

Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002

Anderson Schreiber*

SUMÁRIO: 1. Sob o vestido esvoaçante da codificação. 2. O direito ao próprio corpo nas pistas de *Baja Beach*. O art. 13 do Código Civil e a insuficiência de seus critérios. Bons costumes e *bodyart*. A insuficiência da redução permanente à integridade física e o caso Gloria Trevi. Tutela das partes destacadas do corpo: do Vampiro Somoza ao caso Moore. Os *amputees-by-choice* e a supervalorização da verdade médica. 3. O direito à imagem e a Coroa Britânica. Públicos recônditos sob a mira das câmeras: tanto mar e tão pouco. O caso Maitê Proença e a nudez festejada. O art. 20 do Código Civil sob vaias proibidas. 4. O direito à privacidade na era do BBB. A biografia não-autorizada do Rei e a vida privada do Mago. Os atributos de Mané Garrincha e a invocação da privacidade pelos herdeiros do retratado. A proteção de dados pessoais nos tempos do Orkut e do *no-fly list*. O art. 21 do Código Civil e a irreal inviolabilidade da privacidade no Brasil. 5. À guisa de conclusão. A igreja do diabo e o problema da limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade. Franjas de seda em capas de algodão.

1. Sob o vestido esvoaçante da codificação.

– *A gente nem sabe como subiu tanto assim...* – com estas palavras um assessor de Juliana Paes procurou explicar como a atriz, após inofensivo rodopio com um vestido esvoaçante, acabou, no dizer dos jornais, “flagrada sem calcinha”, durante a divulgação de um produto de beleza na *Beauty Fair*, em São Paulo, em setembro de 2006.¹ A imagem, captada distraidamente por um fotógrafo que procurava registrar o gesto da musa em sua plenitude, foi difundida na internet e alcançou recordes de popularidade que só se situaram abaixo daqueles atingidos por outro episódio semelhante, desta vez protagonizado pela modelo Daniela Cicarelli, cuja intimidade praiana acabou filmada por um *paparazzo*² e lançada no universal *YouTube*.³ A

* Professor de Direito Civil da PUC-Rio. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Privado Comparado pela *Università degli Studi del Molise* (Itália). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Vice-Presidente do Instituto de Direito Civil.

¹ *Juliana Paes sem calcinha: os caminhos da notícia*, reportagem de Bob Fernandes publicada em 8 de setembro de 2006 na *Terra Magazine* (terramagazine.terra.com.br).

² A expressão tem origem no nome do personagem *Paparazzo*, interpretado por Walter Santesso, no filme *La Dolce Vita*, de Federico Fellini (1960), e tem sido utilizada em diversos idiomas para designar os fotógrafos de celebridades. Invertendo os papéis usuais, os *paparazzi* acabaram se tornando o centro das atenções no trágico episódio que gerou a morte da Princesa Diana e de Dodi Fayed. Duas semanas antes, o tablóide *Globe* publicou seis páginas de fotos do casal em férias e anunciou aos leitores ter pago 210

indiscrição foi conduzida ao Poder Judiciário, que, em criticada atitude, chegou a ordenar o bloqueio do acesso ao site em sua totalidade, deflagrando protestos de milhares de internautas,⁴ e revelando os desastrosos efeitos da falta de domínio de parte da magistratura brasileira em relação às novas tecnologias.⁵

O mesmo desconforto é experimentado, do outro lado do mundo, pelas autoridades britânicas que assistem à escalada nos números relativos ao *happy slapping*, prática adotada por adolescentes na Inglaterra que consiste em atacar, aleatoriamente, um passante, enquanto se filma a agressão com um aparelho celular ou uma câmera, para posterior difusão.⁶ O *slapping*, nem de longe *happy* para a vítima, vem despertando no meio jurídico europeu acesa preocupação no que concerne ao aumento do potencial lesivo colocado à disposição de crianças e adolescentes. Eis o problema evidente que se extrai de outro caso, colhido no cenário brasileiro, em que dois adolescentes, munidos apenas de um computador com *webcam*, registraram por minutos o contato mais genuíno entre um deles e sua namorada, que ignorava a existência da câmera. O vídeo foi difundido de forma planetária por meio da internet e os graves danos causados à

mil dólares pelas imagens. Sobre o tema, ver a reportagem de Richard Zoglin, *Hey, wanna buy some pix?*, publicada na revista *Time*, em 24 de junho de 2001 (www.time.com).

³ Lançado em dezembro de 2005, o site www.youtube.com, que permite o compartilhamento gratuito de vídeos em escala mundial, tornou-se rapidamente um dos mais acessados da internet. Matéria publicada no *O Globo Online*, em 31 de agosto de 2006, informava que o site “atualmente computa mais de 100 milhões de vídeos vistos (...) A cada 24 horas, os internautas jogam no YouTube 65 mil novos arquivos de vídeo com 2 a 45 minutos de duração cada um. Só nos Estados Unidos, o número de visitantes já passa de 20 milhões.” (oglobo.globo.com)

⁴ Ver a matéria *Sites estrangeiros ridicularizam bloqueio do YouTube no Brasil*, publicada no site da BBC Brasil em 9 de janeiro de 2007. Em seguida, o Tribunal de Justiça de São Paulo que havia concedido a tutela antecipada no âmbito de agravo de instrumento, voltou atrás, esclarecendo que a decisão limitava-se a impor a implementação de filtros que vedassem o acesso ao vídeo específico do casal, e que o bloqueio, imediatamente desfêito, devia-se à “má execução” do julgado “no Juízo de Primeiro Grau”. Com o prosseguimento do processo, a sentença de primeiro grau foi proferida, dando ganho de causa ao YouTube e revogando a tutela antecipada, a qual veio a ter, contudo, seus efeitos restaurados por meio de nova decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, até o trânsito em julgado da sentença (TJSP, Agravo de Instrumento 488.184-4/3, 28.6.2007).

⁵ Para uma instigante abordagem do caso Cicarelli, é de se conferir o artigo de Bruno Lewicki, *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*, in *RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 27, pp. 211-219, onde o autor traça inspirado paralelo com o caso do ex-técnico da seleção brasileira Carlos Alberto Parreira, vítima de leitura labial durante a pífia campanha da equipe na Copa de 2006. Após destacar que o expediente da leitura labial chegou a alcançar conversas travadas nos vestiários do estádio por personagens que ignoravam por completo estarem sendo filmados, Lewicki conclui: “A mesma ignorância teria, em tese, acometido Cicarelli e seu namorado, ainda que em local indiscutivelmente aberto, onde havia outras pessoas. Estes fatores, a bem da verdade, acabam por falar a favor do casal, cujos gestos não pareceram chamar a atenção dos circunstantes ou representar conduta em desacordo com as normas informais que regem a convivência dos frequentadores daquele local. Amplificado pelo foco profissional da câmera-algoz, porém, o que era uma ligeira indiscrição adquire contornos quase épicos.”

⁶ *Concern over rise of ‘happy slapping’ craze – Fad on filming violent attacks on mobile phone spreads*, reportagem de Mark Honigsbaum publicada no *Guardian* em 26 de abril de 2005.

menina podem ser verificados na declaração do representante do Ministério Público, que reconheceu, na ocasião, a absoluta impossibilidade de retirar o filme da rede mundial, “pois ele virou uma espécie de *cult* entre os pedófilos e circula nos mais diversos sites, desde estrangeiros até nacionais. Nós o encontramos em páginas de luta livre e até no Orkut”.⁷

Embora, neste caso, a imprensa brasileira tenha centrado fogo sobre a “perda de valores” da juventude atual, uma análise isenta não poderia deixar de reconhecer que o problema não está tanto em um esvaziamento dos valores do passado, mas na constituição de uma situação fática para a qual, talvez, estes mesmos valores não se afigurem mais suficientes. A justificada consternação gerada pelo episódio decorre menos da jamais incomum indiscrição de um adolescente em relação às suas conquistas amorosas, e, muito mais, do fato de se ter, hoje, como efeito desta, antes inofensiva, indiscrição a devastadora divulgação da intimidade mais profunda de uma menina em escala mundial, sem qualquer possibilidade de reparação. O cerne do problema está, para quem quiser enxergá-lo e combatê-lo, na extraordinária ampliação do potencial lesivo detido por cada indivíduo, a partir de novas tecnologias que vêm exigir não apenas uma nova ética, mas uma nova abordagem da parte do direito, especialmente atenta à proteção dos chamados direitos da personalidade.⁸

Não se trata, como se acreditou no passado, de aprovar um conjunto de medidas drásticas a impor rigorosa e estrita observância de condutas pré-autorizadas, reeditando a censura ou a proibição antecipada de certos comportamentos que possam ameaçar as manifestações da personalidade humana. Mais que em qualquer outra seara, a disciplina dos direitos da personalidade exige técnica legislativa fundada em cláusulas gerais que, escapando ao rigorismo de uma normativa excessivamente regulamentar, se

⁷ *Jovem é suspeito de exibir sexo com namorada em site*, reportagem de José Messias Xavier, publicada na *Folha Online* (www.folha.com.br) em 2 de julho de 2005.

