

1377 BIBLIOTECA

dições pessoais do juiz, seus sentimentos, sua formação, seu grau de independência, seu caráter e, de certo modo, sua própria vontade. Dirigir a força deste componente na direção de sentenças socialmente eficazes é atividade que dependerá, única e exclusivamente, dos padrões de compromisso pessoal do juiz para com o direito e a sociedade.

4. Conclusão

Em suma: as normas do direito têm, por sua própria natureza, uma vocação prospectiva e transformadora da sociedade. Visto sob

este enfoque, o direito somente alcançará efetiva realização quando operar transformações no plano da realidade, aproximando-a do ideal normativo. Caberá, portanto, aos operadores do direito e, de modo especial, ao Poder Judiciário — que é seu operador por excelência — interpretá-lo e aplicá-lo pelo modo que proporcione, em grau o mais elevado possível, os resultados sociais previstos idealmente pelo legislador. Com isso e só assim o direito estará consagrado como instrumento legítimo de regulação do Estado e da sociedade.

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 truismo. 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

²⁴ CALAMANDREI, Piero, in *Estudios sobre el Proceso Civil*. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1986, v. III, pp. 235/236.

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, mencionam-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 *Verfassungsbeschwerde* 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, 1.º (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)¹⁰.

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 alteração¹¹.

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 público¹².

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-

10. BVerfGE 30, 173 (195).

11. BVerfGE 30, 173 (199).

12. BVerfGE 35, 202 (207).

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

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

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.

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

16. BVerfGE 35, 202 (203).

COLISÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS
ANOTAÇÕES A PROPÓSITO DA OBRA DE EDILSON
PEREIRA DE FARIAS

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República, Doutor em Direito, Professor Adjunto – Direito Público
da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

A doutrina constitucional brasileira vem-se ocupando, nos últimos tempos, da problemática relativa aos direitos fundamentais. Trata-se, sem dúvida, de iniciativa que deve ser fortemente estimulada, até porque isto se coloca no contexto de um esforço desenvolvido com vistas a colmatar *deficits* evidentes de nossa dogmática constitucional.

A Universidade de Brasília – UnB – tem participado ativamente desse esforço, sobretudo nas discussões travadas no âmbito do Curso de Mestrado em Direito e Estado e na elaboração de dissertações que enfocam temas específicos de direitos fundamentais.

Um exemplo digno desse esforço é a obra de Edilson Pereira de Freitas sobre o difícil tema da colisão entre direitos fundamentais (Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1996), apresentada, inicialmente, como dissertação de Mestrado (dezembro de 1995) e aprovada com distinção.

Como o leitor atento poderá constatar, antes de enfrentar a complexa questão da colisão de direitos fundamentais, especialmente da colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem e à liberdade de informação e de expressão, dedicou o autor atenção especial ao princípio da dignidade humana, procedendo a rigoroso estudo sobre o seu significado para a ordem constitucional.

Após percuente desenvolvimento, que envolve a classificação dos princípios e a distinção entre regras e princípios, assenta o autor a seguinte conclusão sobre o princípio da dignidade humana para a ordem constitucional brasileira:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo Título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5.º), dos direitos sociais (arts. 6.º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17).

Ademais, *aquele princípio funcionaria como uma cláusula aberta no sentido de respaldar o surgimento de direitos novos não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais*

em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5.º, § 2.º. Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.

O segundo capítulo da obra é dedicado, fundamentalmente, a explicitar a estrutura das normas de direitos fundamentais, contemplando-se, em sua parte final, o problema da colisão entre direitos fundamentais, contemplando-se, em sua parte final, o problema da colisão entre direitos fundamentais. Enunciam-se aqui temas relevantes da estrutura dos direitos fundamentais: 1) a reserva ou restrição legal a direitos fundamentais e normas legais de caráter configurativo, referentes às chamadas garantias institucionais; 2) a difícil discussão sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a necessidade de compatibilização das diversas teorias (absoluta, relativa, objetiva ou subjetiva); 3) o significado dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, direitos e prestações (jurídicas ou materiais) e direitos de participação.

O último capítulo da obra trata exatamente da controvertida questão da colisão entre os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem e à liberdade de informação e de expressão. Também aqui o leitor encontrará uma abordagem arguta do tema, que, como demonstrado, tem importância singular para a dogmática dos direitos fundamentais.

Como focado no presente trabalho, tem-se autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual.¹ Em se tratando de direitos submetidos à reserva legal expressa, compe-

te ao legislador, primariamente, traçar os limites adequados, de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.

Quid juris, porém, quando a questão envolve direitos individuais não submetidos expressamente à norma restritiva?

Como observado, a liberdade de expressão artística e intelectual pode colidir com o direito à inviolabilidade da intimidade e da imagem ou outras manifestações do direito de personalidade de eventual atingido.²

A questão embaraçosa refere-se ao valor que há de prevalecer. Formulada de forma explícita: quais seriam as possibilidades de solução em caso de conflito entre a liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística (CF, art. 5.º, IX) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (CF, art. 5.º, X)?

