil para se ressarcir de prejuízo, seja na hipótese de lhe ser negado direito ao nome, seja na de alguém usurpar o seu nome.

## 9. Proteção da Intimidade

Um dos mais modernos direitos da personalidade é o que assegura à pessoa o direito de não ter a sua vida exposta ou devassada por outrem. Cada um tem o direito de resguardar a sua vida privada e a de seus familiares, contra a violação ou a curiosidade alheia.

A Constituição de 1988 volta suas vistas para este aspecto dos direitos individuais (art. 5º, nº X), ligando a intimidade, a vida privada e a imagem do teor da mesma alínea.

Esta providência é tanto mais significativa, quanto mais indiscreta é, nos dias de hoje, a atuação da mídia.

Mas não é só a segurança em relação aos meios de publicidade e de divulgação que se deve entender o direito à intimidade. Esta já é uma hipótese amplamente conhecida. A outra é mais difícil de se conceituar. Em que consiste a intimidade? Via de regra situa-se na faculdade que tem a pessoa de se isolar, conforme o seu caráter, a sua tendência ou a sua disposição. A vida moderna é cheia de solicitações, que impõem uma representação pessoal freqüente. Aí é que mais se torna necessário resguardar a intimidade.

Embora os direitos da personalidade sejam absolutos, a proteção da intimidade é relativa. Na dependência da profissão, da atividade ou da posição social ou política, a defesa contra a vontade de se isolar é inversamente proporcional à projeção da pessoa ou ao seu prestígio.

## 10. Direito à imagem

Ligado ao direito à intimidade é o *direito à imagem*, uma vez que a divulgação rompe a barreira do isolamento.

Toda pessoa tem a faculdade de preservar a sua imagem, impedindo a sua divulgação. A Constituição, a par da intimidade, resguarda a imagem, que

simplesmente se representa pela expressão externa, como também pela descrição do caráter da pessoa (Jean Carbonnier, "Droit Civil", vol. I, parágrafo 70).

O atentado contra o direito à imagem pode revestir a simples divulgação da fotografia, como a publicação de uma parte do corpo (as pernas, as mãos, o torso). Pode ainda configurar-se com a exibição fotográfica em condições que diminuam ou ridicularizem o fotografado.

Um dos modos de atentado contra a imagem é a sua representação em artigos, em livros, em peças de teatro, em novelas, em quadros de programa, em caricaturas ou charges em jornal — despertando a animosidade, o desrespeito ou a execração pública contra o representado.

É lícita a *autorização* para a exibição da imagem da pessoa, porém nos termos da concessão. Autorizada para cinema não pode ser estendida para televisão ou vice-versa.

Casos há, entretanto, em que a restrição não opera, como é o caso de presença em *ato público*. Mas neste caso há violação, quando o exibidor deforma o conjunto, ou destaca uma parte, ou faz uma exibição pejorativa.

A divulgação da imagem será sempre vedada quando importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro, à intimidade.

No mesmo contexto de proteção à *intimidade* e à imagem, hoje se assegura o direito à voz (Bittar). A prática das irradiações, das dublagens e outras modalidades de comunicação aliam uma pessoa à sua emissão vocal, e vice-versa, de tal modo que constitui atentado contra o direito à imagem a utilização por outrem, da voz de uma pessoa, que por ela se identifique.

## 11. Direito ao corpo

Correlato à integridade física, inscreve-se como "*direito da personalidade*" o "*direito ao corpo*". Como idéia genérica, cabe proclamar que o indivíduo tem o direito de dispor do próprio corpo, seja em vida, seja para depois da morte, por inteiro e cada uma de suas partes, estabelecendo cláusulas que se concretizam na disponibilidade de suas partes ou órgãos, bem como outras alusivas ao seu enterramento ou cremação (cf. Enciclopédia Saraiva, Verb. "Cadáver. Disposição", vol. 12, pág. 417).

Esse direito, contudo, não é ilimitado. A barreira situa-se precisamente nos limites da própria personalidade. O indivíduo não pode, em nome da faculdade de disposição, submeter-se a outrem alienando a sua liberdade. Tal operação envolveria um atentado à personalidade mesma. Pode, isto sim, ceder a sua atividade física ou intelectual por tempo determinado, ou indeterminado, ou em função de trabalho definido.

Limitado é, também, o poder de dispor de qualquer parte ou órgão, em vida. Toda alienação será inidônea se traduzir mutilação ou provocar a redução da vitalidade ou comprometimento da sobrevivência.