⁸ A expressão direitos da personalidade sugere a proteção da personalidade humana sob a forma de direitos subjetivos. A insuficiência desta concepção e sua inspiração em direitos subjetivos patrimoniais, especialmente o direito de propriedade, são algumas das lições fundamentais de Gustavo Tepedino, *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3ª ed., pp. 23-58. Ali se conclui: “Imaginando-se a personalidade humana do ponto de vista estrutural (ora o elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas, identificada com o conceito de capacidade jurídica, ora o elemento objetivo, ponto de referência dos chamados direitos da personalidade) e protegendo-a em termos apenas negativos, no sentido de repelir as ingerências externas à livre atuação do sujeito de direito, segundo a técnica própria do direito de propriedade, a tutela da personalidade será sempre setorial e insuficiente.”

mostre capaz de acompanhar a evolução tecnológica e científica, revelando-se, ainda, compatível com o fato de que as lesões a interesses existenciais protegidos pelo ordenamento jurídico provêm, não raro, de condutas que procuram realizar interesses existenciais outros, igualmente tutelados. De fato, as lesões à imagem, à honra e à privacidade derivam, freqüentemente, do exercício da liberdade de expressão ou de informação, e não é incomum que a dignidade humana seja invocada em lados opostos de uma mesma disputa.⁹ Não se trata, por conseguinte, de editar normas rígidas que privilegiem uma manifestação ou outra da personalidade, mas de reconhecer o conteúdo necessariamente dialético e por assim dizer “móvel” dos direitos da personalidade, cuja exata extensão somente pode ser medida em face do interesse com que colide.

Assim, a veiculação televisiva da mesma imagem, retratando a dor e a comoção de certa pessoa envolvida em evento trágico, pode ser considerada lícita quando destinada a informar o público acerca do acontecimento, mas tida como ilícita ou abusiva quando tem por finalidade divulgar, a título de publicidade, a eficiência do próprio canal de televisão na colheita da notícia. Foi exatamente o que decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao examinar ação judicial proposta por um dos envolvidos no desastroso naufrágio da plataforma P-36,¹⁰ já que, superado o acontecimento, “a foto do autor, em estado de grande choque, passou a ser mero chamariz com cunho publicitário para a programação do canal, aproveitando-se a empresa de comunicação, a Globo News, da imagem por ela colhida como atrativo na comercialização de seus produtos, sendo certo que nesses não mais se tratava de informar o fato ocorrido, mas tão-somente de divulgar comercialmente a empresa como sendo a mais eficiente no mercado.”¹¹

⁹ Sobre o caráter aberto da dignidade humana, ver, entre outros, Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 38-39.

¹⁰ Em março de 2001, a plataforma de petróleo P-36 da Petrobras sofreu três explosões em uma de suas pernas de sustentação e afundou parcialmente implicando grave risco para os funcionários que se encontravam no local. As notícias jornalísticas revelaram os aspectos mais dramáticos do acidente: “A plataforma P-36, da Petrobras, é a maior do mundo, capaz de extrair do fundo do mar 180 mil barris de petróleo por dia (estava produzindo 80 mil barris). Aos 20 minutos de ontem, a P-36 sofreu a primeira explosão. Quatro minutos depois, mais uma. Na terceira, o fogo havia transformado a plataforma num inferno.” (*O Titanic da Petrobras*, matéria de 16 de março de 2001, disponível no site do *Correio Braziliense*, www.correioweb.com.br).

¹¹ TJRJ, Apelação Cível 2004.001.34678, j. 21.6.2005.

Casos assim revelam a impossibilidade de uma regulação rígida para os direitos da personalidade, que proíba em absoluto certas condutas, ou autorize outras, sendo mais consentânea com a matéria uma atuação legislativa que, atentando menos ao aspecto estrutural dos comportamentos, e mais ao seu componente finalístico, cuide de indicar parâmetros de ponderação entre os diversos interesses tutelados. O que se espera do legislador não é que solucione, em abstrato e de modo absoluto, a questão dos direitos da personalidade, mas simplesmente que oriente o Poder Judiciário e as autoridades administrativas para um resultado último que não pode prescindir da concreta avaliação dos interesses colidentes.

Metodologia oposta foi eleita pelo Código Civil de 2002, que, em vez de indicar parâmetros de ponderação para hipóteses freqüentes de colisão, preferiu, com raríssimas exceções, uma regulação isolada, típica e abstrata de cada um dos direitos da personalidade, estipulando soluções pré-moldadas e estáticas que procuram camuflar sob a curta roupagem normativa uma realidade grandiosa demais para ser ocultada, e que acaba por se revelar, diariamente, mesmo para os espectadores menos curiosos. A título ilustrativo, vale examinar três situações de enorme relevância prática, tratadas em termos simplistas e irrealis pela codificação: (i) o chamado direito ao próprio corpo (art. 13); (ii) o direito à imagem (art. 20); e (iii) o direito à privacidade (art. 21).

2. O direito ao próprio corpo nas pistas de *Baja Beach*. O art. 13 do Código Civil e a insuficiência de seus critérios. *Bons costumes e bodyart*. A insuficiência da redução permanente à integridade física e o caso *Gloria Trevi*. Tutela das partes destacadas do corpo: do *Vampiro Somoza* ao caso *Moore*. Os *amputees-by-choice* e a supervalorização da verdade médica.

“Laila começou desinfetando a parte superior do meu braço, antes de aplicar um analgésico local para amortecer a área onde o chip seria implantado. Com uma grande seringa na mão, ela testou o local, o que me fez hesitar. Ela aplicou outra dose de anestésico. Com meu braço amortecido, Laila inseriu o microchip entre a minha pele e a camada de gordura do meu braço. Ela pressionou a seringa e ali estavam: meus dez dígitos instalados seguramente no meu corpo.”

O relato acima transcrito não provém da mente criativa de um escritor de ficção científica, mas da experiência real vivida pelo jornalista Simon Morton, da rede BBC, em visita à boate *Baja Beach Club*, em Barcelona.¹² O estabelecimento oferece aos seus clientes a possibilidade de terem inserido sob a pele um microchip emissor de ondas de radiofrequência, que permite o acesso à área VIP e funciona como uma espécie de cartão de consumo. “O chip responde a um sinal quando o *scanner* é passado próximo a ele e transmite o número de identificação. O número é ligado a um banco de dados que se comunica com os dados da casa noturna, que então cobra os clientes.”¹³

A empresa *VeriChip*, fabricante dos microchips utilizados em *Baja Beach*, oferece dispositivos semelhantes para múltiplas finalidades, que vão do monitoramento de pacientes de risco ao controle de acesso de funcionários.¹⁴ Os controvertidos produtos, que têm fomentado discussões jurídicas nos Estados Unidos e na Europa, não encontrariam forte resistência por parte do art. 13 do Código Civil brasileiro, o qual, pretendendo regular a questão da voluntária limitação à integridade física, dispôs simplesmente:

“Art. 13. 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.”

O legislador adotou uma postura proibitiva, vedando qualquer ato de disposição do próprio corpo que importe (i) diminuição permanente da integridade física ou (ii) afronta aos bons costumes. Tem-se, assim, que não havendo redução permanente da capacidade física da pessoa, permite o art. 13 disponha de seu próprio

¹² Em seu site, a boate anuncia: “Somos la primera discoteca del mundo en ofrecer el VIP VeriChip. Mediante un chip digital integrado, nuestros VIPs pueden identificarse como tal, así como pagar sus consumiciones sin la necesidad de aportar ningún tipo de documento” (www.bajabeach.es).

¹³ *Barcelona clubbers get chipped*, reportagem de Simon Morton, publicada no site da rede BBC (news.bbc.co.uk) em 29 de setembro de 2004, e cuja versão traduzida pode ser encontrada na *Folha Online* (www.folha.com.br) sob o título *Casa noturna de Barcelona instala chip em clientes VIP*.

¹⁴ Em seu site, a companhia informa as vantagens de utilização do microchip subcutâneo esclarecendo que “unlike conventional forms of identification, the VeriChip cannot be lost, stolen, misplaced, or counterfeited. It is safe, secure, reversible, and always with you” (www.verichipcorp.com).

corpo, restando como único obstáculo para tanto a noção algo ultrapassada e sempre nebulosa de bons costumes. Não há, note-se, no âmbito das reduções não-permanentes (autorizadas) qualquer gradação relacionada à agressão ao corpo, e o dispositivo também não alude, em qualquer momento, à finalidade para a qual o ato de disposição é praticado (finalidade existencial ou patrimonial, no interesse pessoal ou de terceiros, propósito científico, terapêutico, artístico).

