

Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem

GILMAR FERREIRA MENDES

Muito se tem discutido entre nós sobre os limites de liberdade de imprensa e da liberdade artística em relação aos direitos de personalidade, especialmente em relação ao direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

Afirma-se, muitas vezes de forma categórica, que, tendo a Constituição estabelecido a proibição de censura, não poderia a autoridade pública, no caso, órgão do Poder Judiciário, intervir para evitar a divulgação de notícias ou obra artística lesiva aos direitos de personalidade de qualquer cidadão. Sustenta-se que, nesse caso, eventual abuso haveria de resolver-se em perdas e danos.

Significa dizer que, após a *violação* do direito tido pela Constituição como *inviolável*, poderá o eventual atingido pedir a reparação pela lesão sofrida.

Diante dos termos peremptórios em que se encontra formulado o art. 5.º, X, da Constituição — *são invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas (...)* —, parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido. A referência que consta da parte final do dispositivo — *assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação* — somente pode dizer respeito aos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade.

Esse entendimento mostra-se tão evidentemente correto que mais parece a enunciação de um truísmo. Ou, como diria o Conselheiro Acácio, *aquilo que é inviolável não pode ser violado*.

Mais ainda. Se a Constituição assegura não só a inviolabilidade do direito, mas também a

Gilmar Ferreira Mendes, Procurador da República, é Mestre em Direito pela UnB e Doutor em Direito pela Universidade da Münster – RFA.

efetiva proteção judiciária contra lesão ou ameaça de lesão a direito (CF, art. 5.º, XXXV), não poderia o Judiciário intervir para obstar a configuração da ofensa definitiva, que acaba acarretando danos efetivamente irreparáveis? Que significaria a garantia de proteção judiciária efetiva contra lesão ou ameaça de lesão a direito se a intervenção somente pudesse se dar após a configuração da lesão? Pouco, certamente, muito pouco!

Não é verdade, ademais, que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Já a fórmula constante do art. 220 da Constituição explicita que “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

É fácil de ver, pois, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Mais expressiva, ainda, parece ser, no que tange à liberdade de informação jornalística, a cláusula contida no art. 220, § 1.º, segundo a qual “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV”.

Como se vê, a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista sobretudo a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa.

Tem-se, pois, aqui expressa *reserva legal qualificada*, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a

preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.

Essas colocações não de servir, pelo menos, para demonstrar que o tema não pode ser tratado da maneira simplista ou até mesmo simplória, como vem sendo apresentado até por alguns juristas.

Como se vê, há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada *colisão de direitos fundamentais* (*Grundrechtskollision*).

É fecunda a jurisprudência da Corte Constitucional alemã sobre o assunto, especialmente no que se refere ao conflito entre a liberdade de imprensa ou a liberdade artística e os direitos da personalidade, como o direito à honra e à imagem. Ressalte-se, ainda, que, tal como o ordenamento constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn proíbe, expressamente, a censura à imprensa (LF, art. 5.º, I).

A propósito da problemática, mencionem-se duas decisões importantes proferidas pela Corte Constitucional alemã.

Na decisão de 24 de fevereiro de 1971, relativa à publicação do romance *Mephisto*, de Klaus Mann, reconheceu-se o conflito entre o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade enquanto derivações do princípio da dignidade humana¹. O filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen postulou perante a justiça estadual de Hamburgo a proibição da publicação do romance *Mephisto* com o argumento de que se cuidava de uma biografia depreciativa e injuriosa da memória de Gründgen, caricaturado no romance na figura de Hendrik Höfgen. O tribunal estadual de Hamburgo julgou improcedente a ação. O romance foi publicado em setembro de 1965 com uma advertência aos leitores, assinada por Klaus Mann, afirmando que “todas as pessoas deste livro são tipos, não retratos de personalidade” (*Alle Personen dieses Buchs stellen Typen dar, nicht Porträts*. K. M.).