Mais freqüente é, sem dúvida, a retirada de sangue. Embora se reconstitua na medida das necessidades orgânicas, a transfusão está subordinada à idéia do doador e de seu estado de saúde, como ainda a indagações de ordem técnico-científicas. Não se admite o comércio com sangue ou a “venda de sangue”, o que merece atenção, porque não faltam pessoas ou organizações que a praticam, condicionando a cessão de sangue ou à celebração de contrato de trabalho ou obtenção de emprego (Antonio Chaves, em estudo publicado na Revista de Informação Legislativa, sob o título “Direito à Vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes)” etc, ano 14, 1977, págs. 55 e seguintes).

Paralelamente à transferência de sangue para outra pessoa ou para instituição autorizada como os “bancos de sangue” ou serviço de coleta, “Colsan” (Antonio Chaves), advém a indagação se uma pessoa pode recusar-se a receber sangue alheio, por motivo de convicção religiosa ou filosófica. A questão tem sido levada à Justiça, a quem cabe decidir, resguardando a responsabilidade do médico, que opinará se a transfusão é indispensável à sobrevivência do paciente.

Com referência ainda ao sangue e à integridade do corpo, já tem sido debatida nos tribunais a indagação se o indivíduo pode recusar a retirada de seu sangue para realização de perícia hematológica, na fase probatória de ação em que se discute a paternidade, notadamente a técnica do DNA (ácido desoxirribonucléico).

De um lado está o dever de cooperar para a produção de prova para esclarecimento da Justiça. De outro lado contrapõe-se o direito à integridade física e o princípio de resguardo da pessoa humana. Segundo Lessona (“Trattato delle Prove”, vol. I, nº 99) cada uma das partes deve demonstrar os fatos dos quais nasce um efeito jurídico. Se o fato a provar se constitui o fundamento do seu pedido, deve prová-lo o autor. De outro lado, como diz Moacyr Amaral Santos, sobressai o “princípio da liberdade pessoal, do qual dimana o da integridade da pessoa, apenas derogado em casos especialíssimos, por disposição expressa de lei” (Prova Judiciária no Civil, no Judicial, vol. V, nº 101, pág. 184).

O direito à integridade física, como expressão do direito ao próprio corpo, constitui um dos aspectos do direito da personalidade (Antonio Chaves, Direito à Vida e ao próprio, Ed. Revista dos Tribunais, 1987).

A solução razoável foi inserida no Projeto de Código Civil de 1965 (art. 34),

segundo o qual a recusa à perícia hematológica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretende produzir.

Ainda no plano do direito ao corpo tem surgido o debate em torno da utilização do útero alheio para o desenvolvimento do embrião em caso de fecundação artificial. A matéria não é isenta de dúvidas, resolvendo-se pela afirmativa, com invalidade, porém, de contrato oneroso.

No conceito genérico do direito ao corpo, cabem questões atinentes à auto-lesão ou à validade de autorização para intervenção cirúrgica.

No primeiro caso desponta o exercício de profissão perigosa, em que a autorização implícita responde à pergunta se uma lesão sofrida durante a realização de competição esportiva incrimina o contendor: é o caso de fratura durante um jogo de futebol ou outros danos em luta de boxe. (Antonio Chaves.)

A resposta será que há responsabilidade se ocorrer dolo. É que a competição esportiva expõe o participante aos riscos da própria atividade; além disso ao entrar em competição dessa ordem o indivíduo aceitou os riscos que lhe são inerentes.

Nesse mesmo teor cabe a indagação se uma pessoa pode recusar-se a um tratamento médico, notadamente de caráter cirúrgico. Em nome do direito à integridade física, o doente tem direito a não admitir, assumindo os riscos e liberando o médico em caso de desfecho fatal. Se o doente não está em condições de decidir, cabe à esposa (ou esposo), bem como aos parentes próximos (ascendentes, descendentes, irmãos ou outro colateral) tomar a deliberação. Não havendo tempo para a consulta, ou numa emergência, o médico tem o direito/dever de realizar o tratamento, independentemente de autorização.

## 12. Transplante de órgão

A medicina evoluiu na técnica do transplante de partes do corpo (pele, por exemplo) ou de órgãos. Embora não haja a possibilidade de reconstituição de certos órgãos, o que orienta a liceidade dos transplantes é a apuração científica de que a retirada não significa sacrifício do doador. Por outro lado, o transplante não deve ser objeto de negócio jurídico oneroso (cf. Bergoglio e Bertoldi, "Transplante de Organos", Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1983).

A Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992 dispõe sobre a retirada e transplante de órgãos e partes do corpo humano com fins terapêuticos e humanitários, em vida do doador ou após a sua morte. Segundo disposições desta Lei que revogou expressamente a Lei 5.479, de 10.08.68, é permitido à pessoa maior e capaz, dispor gratuitamente de órgão, tecidos ou partes do próprio corpo vivo para fins humanitários e terapêuticos. Não é livre tal disposição,

porém limitada entre avós, netos, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinhos e primos até segundo grau inclusive, cunhados e entre cônjuges. Fora deste círculo de familiares, somente poderá realizar-se após autorização judicial.

Objetivamente, a doação só é permitida quando se tratar de órgãos duplos, ou partes de órgão, tecidos, vísceras ou partes do corpo que não impliquem prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponde a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. Fora desses casos, a doação será punida com a pena de um (1) a três (3) anos de detenção, sem prejuízo de outras sanções que no caso couberem.

Os transplantes somente poderão ser efetuados por médico com capacidade técnica comprovada, em instituições públicas ou privadas reconhecida-mente idônea e devidamente cadastradas para este fim no Ministério da Saúde (Lei 8.489/92, art. 6º).

Reversamente, cabe indagar e responder que o paciente pode recusar o órgão alheio, ao fundamento da intangibilidade de seu corpo.

Dogmatizando o que a doutrina já consagrava, o Projeto de Código Civil de 1965, em cuja elaboração trabalhei com Orozimbo Nonato e Orlando Gomes (este, o autor do respectivo projeto) abrangeu num só inciso a disponibilidade do corpo humano em vida e *post-mortem*:

Art. 30 — Disposição do cadáver — É válida a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois de sua morte, para fins científicos.

Parágrafo único — O ato de disposição pode ser revogado a todo tempo. O projeto de 1975 (Projeto 634-B) reproduziu o princípio nestes termos:

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

Parágrafo único — Admitir-se-ão, porém, tais atos para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

A retirada de partes ou órgãos do cadáver está sujeita a princípios contidos na aludida Lei 8.489, de 1992, que por sua vez é subordinada à norma genérica do art. 199, parágrafo 4º da Constituição de 1988.

É pacífico que cadáver não é pessoa, como registrei em minhas Instituições de Direito Civil, vol. I, nº 68, forte entre outros em Eneccerus, Kipp y Wolff, "Tratato, Parte General", vol. I, parágrafo 30. A personalidade cessa com a morte, e portanto partes ou órgãos podem ser retirados, porque são coisas. A retirada não pode ser efetuada arbitrariamente, porém subordinada aos ditames da Lei 8.489/92, e seu regulamento, Decreto nº 879, de 22 de julho de 1993. A primeira questão é relativa à determinação do momento em que ocorre a morte. Por muito tempo entendeu-se que existe vida enquanto se manifestem

sinais externos, como a contração das pupilas, ou enquanto estiverem em atividades funções orgânicas, mesmo que reduzidas (respiração, batimentos cardíacos). Daí a dificuldade em precisar o momento da morte, correndo o risco de ser a retirada do órgão prematura ou de a ela se proceder tardiamente e ser inútil o transplante. Na atualidade o que é relevante é a morte cerebral. A proposição é expressa na Lei 8.489, de 18.11.92, art. 12. Uma vez determinada, pode operar-se a retirada para transplante. Na falta de autorização expressa do indivíduo, em testamento ou outro escrito autêntico, cabe aos familiares tomar a decisão adequada.

A referida Lei 8.489/92 estabelece que a permissão para aproveitamento de partes e órgãos é sujeita às seguintes condições: I) desejo expresso do disponente manifestado em vida através de documento pessoal ou oficial; II) na ausência do referido documento, se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente (art. 3º).

Em qualquer dos casos deve ser efetuada a retirada em tempo útil. Este é, sem dúvida, o grande problema: expedientes administrativos, mobilização de equipe médica muitas vezes atrasam e o transplante é inútil.

### **13. Desvios Sexuais**

Matéria ligada, ainda, aos direitos da personalidade é a que envolve desvios e deformações sexuais, gerando o desencontro entre o sexo biológico e o sexo registral, os quais se comportam em três tipos: homossexualismo, bissexualismo, transexualismo.

Este conflito gera desajustes psíquicos que podem chegar a conduta anti-social e distúrbios que marcham para definição patológica.

Em todas as fases históricas esses desvios ocorreram, mesmo em pessoas que se destacaram ou se projetaram politicamente. São notórios as personagens que se tem projetado, na antiguidade como na vida moderna. Políticos, artistas sabidamente homossexuais.