Traz apenas a fatigada fórmula dos bons costumes, que pode ensejar a tentativa de proibição de atos que, embora inaceitáveis ao olhar mais conservador, implicam sacrifício relativamente tênue à integridade física, como a prática de tatuagens ou o chamado *bodyart*. Embora o excesso possa aqui, como em qualquer outro campo, conduzir a conseqüências trágicas como na conhecida história de Felipe Klein,¹⁵ a aptidão proibitiva concedida à noção imprecisa de bons costumes periga frear atitudes que podem vir a configurar novas formas de lazer, como a insólita suspensão por *piercing*, ou, ainda, modos inovadores de expressão artística, como se vê da curiosa iniciativa da paulistana Priscilla Davanzo, estudante de artes plásticas, que decidiu tatuar o corpo com manchas pretas imitando o couro de uma vaca holandesa malhada. O projeto corporal atendeu, segundo Priscilla, à necessidade de protestar contra a incapacidade digestiva do ser humano: “Não digerimos bem as idéias que recebemos de filmes, livros, jornais”; as vacas, ao contrário, “digerem o bolo alimentar duas vezes.”¹⁶

¹⁵ Felipe Augusto Klein, morto aos 20 anos de idade, chegou ao extremo do *body modification* como se pode constatar em *A Tragédia de Felipe Klein*, reportagem de Renan Antunes de Oliveira que conquistou o Prêmio Esso de Jornalismo em 2004: “Na noite do sábado 17 de abril, um corpo de aparência incomum foi levado pela polícia ao necrotério da Avenida Ipiranga. Tinha duas protuberâncias esquisitas na testa. O médico-legista abriu o couro cabeludo, abaixou a pele até o nariz e se deparou com algo muito raro: dois chifres implantados na carne, feitos de teflon. Cada um era quase do tamanho de uma barra de chocolate Prestígio. O cadáver estava todinho tatuado. Trazia argolas de metal nos genitais, mamilos, lábios, nariz e nas orelhas – e estas tinham orifícios da largura de um dedo. De entre os chifres saíam três pinos metálicos pontiagudos. A língua fora alterada: cortada ao meio e já cicatrizada, parecia a de um lagarto.” Filho do ex-Ministro de Transportes, Odacyr Klein, que renunciou ao cargo após ter atropelado um operário e fugido sem prestar socorro, Felipe foi encontrado morto no depósito de lixo do prédio vizinho àquele em que morava, depois de se ter lançado, ao que tudo indica, da varanda do próprio apartamento. Embora Odacyr fosse, além de Felipe, a única pessoa em casa naquele momento, e testemunhas tenham ouvido algo que se assemelhava a uma discussão, a reportagem registrou que “o pai estava quase inconsciente na hora da tragédia, bêbado demais para qualquer ação violenta. Examinado pelo Departamento Médico-Legal, ele tinha 26 decigramas de álcool por litro de sangue, numa escala onde seis é o limite legal da embriaguês.”

¹⁶ Priscilla tornou-se o personagem-tema do curta-metragem *Geotomia*, de Marcelo Garcia, exibido durante a oitava edição do festival Mix Brasil.

Afora a imprecisão dos bons costumes, o art. 13 do Código Civil peca ao eleger como único critério alternativo o do caráter permanente da diminuição à integridade física, sugerindo, *a contrario sensu*, que a diminuição não-permanente resta autorizada. Interpretando-se de modo literal o dispositivo, não apenas as inserções de microchips subcutâneos e outros mecanismos removíveis seriam considerados lícitos no direito brasileiro, mesmo que com finalidade puramente comercial (v.g., controle de acesso de funcionários), como se consagraria a idéia de que as partes regeneráveis do corpo humano merecem menor proteção do que as irrecuperáveis, protegendo-se apenas estas últimas contra os impulsos da autonomia privada.¹⁷

Tal concepção é perigosa e tem feito estrada especialmente no que diz respeito ao tratamento jurídico reservado às chamadas partes destacadas do corpo humano, como fios de cabelo, saliva, sêmen. Encaradas tradicionalmente como *res derelicta*, tais partículas carregam, hoje, a intimidade mais profunda da pessoa, representada pelo seu código genético. Em muitos países, tem-se chegado a declarar a extensão do conceito de corpo humano para assegurar sua proteção.¹⁸ No Brasil, as próprias autoridades públicas têm perpetrado abusos como revela o caso de Roberta Jamilly Martins Costa, cuja saliva coletada em guimbas de cigarros fumados na delegacia foi utilizada para realizar, contra a sua vontade, exame de DNA que atestou a ausência de vínculo biológico entre ela e sua mãe de criação, acusada também do seqüestro do menino Pedrinho.¹⁹ Em outro caso amplamente noticiado, a cantora mexicana Gloria Trevi, após engravidar na Superintendência da Polícia Federal, viu sua

¹⁷ Embora superada, em atenção a fins socialmente relevantes como transfusões, transplantes e pesquisas médicas, a idéia de que o corpo humano não pode ser objeto de atos de disposição (Constituição, art. 199, §4º), nem por isso se reconhece “uma liberdade ou poder absoluto do sujeito que retire do corpo o seu caráter essencial, singular e merecedor de proteção. A liberdade se vê sempre colocada diante da intangibilidade do corpo humano.” (José Antônio Peres Gediell, *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*, Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 96).

¹⁸ Ver, na jurisprudência alemã, BGH 9.11.1993, *NJW*, 1994, 128, onde se conferiu pronta reparação contra a negligente destruição de líquido seminal em banco de sêmen.

¹⁹ “A saliva de Roberta foi coletada nas pontas de cigarro fumados por ela na delegacia. Desde o início das investigações, ela jamais se propôs a fazer o teste. Orientado por uma perita de Brasília, o delegado Gonçalves conseguiu a prova durante o depoimento de Roberta na DEIC. Segundo ele, o procedimento da polícia foi legal, pois não houve invasão de privacidade. O promotor Diaulas Ribeiro, da Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários do Serviço de Saúde (Pró-Vida), não vê problemas no modo de coleta usado pela polícia: ‘Não se permite a retirada de material de um réu. Mas, nesse caso, foi colhido o DNA da vítima, ou seja, da própria Roberta. A jogada foi genial’, resumiu.” (reportagem de Guilherme Goulart, publicada no *Correio Braziliense*, em 13 de fevereiro de 2003, sob o título *E Roberta é mesmo Aparecida*).

placenta coletada e congelada para a realização de exame de DNA, contra sua expressa manifestação de vontade, tudo com a chancela do Supremo Tribunal Federal.²⁰

Verifica-se, assim, a necessidade de se conferir adequada proteção, seja em face de terceiros, seja em face do próprio indivíduo, também às diminuições físicas não permanentes, cuja importância se intensifica em um cenário onde passam a servir, mais que à aferição da filiação biológica, a procedimentos de resultados verdadeiramente fantásticos como a fecundação *in vitro* e até mesmo a clonagem.²¹ O perigo de que, na ausência de uma firme proteção jurídica, o interesse comercial acabe por estimular a disposição de tais partículas aparece sob a forma de experiência consumada na América Latina, no nem sempre lembrado caso do *Plasmaferesis*, laboratório instalado na Nicarágua que coletava, mediante pagamento, o sangue de cidadãos pobres e subnutridos, além de prisioneiros e militares de baixo escalão “coagidos à doação”. Com o integral apoio do governo ditatorial de Anastásio Somoza, o laboratório exportou, entre 1973 e 1977, para os Estados Unidos e Europa, a cada ano, 300 mil frascos de sangue, despertando críticas do jornal de oposição, *La Prensa*, cujo diretor, Pedro Chamorro, acabou assassinado. O crime causou a indignação do povo nicaraguense que tomou as ruas e, aos gritos de “*Somoza vampiro!*” queimou a sede do *Plasmaferesis*, derrubando o regime ditatorial, já minado pela revolta sandinista, e obrigando o ditador a fugir do país.²²

Exemplo de conseqüências menos dramáticas, mas igualmente estarrecedor no que tange à exploração comercial de partes destacadas do corpo, tem-se no famoso caso Moore, em que células do sangue (linfócitos T) retiradas do baço extraído de um paciente afetado pela leucemia foram cultivadas e, por sua peculiar

²⁰ STF, Reclamação 2040/DF, j. 21.2.2002.

²¹ Embora a clonagem humana ainda não seja uma realidade, os avanços na clonagem de animais parecem pavimentar o caminho para a possibilidade científica (não necessariamente ética e jurídica) de clonagem de pessoas. Para além do experimento pioneiro, ocorrido em 1996 no Instituto de Embriologia Roslin, na Escócia, que deu origem à ovelha Dolly (falecida alguns anos depois, com sinais de envelhecimento precoce), a clonagem tem sido repetidamente utilizada em outras espécies animais como bois e cavalos. Neste último caso, inúmeras controvérsias têm sido suscitadas especialmente em relação à possibilidade de participação dos clones em eventos esportivos equestres. Confira-se, para maiores detalhes, a matéria *Cavalos clonados no Texas*, publicada em 1.4.2006 no site português *Equisport online*, www.equisport.pt.

