

# Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade na Alemanha e no Brasil – aplicações ao Direito midiático

*Heliana Maria Coutinho Hess*<sup>1,2</sup>

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** Apontamentos sobre o Princípio da Proporcionalidade na Alemanha e no Brasil. 1. Introdução. 2. Histórico e conceito. 3. Proporcionalidade na lei fundamental e na doutrina alemã. 4. A ponderação em terras brasileiras: entre o razoável e o proporcional. 5. Interpretação e aplicação da proporcionalidade. 6. Direitos da personalidade e liberdade de imprensa. 6.1. Caso Caroline de Mônaco (Hannover). 6.2. O caso Daniella Cicarelli. 6.3. Caso do Romance Esra. 6.4. O caso das biografias não autorizadas. 7. Conclusão. Bibliografia.

**Resumo:** O artigo pretende comparar o princípio da proporcionalidade, histórico, conceito e elementos da doutrina e jurisprudência alemã e brasileira. Analisa a aplicação desse princípio para ponderar os direitos da personalidade e da liberdade de expressão e imprensa. São apresentados casos paradigmáticos e contemporâneos de ambos os países.

**Palavras-chave:** Princípio da Proporcionalidade. Ponderação de Interesses. Necessidade. Adequação. Proporcionalidade *stricto sensu*. Direito da Personalidade. Liberdade de Imprensa. Mídia e redes sociais.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutora em Direito Público (USP), Pós-Doutora em Ciência Política (UNICAMP), Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo.

<sup>2</sup> Com a colaboração de Rodolfo Mazzini Silveira, graduando em Direito pela USP e estagiário do Tribunal de Justiça de São Paulo.

**Abstract:** This article aims to compare the principle of proportionality, its origins, concept and elements in Brazilian and German doctrine and case law. It analyses the application of the principle to balance the personality rights against the freedoms of expression and press. It presents paradigmatic and contemporaneous cases in both countries.

**Keywords:** Principle of proportionality. Interests balancing. Necessity. Adequacy. Proportionality *stricto sensu*. Personality rights. Freedom of press. Midia and social networks.

## 1. Introdução

Na Era da Informação, o princípio da proporcionalidade tem-se revelado na análise e julgamento dos casos concretos, por meio da escolha entre princípios constitucionais. Na evolução histórica desses julgamentos, observa-se a colisão entre a proteção de direitos fundamentais, liberdade de informação e atos da administração pública, na criação e regulação de normas no Estado de Direito Democrático.

O princípio da proporcionalidade surgiu após a Segunda Grande Guerra, na Alemanha, para afastar as restrições do Estado intervencionista e para a garantia dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BverfGE*) tem sido o protagonista em sua aplicação mediante a análise de constitucionalidade dos casos que são aceitos para julgamento por meio de queixas constitucionais (*Verfassungsbeschwerden*). Por meio do Princípio da Reserva Legal, o Tribunal Federal Alemão realiza o controle da constitucionalidade dos atos administrativos que forem desproporcionais e que visem afastar os direitos fundamentais, ferindo o Estado Social e Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais protegidos são principalmente: dignidade humana (art. 1, I-III, – *Menschenwürde*); liberdade de personalidade (art. 2, I-II – *Persönliche Freiheitsrechte*); igualdade perante a lei (art. 3, I-III – *Gleichheit vor dem Gesetz*); liberdade religiosa e orientação (art. 4, I-III – *Glaubens – und Gewissensfreiheit*); liberdade de pensamento, arte e ciência (art. 5, I-III – *Freiheit der Meinung, Kunst und Wissenschaft*, todos da Lei Fundamental – *Grundgesetz – GG/1949*).

No direito administrativo alemão, o princípio da proporcionalidade é muito aplicado com fundamento na reserva da lei mais

proporcional, para afastar os abusos dos atos administrativos ante a prevalência dos direitos fundamentais.

Quando se fala em princípio da proporcionalidade no direito constitucional alemão, parte-se do desenvolvimento da teoria interna dos direitos fundamentais na linha evolutiva traçada pela Lei Fundamental de 1949 e da interpretação do Tribunal Constitucional Federal.

Por isso, iremos nessa linha de abordagem traçar os fundamentos do princípio da proporcionalidade, ressaltando os principais elementos da jurisprudência constitucional para a análise de casos concretos (com foco no direito midiático): a adequação (*geeignetheit*), a necessidade (*notwendigkeit*) e a proporcionalidade (*Amgemesigkeit*). Os meios utilizados pelo administrador devem ser ao mesmo tempo adequados, necessários, proporcionais com os fins a serem alcançados (*Zweck-Mittel*).