Na atualidade tem ocorrido notória transmutação de valores, estimulando a prática assumida ostensivamente. São freqüentes as aparições em público, em festas, em acontecimentos sociais de homossexual declarado. Jornais e revistas, peças teatrais, filmes, telenovelas giram em torno de pessoas que se identificam desenganadamente como homossexuais.

Essas situações vêm atraindo da medicina especializada contribuição freqüente, para realizar o que vulgarmente se diz "mudança de sexo", quando na verdade se trata de adaptação do sexo registral ao sexo biológico. As

modalidades técnicas são numerosas, as quais o Professor Antonio Chaves descreve em minúcia no artigo referido acima, e que não reproduzirei aqui. São processos cirúrgicos atingindo os órgãos genitais externos e/ou internos, que realizam a modelação morfológica com o fito de obter a transformação aparente do homem/mulher ou mulher/homem. São conhecidos os casos de muito “João” que se transformou em “Joana”. Caso é, todavia, de destacar a transexualidade da homossexualidade.

O que constitui objeto de minhas cogitações aqui consiste em assinalar a sua repercussão jurídica.

Um indivíduo, devido às aparências, foi considerado como pertencente ao sexo masculino e, como tal, registrado. Desde cedo, entretanto, destaca-se o seu procedimento: gestos, tendências, comportamento em conflito com o sexo morfológico.

Mais tarde, comumente ao passar pela revolução fisiológica da puberdade em alguns se patenteia, a sua verdadeira natureza se define e, em conseqüência, passa a proceder como pertencente ao sexo oposto.

As normas presentes na deontologia médica distinguem a transexualidade de homossexualidade. Como diz o professor Antonio Chaves, “o transexual nasce”. E isto pode ser determinado em perícia, envolvendo médicos, psicólogos, psiquiatras. Somente nesses casos cabe a cirurgia.

Psicologicamente despertam as suas necessidades e a sua atração por pessoa do seu mesmo sexo. E explode o conflito entre o seu sexo biológico e o sexo social. Surge a necessidade de proceder à transformação. Em conseqüência desta, vem a retificação de seu registro civil, para que este corresponda à realidade biológica, com mutação na referência ao sexo e a correspondente mudança de nome.

Se as circunstâncias materiais da transformação apresentam-se freqüentes, as percussões na Justiça são menos numerosas. Como seria de prever, as decisões são vacilantes. Se no Registro Civil o indivíduo é identificado como do sexo masculino, não pode conservar a qualificação indetificadora originária. Seria por certo uma descaracterização, uma contradição entre o contexto do registro e a realidade. Isto não obstante, procedimentos jurisdicionais variam, ora concedendo, ora negando a retificação do registro. Destaca-se sentença proferida pela ilustre Juíza do Registro Civil, Doutora Conceição Aparecida Mounier. Que estudou o assunto minuciosamente, na doutrina, em decisões anteriores, ao Direito Comparado (“Direito Concreto”, editora Freitas Bastos, Rio, nº 10, págs. 9 a 131). Outro provimento foi da lavra do Juiz de Mangaratiba (RJ), publicado na mesma Revista, vol. 8, págs. 229 a 255. O caso decidido

pela Juíza Mounier, reformada pelo Tribunal a sentença, ainda pende de recurso no STJ.

Operada a transformação morfológica e psíquica há mister enfrentar o aspecto registral, envolvendo o nome e a identidade.

Uma e outro (identificação e nome) têm que ser mudados. E o primeiro obstáculo vem da disposição do art. 58 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos) segundo o qual “prenome é imutável”.

O próprio inciso legal oferece, no entanto, a porta à mudança, quando admite retificação se for evidente o erro gráfico do prenome (art. 54, 2º); ou se o nome envolve discriminações, expondo o indivíduo ao ridículo ou à execração pública.

Uma interpretação mais profunda levará, no entanto, a que o Juiz competente admita que mais profundo e de maior extensão é o erro, ao consignar a sua desconformidade entre o “sexo do registrado” e o seu verdadeiro sexo. Cabe, então, ao interessado requerer ao Juiz competente a mudança do nome e da qualificação mediante sentença. Aqui reside a grande polêmica, requerendo do julgador a interpretação sociológica da lei (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º). Veja sobre esta o Professor Oscar Tenorio, quando mostra o grande elasterio da expressão (cf. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, págs. 153 e segs.)