²² A viúva de Chamorro, Violeta, veio a se tornar presidente da Nicarágua em 1990. O episódio da *Plasmaferesis* e outros relacionados ao mercado de sangue são narrados no documentário de Sergio Rezende, *Até a última gota* (Brasil, 1980), que recebeu o prêmio de melhor filme no festival de Mannheim, na Alemanha.

capacidade de produzir substâncias antibactericidas e antitumorais acabaram patenteadas pela *University of California*, dando margem a uma linha de produtos lançada no mercado farmacêutico. O paciente, Mr. Moore, homem de negócios do Alaska, propôs ação judicial reivindicando participação nos significativos lucros auferidos com a venda dos produtos pelos médicos, pesquisadores e empresas associadas. A jurisprudência norte-americana deu razão, inicialmente, ao paciente, mas, em última instância, a Suprema Corte da Califórnia decidiu que não lhe cabia qualquer fatia na receita derivada do uso das células Moore, já então avaliadas em mais de três milhões de dólares.²³

Na esteira dos avanços recentes da genética e da biologia, casos semelhantes revelam, em todo o mundo, a temerária imissão de interesses comerciais no campo da disposição de partes destacadas do corpo, questão a que o Código Civil brasileiro não reservou a merecida atenção. Proibiu, como visto, a diminuição permanente da integridade física, deixando as demais hipóteses ao sabor da noção pouco precisa de bons costumes. Mesmo no que tange à diminuição física permanente, porém, o legislador de 2002 tem recebido críticas. Como única exceção à proibição de atos de disposição definitiva, o art. 13 do Código Civil indicou a “exigência médica”. De pronto, o termo “exigência” sugere um rigor terapêutico nem sempre presente em intervenções socialmente aceitas e amplamente difundidas, como as cirurgias plásticas puramente embelezadoras e os tratamentos estéticos definitivos (depilação permanente etc.). Além de irreal, a exceção tem mérito discutível. A supervalorização do parâmetro médico pode estimular uma abordagem desfavorável de certas questões, como se vê, de forma emblemática, na evolução do tratamento reservado, no Brasil, às cirurgias de transgenitalização.

As cirurgias de transgenitalização, ou de readequação de sexo, ainda hoje vistas com desconfiança por parte dos tribunais, passaram a contar com um maior grau de aceitação a partir da Resolução 1.682/2002 do Conselho Federal de Medicina, segundo a qual o “diagnóstico de disforia de gênero”, caracterizado pelo “desconforto

²³ O caso *Moore v. Regents of University of California* é narrado por Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa, *O Mercado Humano*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, pp. 76-77. Os autores concluem assim o seu relato: “Depois da sentença conclusiva, as várias empresas biotecnológicas da Califórnia que haviam utilizado outras linhas de células puderam dar um suspiro de alívio e suas ações na bolsa subiram rapidamente.”

com o sexo anatômico natural” e pelo “desejo de mudar de sexo capaz de levar à automutilação ou auto-extermínio” é considerado idôneo a permitir ao médico a realização da cirurgia, atendidos os demais requisitos estabelecidos pela norma deontológica.²⁴ Assim, afirma-se que a qualificação do desconforto com o sexo natural como “disforia” e a conseqüente previsão das cirurgias de transgenitalização como tratamento adequado a estes “pacientes” atendem ao requisito da “exigência médica” previsto no art. 13 do Código Civil, de modo a autorizar a realização de tal procedimento cirúrgico. Sob um manto aparente benéfico, esta abordagem presta um desserviço evidente ao converter o debate – jurídico e ético – em torno da liberdade sexual em uma discussão puramente técnica, que reduz toda a imensa questão da autodeterminação sexual a um “tratamento” de enfermidade ou doença.²⁵

E se, no caso das cirurgias de readequação de sexo, o resultado útil alcançado pela abordagem médica – a autorização (Código Civil, art. 13 c/c Resolução CFM 1.652/2002) – pode justificar o efeito negativo do enfoque patológico adotado, outras hipóteses existem em que a conclusão médica caminhará em sentido diametralmente oposto. Comprova-no um sem-número de casos envolvendo os

²⁴ Revogando a Resolução 1.482/1997, a Resolução 1.652/2002 traz como uma de suas expressas premissas “ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio”. O art. 1º da referida Resolução autoriza “a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.” (inteiro teor disponível em www.portalmedico.org.br).

²⁵ O reconhecimento dos efeitos civis das cirurgias de transgenitalização encontrou forte resistência por parte da magistratura, sobretudo no que concerne à alteração do nome e do sexo no registro civil. Confira-se a redação do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Retificação no Registro Civil. Mudança de nome e de sexo. Impossibilidade. Sentença mantida. O homem que almeja transmudar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma ‘genitália’ com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as conseqüências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência.” (TJRJ, Ap. Cível 1993.001.06617, Rel. Des. Geraldo Batista). As decisões mais recentes, contudo, têm admitido a alteração do registro, como se vê em outro julgado do mesmo Tribunal: “Registro civil. Retificação do registro de nascimento em relação ao sexo. Passando, a pessoa portadora de transexualismo, por cirurgia de mudança de sexo, que importa na transmutação de suas características sexuais, de ficar acolhida a pretensão de retificação do registro civil, para adequá-lo à realidade existente. A constituição morfológica do indivíduo e toda a sua aparência sendo de mulher, alterado que foi, cirurgicamente, o seu sexo, razoável que se retifique o dado de seu assento, para ‘feminino’, no registro civil. O sexo da pessoa, já com o seu prenome mandado alterar para a forma feminina, no caso concreto considerado, que é irreversível, deve ficar adequado, no apontamento respectivo, evitando-se, para o interessado, constrangimentos individuais e perplexidade no meio social.” (TJRJ, Ap. Cível 2002.001.16591, Rel. Des. Ronaldo Valladares).

chamados *amputees-by-choice*, pessoas que se amputam por vontade própria, em atos que vêm preocupando a comunidade jurídica especialmente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Também neste campo a medicina identifica distúrbios de adequação anatômica, associados ora à admiração pela capacidade de superação dos portadores de necessidades especiais, ora a um obsessivo anseio de especial atenção e cuidado que adviriam da mutilação.²⁶ No fim da década de 90, o cirurgião Robert Smith amputou as pernas de dois pacientes fisicamente saudáveis, em um hospital na Escócia, suscitando o furor da imprensa britânica. Pois Smith alegou atender à “exigência médica” de encerrar o sofrimento daqueles pacientes que, segundo o cirurgião, se encontravam em um tal estado de desespero que seriam capazes de promover automutilação “em uma linha de trem” ou “utilizando armas de fogo”, com sério risco de vida para si e para terceiros.²⁷

Vê-se que o critério da exigência médica, visto por juristas com certo temor reverencial, pode assumir, muitas vezes, contornos tão flexíveis quanto os que caracterizariam uma eventual alusão à exigência jurídica, com interpretações e nuances tão múltiplas quanto as que decorrem das próprias normas que procuram regular a dramática questão da disposição do próprio corpo. A verdade é que tais controvérsias encerram escolhas que não são biológicas, mas valorativas, para as quais um jurista não está, portanto, menos habilitado do que um clínico. E aqui, como em outros campos, se compreenderá que, se tal verdade, por ser apenas jurídica, não é verdade por inteiro, tampouco o será a verdade médica. O melhor remédio há de surgir não da prevalência de uma sobre outra, como sugere o art. 13 do Código Civil, mas da sua efetiva combinação.

3. O direito à imagem e a Coroa Britânica. Públicos recônditos sob a mira das câmeras: tanto mar e tão pouco. O caso Maitê Proença e a nudez festejada. O art. 20 do Código Civil sob vaias proibidas.

Em fevereiro de 2007, Helen Mirren obteve o Oscar de melhor atriz por sua atuação no filme *A Rainha*, de Stephen Frears, que retrata o esforço da monarca britânica por se manter alheia à profusão criada pela mídia em torno da morte da

²⁶ Richard L. Bruno, *Devotees, pretenders and wannabes: Two cases of Factitious Disability Disorder*, in *Journal of Sexuality and Disability*, 1997, vol. 15, pp. 243-260.

²⁷ *What drives people to want to be amputees?*, reportagem publicada em 6 de abril de 2006 no site da *ABC News*, abcnews.go.com.

princesa Diana. Um mês depois, o tablóide inglês, *The Sun*, estampava a foto do príncipe William abraçado a uma jovem em uma casa noturna da cidade de Bournemouth, sob a manchete: “Ele apalpa o seio da garota... Não contem a Kate”.²⁸ Kate Middleton, então namorada do príncipe, apresentaria, dois dias depois, frente a *Press Complaints Commission* (Comissão de Reclamações contra a Imprensa) queixa formal contra o jornal *Daily Mirror*, que publicou uma foto sua “caminhando para o trabalho, segurando um copo e as chaves do carro”.²⁹ Considerada forte candidata a futura rainha da Inglaterra, Kate era constantemente perseguida por jornalistas e o casal chegou a ser forçado a chamar a polícia para conter a multidão de fotógrafos que os esperava na entrada de um clube noturno em janeiro de 2007. O episódio fez com que a companhia *News International*, dona de diversos jornais, entre os quais *The Sun* e *The Times*, proibisse a publicação de fotos de Kate tiradas por *paparazzi*. O romance terminaria em meados de abril e a própria imprensa britânica indicaria a pressão provocada pela intensa atenção da mídia como uma das razões do rompimento.³⁰

A – outrora peculiar – atitude invasiva dos tablóides ingleses encontra, hoje, paralelo na imensa maioria dos países ocidentais. Bem mais assustadora que uma mão-boba monárquica é o crescente interesse de fotógrafos e cinegrafistas por imagens que exponham a intimidade de pessoas célebres. A intensa agressão à privacidade experimentada em episódios já mencionados, como os que envolveram a atriz Juliana Paes e a modelo Daniela Cicarelli, vem quase sempre justificada com base no “caráter público” da pessoa retratada ou do lugar onde a imagem foi captada. Aqui, necessárias se fazem duas observações.