É possível que uma das fórmulas alviadas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma *hierarquia* entre direitos individuais.³

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico.⁴

Assim, afirma-se, no direito alemão, que o postulado da dignidade humana (*Grundsatz der Menschenwürde*) integra

⁽²⁾ Cf., v.g., BVerfGE 30, 173 (193) (Mephisto).

⁽³⁾ Cf., a propósito, von Münch, Ingo, in: *Grundgesetz-Kommentar*, Vorbemerkung Art. 1-19, n. 46, p. 49.

⁽⁴⁾ Rübner, Grundrechtskonflikte, p. cit., p. 453 (462).

⁽¹⁾ Rübner, Wolfgang, Grundrechtskonflikte, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, Tübingen, 1976, p. 453 (461).

os princípios fundamentais da ordem constitucional (*tragende Konstitutionsprinzipien*) que balizam todas demais disposições constitucionais (LF, arts. 1.º, I e 79, III). A *garantia de eternidade* contida no art. 79, III, confere-lhe posição especial em face de outros preceitos constitucionais.⁵

Da mesma forma, tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos.⁶

Na tentativa de fixar uma regra geral, consagra Dürig a seguinte fórmula: *valores relativos às pessoas tem precedência sobre valores de índole material (Persongutwert geht vor Sachgutwert)*.⁷

A Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que *"tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente à restrição legal expressa"*.⁸

Ressalte-se, porém, que, tal como apontado no presente trabalho, o Tribunal Constitucional não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado dificilmente logra-se estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados.⁹ Ao revés, no juízo de ponderação

indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à *concordância prática (praktische Konhordanz)*, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.¹⁰

A propósito, refira-se a um dos casos de maior repercussão submetidos à Corte Constitucional alemã. No chamado *caso Lebach*, de 05.06.1973, 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 como 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 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 alteração.¹¹

Eventual conflito entre a liberdade de imprensa, estabelecida no art. 5, I, da Lei Fundamental de Bonn, 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 di-

reito de informação sobre matéria de inequívoco interesse público.¹²

O recurso constitucional (*Verfassungsschwerde*) foi interposto sob alegação de ofensa aos arts. 1, I (inviolabilidade da dignidade humana), e 2, 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 Televisão, 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, em audiência pública, especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada, determinando a proibição de divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa ao nome do impetrante.¹³

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 atores.¹⁴

Considerou o Tribunal, inicialmente, que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e os direitos de personalidade) configuravam 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 afigura-se 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, porém, que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificulta 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.¹⁵

Tal como ressaltado, no processo de ponderação não se atribui 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 personalidade.¹⁶

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláus-

⁽⁵⁾ Rübner, Grundrechtskonflikte, p. cit., p. 453 (462).

⁽⁶⁾ Rübner, Grundrechtskonflikte, p. cit., p. 453 (462).

⁽⁷⁾ Dürig, in: *Summum ius, Summa iniuria*, p. 84, apud Rübner, Grundrechtskonflikte, p. 462.

⁽⁸⁾ BVerfGE 28, 243 (261).

⁽⁹⁾ Cf., sobre o assunto, Rübner, Grundrechtskonflikte, p. 453 (465).

⁽¹⁰⁾ Cf., sobre o assunto, Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1988, p. 27.

⁽¹¹⁾ BVerfGE 35, 202 (207).

⁽¹²⁾ BVerfGE 35, 202 (207-208).

⁽¹³⁾ BVerfGE 35, 202 (204).

⁽¹⁴⁾ BVerfGE 35, 202 (224).

⁽¹⁵⁾ BVerfGE 35, 202 (203).

⁽¹⁶⁾ Cf., a propósito, Rübner, Grundrechtskonflikte, p. 453 (469).

sulas pétreas (CF, art. 60, § 4.º), não há dúvida de que, tal como apontado na obra de Edilsom Pereira Farias, assumem peculiar relevo, entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido como fundamento da própria ordem constitucional (CF, art. 1.º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (*inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade*).

Edilsom Pereira de Farias, após analisar detidamente algumas manifestações de diferentes Cortes Constitucionais, resalta que, “na solução da colisão entre os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de um lado, e a liberdade de expressão e informação, de outro, os tribunais constitucionais têm partido da *preferred position* em abstrato dessa liberdade em razão de sua valoração como condição indispensável

para o funcionamento de uma sociedade aberta”. De qualquer sorte, a aplicação dessa *preferred position* estaria submetida a certos requisitos: “a) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), pois não se justifica a valoração referente da liberdade de expressão e de informação quando essa liberdade se referir ao âmbito *inter privato* dos assuntos ou sujeitos; b) o cumprimento do limite interno de veracidade (atitude diligente do comunicado no sentido de produzir uma notícia correta e honesta), pois a informação que revele manifesto desprezo pela verdade ou seja falsa perde a presunção que tem a seu favor”.

Não há dúvida de que a relevância do tema para a moderna dogmática do Direito Constitucional e a pesquisa cuidadosa e séria desenvolvida pelo autor da dissertação fazem da presente obra referência obrigatória para todo e qualquer estudioso do tema dos direitos fundamentais entre nós.

(5)

(6)

(7)

(8)

(9)