A matéria tem sido levada aos Tribunais. O Professor Antonio Chaves ilustra o seu estudo com decisões, ora permitindo a modificação registral, ora recusando. Não faltou, mesmo ação penal de iniciativa do Ministério Público, ao fundamento de que a intervenção cirúrgica se caracterizava como lesão corporal. Sob este aspecto a questão não foi amplamente discutida, sobressaindo parecer do saudoso Heleno Fragoso, sustentando a impunidade do médico, autor da intervenção cirúrgica.

#### **14. União de pessoas do mesmo sexo**

Proliferando o homossexualismo e, de certo modo, a sua receptividade (ou ao menos sua admissibilidade) já se apontam casos de homossexuais que vivem juntos, como se fossem casais.

Reformas legislativas já se realizam em alguns sistemas jurídicos, revelando a acomodação com tais situações.

Tudo isto ponderado, a imprensa divulga que o Parlamento Europeu pediu que os países da União Européia permitam o casamento de homossexuais. Em harmonia com esta recomendação, exortou os Países da União Européia a abolirem a discriminação de homossexuais, e deixarem de penalizá-los. Con-

denou em particular a Grã-Bretanha que, a pretexto de evitar o homossexualismo, vem promovendo restrições aos direitos dos cidadãos em várias áreas.

Neste sentido o Parlamento Britânico amenizou as limitações, reduzindo a idade consentida para relações homossexuais, de 21 anos para os 18 anos.

Divulgada a resolução do Parlamento Europeu, prontamente reagiu o Papa João Paulo II, qualificando-a como causadora de “desordem moral”, ao mesmo tempo que pedia aos demais países da Europa Ocidental que rejeitem a proposição do Parlamento da União Européia.

Transporta a questão para o Direito Brasileiro, merece algumas ponderações.

A Lei Brasileira não toma conhecimento do homossexualismo, num sentido ou no outro. Não lhe dá aprovação nem consagra punições.

No entanto, os costumes, as “premissas implícitas” de nossa legislação vigoram no sentido de conceituar o casamento como união de pessoas de sexos diferentes. Não se poderá, portanto, admitir o “casamento” de homossexuais. Ao contrário, a doutrina brasileira vigora desenganadamente no sentido de considerar que a dualidade de sexos é pressuposto essencial ao matrimônio, qualificando como ato “inexistente” o casamento de pessoas do mesmo sexo (cf. Eduardo Espínola, “A Família no Direito Civil Brasileiro”, nº 19, págs. 55 e 59; Pontes de Miranda, “Direito de Família”, nº 16, págs. 41 e segs. da edição de 1917; Sá Pereira, “Lição XVII”, pág. 137 da edição de 1943). O mesmo ocorre no direito estrangeiro, por exemplo: Francesco Degni, “II Diritto di Famiglia”, parágrafo 36, pág. 137 da edição de 1943; Ruggiero e Maroi, “Istituzioni di Diritto Privato”, vol. I, pág. 264 da edição de 1943; Rossel et Mentha, “Manuel de Droit Civil Suisse”, vol. 1º, nº 346, pág. 220). A teoria do “casamento entre pessoas de mesmo sexo deve-se a um jurista alemão (Zacharae), partindo da interpretação de dispositivo do Código Civil Francês — art. 146, que dispõe “il n’y a pas de mariàge ou il n’y a point de consentements”. A doutrina alargou o conceito, apontando casos de casamento inexistente a falta total de consentimento dos nubentes; a incompetência *catione materiae* do celebrante; e a diversidade de sexo.

O casamento de pessoas de mesmo sexo, embora não mencionado na lei, vai de encontro a uma “premissa implícita” de nosso direito que sempre enxerga no matrimônio a dualidade de sexos. Isto leva a concluir que o estado atual de nosso direito, não se compadece com a união conjugal de pessoas de mesmo sexo.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, ao se referir à *entidade familiar*, menciona expressamente que ela terá como fundamento “a união estável de um homem e uma mulher” (art. 226, parágrafo 3º). Não se refere

genericamente à união de “duas pessoas”, porém especificamente a “homem e uma mulher”.

Dentro, portanto, do conceito global do Direito Brasileiro, não tem cabida legalizar a união de pessoas do mesmo sexo, seja como casamento, seja como entidade familiar.

--oOo--

*Nostras leges emendare nos non piget ubique utilitatem subiectis invenire volentes.  
[Não nos pesa corrigir as nossas leis, sempre que entendemos ser útil aos nossos cidadãos.]*

JUSTINIANO. *Novellae*, CXXVII, pr.