²⁸ No original: “*He grabs club girl’s boob... don’t tell Kate*” (*The Sun*, edição de 27 de março de 2007, matéria intitulada *Where there is a Wills there’s a... Wahey!*). A moça sobre a qual repousava a mão real era brasileira e negou, em entrevista ao *O Globo Online*, que tivesse havido qualquer espécie de abuso por parte do príncipe William: “Ele nem colocou a mão no meu peito direito”. Admitiu, contudo, que, procurada pelo *The Sun*, vendeu a foto para o tablóide: “Jamais vou dizer por quanto foi vendida. Claro que fiquei feliz. A gente é estudante aqui, né?”. Sobre a repercussão do fato, foi categórica: “As pessoas podem pensar coisas erradas. Mas acho que eles têm que cuidar da vida deles porque foi uma coisa muito besta. Deletei o meu Orkut porque eu tinha para entrar em contato com amigos de infância. Agora não tenho mais por que ter.” (entrevista publicada no *O Globo Online*, oglobo.globo.com, em 28 de março de 2007 sob o título *Ana Laise nega que o príncipe William tenha apalpado seu seio*).

²⁹ *Namorada do príncipe William faz queixa formal por assédio*, notícia publicada no site da *BBC Brasil* em 29 de março de 2007.

³⁰ Confira-se a reportagem de Andrew Pierce publicada no site www.telegraph.co.uk em 17 de abril de 2007: “*A decision on their future was thrown into sharp focus last month when the Press Complaints Commission for the first time upheld a charge of harassment brought by Miss Middleton, 25, against a tabloid newspaper. Prince William, who at 24 had never had any plans for marriage, decided to end it then to spare Miss Middleton any more exposure in the sharp glare of the media spotlight.*”

Em primeiro lugar, a invocação da publicidade do local afigura-se evidentemente imprópria em situações onde o uso da tecnologia configura artifício inesperado e até malicioso. Absurdo assim que, como no episódio Cicarelli, se diga pública a praia ao crepúsculo, onde alguns casais permanecem, e onde uma troca de intimidades pode ser captada à longa distância, ampliada, “corrigida”, de modo a que, suprindo-se a precária iluminação natural, um afago à meia-luz acabe se convertendo em uma cena de alta definição e impactante clareza. Por meio de astúcia semelhante, o cantor Chico Buarque, talvez acreditando nos versos de canção antiga – “sei que há léguas a nos separar, tanto mar, tanto mar” –, acabou surpreendido por cliques longínquos enquanto namorava nas águas do Leblon; e mais uma vez ergueu-se o coro dos que alegaram público o local e autorizada, *ipso facto*, a divulgação das imagens, sem maiores considerações, que acabaram todas deixadas para momento posterior ao estardalhaço criado com a divulgação das fotos.³¹

Para além da manipulação do argumento do local público, é de se rejeitar, em segundo lugar, a qualificação de qualquer pessoa como pública, a sugerir que nenhum aspecto de sua vida privada permanece a salvo de lentes indiscretas. A taxação de atrizes, atletas, políticos, como “pessoas públicas”, a autorizar uma espécie de presunção de autorização à divulgação de suas imagens, ou a suscitar, ainda, o perverso argumento de que a veiculação na mídia mais beneficia do que prejudica aqueles que dependem da exposição ao público, representa a ingerência alheia em seara atinente apenas ao próprio retratado.

Em outras palavras, se a exposição pública não-autorizada renderá frutos, alegrará a pessoa exposta, despertará nela orgulho e satisfação, são todas questões que – bem como a dor, o sofrimento, a humilhação – dizem respeito às conseqüências subjetivas e eventuais daquela lesão, e que não podem se converter em condições para a tutela da personalidade do retratado. Entender diferentemente significa consagrar precedentes judiciais disparatados como o do famoso litígio envolvendo a atriz Maitê Proença, que, após ter fotografias publicadas com sua autorização em determinada revista, e vê-las novamente publicadas, desta vez sem seu consentimento, em jornal diário de circulação popular, teve negada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a

³¹ O fato rendeu a capa do suplemento *IstoÉ Gente* sob o título *Ricardo amava Celina, que amava Chico...*, em alusão ao marido da moça, o também músico Ricardo Sjostedt.

sua pretensão de indenização por danos morais ao argumento de que “só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não.”³²

Ao contrário, a mais bonita e a mais midiática das celebridades conserva seu direito à imagem, como manifestação irrenunciável da sua própria condição humana, e parece óbvio que não se trata de considerar pública a pessoa em sua plenitude, mas certos atos, acontecimentos ou declarações dirigidos ao público, ou de seu *legítimo* interesse. E o adjetivo aí não pode ser menosprezado. Públicos não são quaisquer episódios sobre os quais os leitores de jornais e revistas, os espectadores de TV, ou os internautas possam ter interesse. Público, no que concerne a atos envolvendo a imagem de pessoas, é apenas o evento sobre o qual recaia interesse legítimo de informação, a atrair a tutela de uma liberdade constitucional que, à luz de certas circunstâncias, pode eventual e apenas ocasionalmente prevalecer sobre o direito à imagem da pessoa retratada.

Este exercício de ponderação entre interesses tutelados, nuclear à questão do uso indevido de imagem alheia, passou despercebido ao olhar legislativo. O art. 20 do Código Civil, ao disciplinar o direito à imagem, declarou:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra,

³² O acórdão, que restou reformado, por apertada maioria, no Superior Tribunal de Justiça, foi além: “Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado.” (*Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, n. 41, pp. 184-187). Para a decisão final do Superior Tribunal de Justiça sobre o caso, ver REsp 270.730, j. 20.12.2000. Imprescindível também, sobre a hipótese concreta e sobre os tormentosos contornos do dano moral no direito brasileiro, a leitura de Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, especialmente pp. 19-56.

a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”

Estabeleceu com isso o legislador de 2002 o que deveria ser o resultado de sua ponderação prévia entre o direito à imagem e outros interesses tutelados. Permitiu, como se vê do dispositivo, a proibição da circulação de imagem sem autorização do retratado, sempre que “lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.” Excepcionou apenas duas hipóteses em que a circulação poderia, ainda assim, ocorrer: quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Confronte-se à luz do art. 20 um caso concreto, envolvendo o ex-Chefe da Casa Civil que, segundo noticiado pelo jornal *O Globo*, votou nas eleições de outubro de 2006 sob o coro de “*ladrão, ladrão*”, entoado por eleitores que se encontravam em sua seção eleitoral em São Paulo.³³ A notícia, acompanhada da foto de José Dirceu, circulou, por óbvio, sem autorização do titular da imagem. Tampouco se trata de veiculação necessária à manutenção da ordem pública ou à administração da justiça. E não há dúvida de que a reportagem afeta a boa fama e a respeitabilidade do retratado. Não bastasse isso, sua inserção em um jornal de circulação não-gratuita autoriza também a conclusão de que, ao menos indiretamente, a divulgação de imagem alcança fins comerciais. A veiculação seria, mesmo sem este último requisito, passível de proibição nos exatos termos do art. 20 do Código Civil. Tal resultado, contudo, afigurar-se-ia evidentemente injusto e inaceitável, pois desconsidera fatores outros como a veracidade do fato, o caráter público do evento, e, sobretudo, o interesse informativo por trás da notícia, grande ausência do referido dispositivo.

Por esta razão, alguns autores chegaram mesmo a sustentar a inconstitucionalidade do art. 20 do Código Civil brasileiro, em face da liberdade de pensamento e do acesso à informação consagrados no art. 5º da norma fundamental.³⁴

³³ *Dirceu vota aos gritos de 'ladrão, ladrão'*, reportagem de Lino Rodrigues e Tatiana Farah, disponível no *O Globo Online* em 29 de outubro de 2006, oglobo.globo.com.

³⁴ Afirma, neste sentido, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “O art. 20 do novo Código Civil, que representa uma ponderação de interesses por parte do legislador, é desarrazoado, porque valora bens constitucionais de modo contrário aos valores subjacentes à Constituição. A opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e

Embora não seja imprescindível concluir pela inconstitucionalidade, o certo é que o Poder Judiciário, na análise dos casos envolvendo o uso indevido de imagem, deverá ter em conta diversas circunstâncias que, embora não sendo mencionadas pelo art. 20, afiguram-se relevantes para a ponderação entre os interesses tutelados que vêm a se chocar nestas espécies de conflito. A doutrina sustenta, assim, que o magistrado deverá atentar, por exemplo, para “a veracidade do fato”; “a licitude do meio empregado na obtenção da informação”; “a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia”; “o local do fato”; “a natureza do fato” (fato que é notícia por si, como uma enchente ou uma eleição, ou que se torna notícia apenas por conta da pessoa envolvida); “a existência de interesse público na divulgação em tese”; e assim por diante.³⁵

Já se terá percebido que uma resposta assim tão ponderada da parte do Poder Judiciário, com o balanceamento de fatores tão múltiplos e diversos, não poderá ser, sempre, uma resposta rápida. O controle jurisdicional do uso indevido de imagens ocorre quase sempre *a posteriori*, quando a lesão à imagem do retratado já se perpetrou e, para a reparação do dano causado, resta, quase sempre, a via exclusiva da indenização pecuniária.³⁶ Certo que existem remédios antecipatórios e liminares, mas a velocidade do mundo das comunicações não raro impede o acesso preventivo à máquina judiciária. Tal circunstância não arrefece, mas exacerba a responsabilidade da imprensa. A definição interna dos limites da notícia no âmbito de cada meio de comunicação e de cada empresa jornalística costuma ser bem mais eficaz que o recurso ao poder público, como revela o exemplo da proibição da *News International* à divulgação de fotos de Kate Middleton tiradas por *paparazzi*.