Com fundamento em uma medida liminar deferida pelo Tribunal Superior de Hamburgo, acrescentou-se à publicação uma advertência aos leitores na qual se enfatizava que, embora constassem referências a pessoas, as persona-

1. BVerfGE 30, 173.

gens haviam sido conformadas, fundamentalmente, pela "fantasia poética do autor" (*dichterrische Phantashie des Verfassers*)².

Posteriormente, concedeu o tribunal o pedido de proibição da publicação, tanto com fundamento nos direitos subsistentes de personalidade do falecido teatrólogo, quanto em direito autônomo do filho adotivo. Como o público dificilmente poderia distinguir entre poesia e realidade, sendo mesmo levado a identificar na personagem Höfgen a figura de Gründgen, não havia como deixar de reconhecer o conteúdo injurioso das afirmações contidas na obra³. O direito de liberdade artística não teria precedência sobre os demais direitos, devendo, por isso, o juízo de ponderação entre a liberdade artística e os direitos de personalidade ser decidido, na espécie, em favor do autor⁴.

O Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) rejeitou a revisão interposta sob a alegação de que o direito de liberdade artística encontra limite imanente (*immanente Begrenzung*) no direito de personalidade assegurado constitucionalmente⁵. Esses limites são violados se, a pretexto de descrever a vida ou a conduta de determinadas pessoas, se atribui a elas prática de atos negativos absolutamente estranhos à sua biografia, sem que se possa afirmar, com segurança, que se cuida, simplesmente, de uma imagem hiperbólica ou satírica⁶.

A editora recorrente sustentou na *Verfassungbeschwerde* impetrada que as decisões dos tribunais violavam os artigos 1, 2, I, 5, I e III, 14 (direito de propriedade) e 103, I, todos da Lei Fundamental, bem como os postulados da proporcionalidade e da segurança jurídica.

O Tribunal Constitucional reconheceu que a descrição da realidade integra o âmbito de proteção do direito de liberdade artística, isto é, a chamada arte engajada não estaria fora da proteção outorgada pelo art. 5.º, III, da Lei Fundamental⁷.

A ementa do acórdão fornece boa síntese dos fundamentos da decisão:

2. BVerfGE 30, 173 (177).
3. BVerfGE 30, 173 (178).
4. BVerfGE 30, 173 (178).
5. BVerfGE 30, 173 (181).
6. BVerfGE 30, 173 (181).
7. BVerfGE 30, 173 (190-191).

"N.º 16

1. Art. 5.º, III, 1.º período da Lei Fundamental representa uma norma básica da relação entre o Estado e o meio artístico. Ele assegura, igualmente, um direito individual

2. A garantia da liberdade artística abrange não só a atividade artística, como a apresentação e a divulgação das obras de arte.

3. O direito de liberdade artística protege também o editor.

4. À liberdade artística não se aplicam nem a restrição do art. 5.º, II, nem aquela contida no art. 2.º, I, 2.º período.

5. Um conflito entre a liberdade artística e o âmbito do direito de personalidade garantido constitucionalmente deve ser resolvido com fulcro na ordem de valores estabelecida pela Lei Fundamental; nesse sentido, há de ser considerada, particularmente, a garantia da inviolabilidade do princípio da dignidade humana consagrada no art. 1, I" (Decisão da Corte Constitucional, vol. 30, p. 173).

Reconheceu-se, pois, que, embora não houvesse reserva legal expressa, o direito de liberdade artística não fora assegurado de forma ilimitada. A garantia dessa liberdade, como a de outras constitucionalmente asseguradas, não poderia desconsiderar a concepção humana que balizou a Lei Fundamental, isto é, a idéia de homem como personalidade responsável pelo seu próprio destino, que se desenvolve dentro da comunidade social⁸.