Mais: em uma realidade marcada pela profusão em tempo real de informações e pela abundância de dados que, colhidos em todo o globo, são despejados diariamente sobre os destinatários da comunicação, impõe-se que a imprensa, em

deve ser afastada pela interpretação constitucional.” (*Direito à Informação x Direito à Privacidade. O Conflito de Direitos Fundamentais*. In *Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania, Revista da AMAERJ*, n. 5, 2002, p. 15).

³⁵ Confira-se, por todos, Luis Roberto Barroso, *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*, in *RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 16, pp. 89-91.

³⁶ Sobre a necessidade de se superar, na responsabilidade civil em geral, a exclusividade do remédio pecuniário, seja permitido remeter a Anderson Schreiber, *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, in *RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, pp. 45-69.

sentido amplo, assuma a genuína responsabilidade pela seleção das notícias e das imagens transmitidas ao público. O desenvolvimento de mecanismos cotidianos de captação da imagem (máquinas digitais, aparelhos de celular, *webcams*), associado ao incremento de meios anônimos de difusão, sobretudo através da internet, geram um caleidoscópio de imagens não-autorizadas com o qual a imprensa não deve competir, mas ao qual deve, decididamente, se opor.

Para muito além de um mecanismo reprodutor de informações, a imprensa deve se investir, em definitivo, da tarefa verdadeiramente social em que consiste a construção da notícia e o seu desenvolvimento opinativo, sob pena de testemunharmos a circulação dos jornais mudos, a que se referiu Umberto Eco.³⁷ A banalização das matérias jornalísticas conduz, inevitavelmente, à banalização da sociedade que as lê, e quando o registro fotográfico do novo romance de um ator de Hollywood ganhar mais destaque que as decisões políticas nacionais no noticiário noturno, não tardará a que seja considerado efetivamente mais importante. Como *locus* de debate entre opiniões divergentes, plurais, que se refletem sobre a sociedade e sobre os seus valores, os meios de comunicação devem consistir não no violador sistemático e irrefletido dos direitos da personalidade, mas no primeiro *front* para o controle do uso da imagem alheia.

Para as gerações de novos leitores, formadas sob a explosão da mídia, é cada vez mais verdadeiro o jargão jornalístico, segundo o qual uma imagem vale mais que mil palavras. Isto não nos exime, porém, de decidir o conteúdo de um tão longo discurso.

4. O direito à privacidade na era do BBB. A biografia não-autorizada do Rei e a vida privada do Mago. Os atributos de Mané Garrincha e a invocação da privacidade pelos herdeiros do retratado. A proteção de dados pessoais nos tempos do Orkut e do *no-fly list*. O art. 21 do Código Civil e a irreal inviolabilidade da privacidade no Brasil.

³⁷ Em novembro de 2006, em uma forma muito original de protesto, os jornais italianos saíram, por diversos dias, sem a assinatura de seus autores. Na ocasião, declarou Umberto Eco: “um jornal diário serve agora para revestir os fatos de opiniões. É o que solicitamos dele hoje, e se trata de opiniões sobre os fatos, queremos saber quem expressa aquela opinião (...) Por isso, um jornal que faz greve eliminando as assinaturas se torna mudo” (Umberto Eco, *Para que servem os jornais*, publicado no Brasil na revista *Entre livros*, ano 2, n. 23, p. 82).

“Cansei de fazer o papel de homem da relação” – declarou à *Revista Ouse* a ex-vendedora de cosméticos, Grazielli Massafera, referindo-se aos motivos do fim do seu relacionamento amoroso com o DJ Allan Passos. O desabafo que poderia soar indiscreto para um casal comum passa quase como tímido em se tratando de ex-participantes do Big Brother Brasil, *reality show* centrado sobre a mais completa supressão da privacidade dos envolvidos. Já na sua 7ª edição, o BBB comprova, com seu enorme sucesso, que o Brasil é, em larga medida, o país da exposição pública. A privacidade nunca foi, entre nós, muito valorizada, e o sigilo e a confidencialidade vêm, antes, associados freqüentemente a fraudes e engodos, como revelou o insólito requerimento assinado pelo Deputado Aldo Rebelo, em 1999, que, ainda sob os influxos da frustração nacional pela derrota da seleção brasileira na Copa de 1998, solicitava a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar a regularidade do contrato firmado entre CBF e Nike, ao argumento de que “entre tantos pontos estranhos o contrato tem uma cláusula de sigilo, segundo a qual nenhum assunto relativo ao mesmo poderá ser levado ao conhecimento do público, sem o consentimento das duas partes.”³⁸ A cláusula de sigilo, tão comum em contratos de patrocínio, onde o patrocinador precisa se resguardar das alegações de que oferece melhores condições a certos patrocinados, converteu-se, na vida pública brasileira, em indício de ilegalidade.

Naturalmente, o desenvolvimento desta sociedade transparente torna preciosas pessoas que zelam pela sua privacidade, preservando ao máximo suas vidas pessoais. A salvo dos holofotes, preservam-se ídolos como o escritor mineiro José Rubem Fonseca, notoriamente avesso a entrevistas e que teria chegado a declarar, diante de pedido do amigo Zuenir Ventura: “Tudo o que eu tenho a dizer está nos meus livros”. Também reservado, o “Rei” Roberto Carlos viu-se, recentemente, compelido a vir a público para explicar sua decisão de requerer ao Poder Judiciário a proibição da circulação de biografia escrita sem a sua autorização. O livro *Roberto Carlos em Detalhes*, que descreve minuciosamente adversidades enfrentadas pelo cantor ao longo de sua trajetória, incluindo o acidente que lhe fez perder a perna e a agonia da mulher Maria Rita, que faleceu de câncer em 1999, além de revelar diversos casos amorosos,

³⁸ Requerimento n. 003, de 1999. A suspeita com relação à cláusula de sigilo vem baseada em artigos do jornalista Juca Kfoury (*Folha de São Paulo*, 31.1.1999 e 1º.2.1999).

acabou recolhido das livrarias por força de um acordo celebrado em maio de 2007 com a editora Planeta.³⁹

O episódio gerou críticas e alegações de censura por parcela do mercado editorial e da imprensa, chegando-se a declarar que “biografia é história e a história não pertence às pessoas – história é de domínio público”.⁴⁰ O conhecido biógrafo Fernando Morais aludiu ao “ressurgimento de uma censura togada no Brasil”,⁴¹ e o editor Luiz Schwarcz aludiu à propriedade para afirmar: “o personagem público faz parte da nossa história e o proprietário da história do Brasil é a sua população. O que está acontecendo é que estamos sendo expropriados de um bem, da nossa própria história.”⁴² E mesmo o escritor Paulo Coelho, tema de um sem-número de biografias não-autorizadas, considerando “infantil” a atitude de Roberto Carlos, declarou: “Estou pronto para defender minha honra, mas não vou perder um minuto do meu dia telefonando para um advogado e tentando saber o que posso fazer para defender a minha vida privada, *já que ela já não me pertence.*”⁴³

O tenebroso perigo de um retorno à “censura” não se afigura menos assustador que a idéia de que a vida privada de pessoas famosas pertence não a eles próprios, mas à história e à sociedade. Num caso, como noutro, um suposto interesse coletivo passa a autorizar a integral supressão ao exercício de um interesse existencial da pessoa – à liberdade de expressão, no caso da censura; à privacidade, no caso da exposição pública. Ao contrário, a postura também aqui não deve ser a da prevalência, mas a da ponderação.

³⁹ Sobre a controvertida transação, declarou o autor da biografia do Rei: “Foi um acordo bom para a Planeta, foi muito bom para o Roberto Carlos. E ruim para mim, para a história, o público e o mercado editorial.” (entrevista de Paulo César de Araújo à *IstoÉ Online*, em 9 de maio de 2007, www.istoe.com.br).

⁴⁰ Declaração de Alberto Dines no programa televisivo do Observatório da Imprensa, de 15.5.2007, registrada na matéria *Roberto Carlos e a biografia não-autorizada: um novo censor nas paradas*, de Karla Candeia, em 16.5.2007 (disponível no site www.cultura.gov.br).

⁴¹ Declaração de Fernando Morais em entrevista ao *Fantástico*, em 27 de maio de 2007. A expressão tem sido utilizada recorrentemente pelo escritor, cujo livro *Na Toca dos Leões*, acerca da trajetória da agência de publicidade W/Brasil, foi retirado de circulação por polêmica decisão da 7ª Vara Cível de Goiânia, no âmbito de ação proposta pelo deputado Ronaldo Caiado, um dos retratados na obra.

⁴² Ver, novamente, *Roberto Carlos e a biografia não-autorizada: um novo censor nas paradas*, de Karla Candeia, em 16.5.2007 (disponível no site www.cultura.gov.br).

⁴³ Declaração publicada no *O Globo Online* em 3.5.2007 sob o título *Paulo Coelho chama Roberto Carlos de infantil por vetar biografia*.

Certo é que exigir a autorização para qualquer biografia poderia significar a própria extinção do gênero, como enfatiza o depoimento do historiador José Murilo de Carvalho: “Confesso que quando vejo na capa de um livro ‘biografia autorizada’, eu não abro o livro. Não tem valor: a biografia autorizada é uma fraude porque está dizendo que o biógrafo está escrevendo aquilo que o biografado gostaria que ele escrevesse.”⁴⁴ Por outro lado, não resta dúvida de que o interesse legítimo à informação limita-se aos aspectos públicos da vida da celebridade biografada, e que tudo que transpasse esta fronteira pode possuir, sim, uma utilidade informativa, relacionada à formação do caráter e da personalidade do ídolo, mas que deve ser cuidadosamente ponderada em face da intenção do retratado. A vida privada do Mago lhe pertence e, ainda que ele decida fazê-la desaparecer, este truque deve ser, na medida do possível, um ato pessoal de exercício da própria autonomia, não uma imposição de terceiros ou da sociedade como um todo.

Diversa, sob o ponto-de-vista jurídico, é a polêmica deflagrada por outra biografia que alcançou o Poder Judiciário. Manoel dos Santos, o Mané Garrincha, foi tema do livro *A Estrela Solitária*, de Ruy Castro, que, no entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, não se limitou “a relatar o futebol de Garrincha, a habilidade que o tornou um mito mundial, suas proezas nos gramados e vitórias nos campeonatos; infelizmente foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão Manoel dos Santos e apequenando a sua imagem... Nem mesmo a intimidade de sua vida familiar foi poupada”.⁴⁵ A invasão da privacidade, identificada pela corte, não foi invocada pelo já falecido gênio das pernas tortas, mas por suas filhas, segundo as quais a obra “agride com tamanha violência a intimidade do ídolo mundial” que chega a descrever “de modo chulo” as “particularidades físicas da genitália de Garrincha, tudo isso com o objetivo de tornar atraente o livro e alcançar o lucro objetivado pela ré (editora) e seus sócios nessa lamentável empreitada”.⁴⁶

⁴⁴ Ainda uma vez, *Roberto Carlos e a biografia não-autorizada: um novo censor nas paradas*, de Karla Candeia, em 16.5.2007 (disponível no site www.cultura.gov.br).

⁴⁵ Trecho da lavra do Desembargador Sergio Cavalieri Filho, ao relatar o agravo regimental interposto contra a liminar que concedeu, no âmbito de mandado de segurança, a busca e apreensão dos exemplares disponíveis ao público (transcrito no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do REsp 521.697/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 16.2.2006, publicado em *RSTJ* vol. 201, p. 449).

⁴⁶ Notícia publicada no site do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br), em 17.2.2006, sob o título *Companhia das Letras terá de indenizar herdeiras de Garrincha por biografia*.

Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça, analisando o caso Garrincha, concluiu que, embora os direitos da personalidade sejam intransmissíveis, nem por isso “deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta”. Com isto, reconheceu às autoras da demanda direito à indenização por danos materiais e morais decorrentes do uso não-autorizado da imagem do craque, em decisão que se preocupou em mesclar deliberadamente a revelação da intimidade (ou privacidade) do futebolista com um suposto atentado à honra e à reputação do biografado, e de suas filhas, a fim de justificar o ressarcimento, sem que se enfrentasse o aspecto efetivamente controvertido do caso: a continuidade pós-morte ou não da proteção ao direito personalíssimo da privacidade.⁴⁷

Os conflitos acima retratados não devem sugerir que a privacidade limita-se a este “direito a ser deixado só”. A privacidade nasce, é verdade, sob esta insígnia individualista, inspirada pela lógica segregacionista, pela lógica proprietária – “não se entra na propriedade, não se entra na vida privada”⁴⁸ –, mas acaba por se converter em um direito mais amplo, de caráter social, que abrange hoje especialmente o direito à proteção de dados pessoais. Bem mais sub-reptícia que a intromissão na intimidade doméstica de uma pessoa é a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou simplesmente coletados de forma aparentemente inofensiva. Nas palavras de Danilo Doneda, “nossos dados, estruturados de forma a significarem para determinado sujeito uma nossa representação virtual – ou um *avatar* –, podem ser examinados no julgamento de uma concessão de uma linha de crédito, de um plano de

⁴⁷ Assim, registrou o hábil acórdão do Superior Tribunal de Justiça em suas razões: “Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.” (STJ, REsp 521.697/RJ, cit.).

⁴⁸ Stefano Rodotà, *Intervista su Privacy e Libertà*, Paolo Conti (org.), Roma-Bari: Laterza, p. 8. O ex-Presidente da *Autorità garante per la protezione dei dati personali*, explica a gênese eminentemente burguesa do conceito de privacidade, a partir do artigo *The Right to Privacy*, de Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado na *Harvard Law Review* em 1890. Warren teria sido motivado pelo destaque exagerado – embora não difamatório – que os jornais de Boston reservavam à vida social de sua mulher. Amigo de Warren, e co-autor do ensaio, Brandeis se tornaria, em 1916, o primeiro judeu a ser indicado para a Suprema Corte dos Estados Unidos, onde permaneceria até 1939, destacando-se como um de seus membros mais progressistas.

saúde, a obtenção de um emprego, a passagem livre pela alfândega de um país, além de tantas outras hipóteses.”⁴⁹

Recorde-se, entre tantos exemplos pitorescos, o uso de informações extraídas do Orkut em entrevistas de emprego, ou, ainda, os abusos perpetrados nos Estados Unidos na composição da *no-fly list* (oficialmente, *Terrorist Watch List*),⁵⁰ onde foi incluído o professor emérito da Universidade de Princeton, Walter F. Murphy, sem nenhuma razão aparente além de críticas dirigidas contra o Governo Bush.⁵¹ A lista de vítimas de inclusão inteiramente injustificada na *no-fly list* é extensa e abrange desde celebridades como o cantor *pop* Cat Stevens, convertido ao Islamismo, ao fuzileiro naval Daniel Brown, que, retornando uniformizado do Iraque, onde havia combatido por oito meses, foi impedido, durante escala no aeroporto de Los Angeles, de embarcar em um vôo para sua terra natal, Minneapolis.⁵²

Em todas estas hipóteses, a tutela da privacidade vem exigir meios que transcendam a mera proteção negativa – não-intromissão na vida privada, não-obtenção de dados etc. –, para exigir, diante da inevitabilidade da coleta de dados pessoais, comportamentos positivos, que imponham a verificação de autenticidade das informações, sua correção, seu seguro armazenamento, sua utilização limitada à finalidade específica para a qual são fornecidos, sua avaliação não-discriminatória e assim por diante.

Em vez de se concentrar sobre a pluralidade de remédios exigidos para a proteção da privacidade e dos dados pessoais, em face destas novas controvérsias, o

⁴⁹ Danilo Doneda, *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 2.

⁵⁰ Criada em 1990, a lista contém os nomes de passageiros que, por representarem risco para a segurança nacional dos Estados Unidos, devem ser impedidos de embarcar ou submetidos a medidas adicionais de controle. Inicialmente administrada pelo FBI, a lista passou, na esteira do *USA Patriot Act*, aprovado em 26 de outubro de 2001 (menos de seis semanas após o ataque terrorista de 11 de setembro), a ser de competência da TSA (*Transportation Security Administration*), atualmente integrante do *United States Department of Homeland Security*. A existência da *no-fly list*, negada de início, foi oficialmente reconhecida em outubro de 2002.

⁵¹ Em seu relato do acontecimento, o Professor Murphy registrou a curiosa pergunta que lhe foi feita por um funcionário da companhia aérea após checar sua identificação: “*Have you been in any peace marches? We ban a lot of people from flying because of that.*” (*Fascist America, in 10 easy steps*, substancioso ensaio de Naomi Wolf, publicado em 24 de abril de 2007, no jornal *The Guardian*).

⁵² Os demais fuzileiros que o acompanhavam recusaram-se a partir até que o impasse restasse solucionado, em uma inusitada reedição do companheirismo militar: “– ‘*We don't leave anybody behind,*’ said Marine 1st Sgt. Drew Benson. ‘*We start together, and we finish together.*’” (*‘No-fly’ list delays Marine's Iraq homecoming*, reportagem da *Associated Press*, publicada em 12 de abril de 2006).