O não-estabelecimento de expressa reserva legal ao direito de liberdade artística significa que eventuais limitações deveriam decorrer, diretamente, do texto constitucional. Enquanto elemento integrante do sistema de valores dos direitos individuais, o direito de liberdade artística estava subordinado ao princípio da dignidade humana (LF, art. 1.º), que, como princípio supremo, estabelece as linhas gerais para os demais direitos individuais⁹. O modelo de ser humano, pressuposto pelo art. 1.º, I, da Lei Fundamental, conformaria a garantia constitucional de liberdade artística, bem como esta seria influenciada, diretamente, pela

8. BVerfGE 30, 173 (193).
9. BVerfGE 30, 173 (193).

concepção axiológica contida no art. 1.º, I^o.

No caso em apreço, considerou-se que os tribunais não procederam a uma aferição arbitrária dos interesses em conflito, mas, ao revés, procuraram avaliar, de forma cuidadosa, os valores colidentes, contemplando, inclusive a possibilidade de determinar uma proibição limitada do romance (publicação com esclarecimento obrigatório)¹¹.

Contemple-se, por derradeiro, o chamado “caso Lebach”, de 5 de junho de 1973, no qual se discutiu problemática concernente à liberdade de imprensa face aos direitos de personalidade. Cuidava-se de pedido de medida liminar formulado perante tribunais ordinários por um dos envolvidos em grave homicídio — conhecido o “assassinato de soldados de Lebach” — *Der Soldatenmord von Lebach* — contra a divulgação de filme, pelo Segundo Canal de Televisão (*Zweites Deutsches Fernsehen — ZDF*), sob a alegação de que, além de lesar os seus direitos de personalidade, a divulgação do filme, no qual era citado nominalmente, dificultava a sua ressocialização. O Tribunal estadual de Mainz e, posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz não acolheram o pedido de liminar, entendendo, fundamentalmente, que o envolvimento no crime fez com que o impetrante se tornasse uma personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração¹².

Eventual conflito entre a liberdade de imprensa, estabelecida no art. 5.º, I, da Lei Fundamental, e os direitos de personalidade do impetrante, principalmente o direito de ressocialização, haveria de ser decidido em favor da divulgação da matéria, que correspondia ao direito de informação sobre tema de inequívoco interesse público¹³.

O recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) foi interposto sob alegação de ofensa aos artigos 1.º, I (inviolabilidade da dignidade humana), e 2.º, I, (...) da Lei Fundamental.

A Corte Constitucional após examinar o documentário e assegurar o direito de manifestação do Ministério da Justiça, em nome do Governo Federal, do Segundo Canal de Tele-

visão, do Governo do Estado da Renânia do Norte-Vestfália, a propósito do eventual processo de ressocialização do impetrante na sua cidade natal, do Conselho Alemão de Imprensa, da Associação Alemã de Editores, e ouvir especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada, proibindo a divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa ao nome do impetrante¹⁴.

Ressaltou o Tribunal que, ao contrário da expressão literal da lei, o direito à imagem não se limitava à própria imagem, mas também às representações de pessoas com a utilização de atores¹⁵.

Considerou, inicialmente, o Tribunal que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e os direitos da personalidade) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal (*freiheitlich demokratische Ordnung*) estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão.

Em apertada síntese, concluiu a Corte Constitucional:

“Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

A proteção da personalidade não autoriza que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e a esfera íntima do autor de um crime ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias

10. BVerfGE 30, 173 (195).

11. BVerfGE 30, 173 (199).

12. BVerfGE 35, 202 (207).

13. BVerfGE 35, 202 (207-208).

14. BVerfGE 35, 202 (204).

15. BVerfGE 35, 202 (224).

sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional, ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social”¹⁶.

No processo de *ponderação* desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos

criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade¹⁷.

Como demonstrado, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5.º, X.

Portanto, tal como no direito alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos de personalidade, especialmente do direito à honra e à imagem, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de informação.

16. BVerfGE 35, 202 (203).

17. Cf., a propósito, Rüter, Wolfgang, Grundrechtskonflikte, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. II, p. 469.