Código Civil de 2002 preferiu fazer constar de seu art. 21 o retumbante preceito de que “a vida privada da pessoa natural é inviolável”.⁵³ Não é. A mera observação da vida cotidiana revela a violação sistemática da privacidade. E, freqüentemente, com razão. O passageiro compelido a permitir a inspeção de sua bagagem de mão pelo raio X de um aeroporto tem, inegavelmente, violada a sua privacidade, mas compreenderá facilmente que tal violação justifica-se, na situação concreta, pelo direito de todos os passageiros, inclusive o próprio, à segurança nos aviões. Todavia, se guardas do aeroporto de Miami decidem, como noticiou a imprensa, inspecionar os espaços internos do gesso que envolve o braço de uma menina brasileira de 9 anos, então, ter-se-á na esfera privada da criança uma interferência excessiva, abusiva.⁵⁴

Embora prosaicos, os exemplos revelam que a privacidade se sujeita, como outros interesses existenciais, a ponderações que, à luz das circunstâncias concretas, a fazem ora prevalecer, ora assentir com a prevalência de outros interesses que, também voltados à proteção da pessoa humana, mostram-se dignos em abstrato de igual proteção. Também neste particular falhou, portanto, o legislador de 2002 ao declarar a tão solene quanto irreal inviolabilidade do direito à privacidade, quando melhor figura faria se ocupando das múltiplas manifestações da privacidade, dos fatores relevantes para sua ponderação com outros interesses, ou ainda dos remédios específicos disponíveis à sua tutela. Em matéria de proteção da vida privada e de dados pessoais, ao intérprete caberá o papel outrora reservado a Grazi Massafera.

5. À guisa de conclusão. A igreja do diabo e o problema da limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade. Franjas de seda em capas de algodão.

Em conto astuto, Machado de Assis retrata a empreitada do Diabo, que se sentindo “humilhado com o papel avulso que exercia desde séculos, sem organização,

⁵³ A origem do comando pode ser identificada no texto constitucional, cujo art. 5º, inciso X, considera “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.” Todavia, se, ali, a redação assume o caráter genericamente protetivo, natural em uma carta constitucional, a sua repetição literal no art. 21 do Código Civil se afigura, além de inútil, incompatível com o maior grau de concretude que se espera da normativa infraconstitucional.

⁵⁴ Noticiou Ancelmo Góis no jornal *O Globo*, edição de 21 de agosto de 2005: “Veja a que ponto chegou a paranóia americana. Uma brasileirinha de 9 anos foi minuciosamente revistada por dez minutos no aeroporto de Miami porque desconfiaram do... gesso em seu braço!”.

sem regras, sem cânones, sem ritual, sem nada”, decide criar uma igreja para “combater as outras religiões, e destruí-las de uma vez.”⁵⁵ Na construção da sua dogmática, o Diabo adota como pedra fundamental a venalidade: “Um casuísta do tempo chegou a confessar que era um monumento de lógica. A venalidade, disse o Diabo, era o exercício de um direito superior a todos os direitos. Se tu podes vender a tua casa, o teu boi, o teu sapato, o teu chapéu, coisas que são tuas por uma razão jurídica e legal, mas que, em todo o caso, estão fora de ti, como é que não podes vender a tua opinião, o teu voto, a tua palavra, a tua fé, coisas que são mais do que tuas, porque são a tua própria consciência, isto é, tu mesmo?”⁵⁶

O diabólico raciocínio não seduziu o constituinte brasileiro. A clara supremacia dos valores existenciais, corporificados na tutela da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III), impõe da parte do intérprete a constante vigilância para que os atributos da personalidade não venham tratados sob a ótica patrimonialista que, há séculos, caracteriza a leitura do direito civil. Em matéria de direitos da personalidade, incumbe ao jurista brasileiro não permitir que a venalidade se torne uma falha venial. Somente a segura distinção entre a lógica do *ter* e a do *ser* pode tutelar adequadamente a pessoa humana, de modo a cumprir, plenamente, o elevado projeto constitucional.

Ao olhar mais atento, tal missão pode, contudo, parecer quixotesca. A cotidiana renúncia ao exercício de direitos da personalidade está por toda parte com *reality shows* protagonizados por quem aceita, com prazer, a veiculação pública da sua vida privada, ou ainda com *sites de relacionamento* em que milhares de pessoas expõem, diariamente, a sua intimidade. Big Brother, Orkut, e tantas outras novas palavras já fazem parecer antigo e até senil o discurso de que os interesses existenciais são indisponíveis ou irrenunciáveis. Ainda mais drástico, e novamente fantasioso, foi o Código Civil de 2002 ao declarar em seu art. 11:

⁵⁵ Machado de Assis, *A Igreja do Diabo*, in *Contos Consagrados*, Ediouro – Coleção Prestígio, disponível em www.biblio.com.br.

⁵⁶ Machado de Assis, *A Igreja do Diabo*, cit.

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Não há dúvida de que limitações voluntárias ao exercício dos direitos da personalidade são admitidas de forma pontual em casos contra os quais, por razões diferenciadas, o sentimento social não investe. O que deve o direito vedar é que tal limitação decorra não do exercício de outro aspecto da dignidade humana – a liberdade de autodeterminação pessoal –, mas de propósitos patrimoniais, lucrativos, comerciais, especialmente se cultivados no terreno da necessidade, da vulnerabilidade ou, pior ainda, da miséria. Certo que, ainda assim, casos controvertidos avultam, já que os interesses existenciais ou patrimoniais nem sempre aparecem de forma cristalina nas demandas judiciais, e a complexidade da vida não raro transborda os limites estreitos da qualificação jurídica. A solução, já então necessariamente particular, há de se buscar, também aqui, no balanceamento e ponderação dos múltiplos interesses envolvidos, sem que se contente nunca o magistrado com o caprichoso argumento da vontade. A trajetória do direito privado contemporâneo tem sido justamente a de atenuar os contornos absolutos emprestados pelo individualismo jurídico à vontade humana, enquanto elemento legitimador das posições assumidas pela pessoa nas relações privadas, de tal modo que ao intérprete incumbe perquirir aquilo que a vontade oculta, os interesses que a dominam, e proceder à efetiva ponderação entre tais interesses e outros contra os quais o ato voluntário se choca.

Exemplo conhecido é o de Monsieur Wackenheim, que, na cidade francesa de Morsang-sur-Orge, protagonizava, mediante remuneração, a insólita modalidade de lazer intitulada *lancer de nain* (lançamento de anão). O Conselho de Estado manteve a proibição municipal emitida contra tal atividade com base na proteção à dignidade humana, embora o próprio Wackenheim alegasse que seu direito ao trabalho – parte também integrante da sua dignidade – não lhe vinha, na prática, assegurado pelo mesmo Estado que agora pretendia desempregá-lo com a proibição daquela atividade. Das diversas premissas da decisão se extrai a necessidade de

proteção do indivíduo contra si mesmo, contra os efeitos da sua liberdade, e especialmente da sua liberdade de contratar.⁵⁷

O grandioso precedente, longe de esgotar a discussão, revela o antagonismo inerente aos *hard cases* desta espécie, a revelar não raro aspectos conflitantes diante dos quais o jurista deve empregar o método ponderativo em sua mais genuína essência. No balanceamento de interesses contrapostos, há de identificar as circunstâncias relevantes a cada conflito, não podendo eximir-se aí de uma sensibilidade que se poderia dizer quase literária. E bem ensina a literatura a se transcender as meras aparências, como no aludido conto de Machado de Assis, que se conclui com o absoluto sucesso da igreja do Diabo. Em suas palavras: “Todas as virtudes cuja capa de veludo acabava em franja de algodão, uma vez puxadas pela franja, deitavam a capa às urtigas e vinham alistar-se na igreja nova. Atrás foram chegando as outras, e o tempo abençoou a instituição. A igreja fundara-se; a doutrina propagava-se; não havia uma região do globo que não a conhecesse, uma língua que não a traduzisse, uma raça que não a amasse.” Conta Machado que, um dia, porém, descobriu o Diabo que muitos dos seus fiéis, às escondidas, praticavam as antigas virtudes – “certos glutões recolhiam-se a comer frugalmente três ou quatro vezes por ano, justamente em dias de preceito católico; muitos avaros davam esmolas, à noite, ou nas ruas mal povoadas; vários dilapidadores do erário restituíam-lhe pequenas quantias” –, e, assombrado com aquilo, dirigiu-se a Deus, que o ouviu “com infinita complacência; não o interrompeu, não o repreendeu, não triunfou, sequer, daquela agonia satânica. Pôs os olhos nele, e disse: – Que queres tu, meu pobre Diabo? As capas de algodão têm agora franjas de seda, como as de veludo tiveram franjas de algodão. Que queres tu? É a eterna contradição humana.”⁵⁸

Ao longo deste ensaio, viu-se como a roupagem do Código Civil de 2002 deixou a descoberto inúmeros aspectos e problemas atinentes aos direitos da personalidade. Em sua rigidez e excesso de apego à técnica da subsunção, a vestimenta normativa não se mostra nem longa, nem flexível o suficiente para cobrir as estonteantes nuances que se combinam nos conflitos atinentes à personalidade. Com

⁵⁷ O inteiro teor da decisão do Conselho de Estado, de 27 de outubro de 1995, pode ser consultado no site da *Revue de l'Actualité Juridique Française* (www.rajf.org).

⁵⁸ Machado de Assis, *A Igreja do Diabo*, cit.

alguma simpatia, entretanto, o intérprete há de encontrar neste esvoaçante tecido da codificação a franja de seda, que, puxada, revelará, sob as rendas ludibriosas da literalidade, a nudez sublime da finalidade legislativa – a proteção da dignidade humana, em toda a sua rica multiplicidade e até no seu intrínseco antagonismo.