A análise comparativa de casos julgados sobre a divulgação de fatos sobre pessoas públicas e notórias e de informações em mídia e redes sociais são exemplos a serem observados como pontos de convergência e divergência dos apontamentos que pretendemos ressaltar neste artigo.

## 2. Histórico e conceito

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se, principalmente, no âmbito do direito público (administrativo e constitucional). Os ensinamentos do professor de Direito Constitucional da Universidade de Munique, Heinrich Scholler, trazem a evolução do conceito de proporcionalidade:

[...] Na esfera jurídico-constitucional, onde o princípio implica uma vinculação do legislador, acabou alcançando reconhecimento doutrinário e jurisprudencial apenas com a vigência da atual Lei Fundamental da Alemanha, isto é, após 1949. Esta linha evolutiva, do direito administrativo para o constitucional, encontra explicação na circunstância de que, inicialmente, com base na idéia da soberania popular, o legislador era tido como juridicamente ilimitado. Esta concepção tinha validade geral e encontrou sua expressão mais significativa no princípio britânico, de acordo com o qual o

Parlamento pode fazer tudo, menos transformar um homem numa mulher e uma mulher num homem (“*The Parliament can do anything, but not change a man into a woman or a woman into a man*”). Isto significava que apenas a lei natural poderia limitar o soberano, isto é, o legislador democraticamente eleito. Enquanto o legislador atuava nos limites de suas competências constitucionais, inexistia qualquer vinculação. O postulado de que a lei é genérica e abstrata, valendo para todos, não traduzia, em verdade, a idéia de vinculação do legislador, mas integrava a própria definição de lei.<sup>3</sup>

Neste sentido, somente com a evolução dos direitos fundamentais e com a aplicação aos casos mais complexos de restrições aos direitos da personalidade por intervenção da administração pública, foi sendo desenvolvida a teoria do princípio da proporcionalidade, que partia do princípio da “reserva da lei” adequada e necessária para o da “reserva da lei mais proporcional”, com escolha da melhor solução para os fins do Estado de Direito<sup>4</sup>.

A evolução dos direitos fundamentais no pós-guerra, trágico momento histórico da Alemanha, passou a ser o ponto de partida para a literatura jurídica da Teoria do Direito Natural, de natureza religiosa, (*Mitgiftheorie de Nipperday e Hoffman*) e da Teoria da Esferas/Degraus, de natureza racional (*Sphärentheorie – de Luhmann*), nas quais no âmbito da interpretação casuística histórica, visava-se proteger os direitos da igualdade, integridade física, intimidade e privacidade, e o acesso à justiça e contraditório (*Estado de Direito*).<sup>5</sup>

O princípio da proporcionalidade guarda certo paralelismo com a razoabilidade (*do common law* norte-americano, sob o *rule of law* e o *judicial review* da Suprema Corte).

<sup>3</sup> O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 93, abr. 1999. -Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>5</sup> GRABITZ, Ebehard. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des Öffentlichen Rechts, in Verbindung mit O. Bachof, H Ehmke, W. Greve, E. Kaufmann, H. Loening. K Schmid, R. Smend, herausg vn P. Badura, k Hesse, P. Lerche*. München: Beck, 1973.

### 3. Proporcionalidade na lei fundamental e na doutrina alemã

O princípio da proporcionalidade, segundo Robert Alexy, aplica-se quando é necessário um balanceamento para dar solução ao caso concreto, necessidade que se impõe em casos “difíceis” (hardcases), que não se resolvem por uma simples subsunção.

A fórmula da subsunção traduz um esquema de deduções a partir do qual se busca determinar qual norma deve ser aplicada a um caso concreto. Em casos “fáceis”, a fórmula de subsunção basta, mas em casos “difíceis” é necessário ir além, o que pode significar recorrer a uma regra de precedência de normas (e.g., *lex posterior derogat legi priori*), ou não se aplicando estas, a um balanceamento, com recurso ao princípio da proporcionalidade.<sup>6</sup>

O balanceamento entre os princípios conflitantes é pressuposto para a aplicação de um juízo de proporcionalidade<sup>7</sup>, que ocorre em três níveis: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>8</sup>.

Para exemplificar este balanceamento, Alexy faz menção do caso sobre a determinação de venda de maços de cigarros com os avisos e fotos sobre o perigo do consumo, que se sobrepõe à liberdade de venda do produto no mercado (*BVerfGE*, v. 95, 179). A total proibição da venda de tabaco, ao revés, iria interferir severamente na liberdade de consumo de produto legal no mercado, não se revelando proporcional. O caso demonstra que diferentes medidas têm diferentes *intensidades de interferência* com os direitos envolvidos, as quais podemos escalar em leve, moderada ou séria<sup>9</sup>.

Outro exemplo citado por Alexy é a colisão entre liberdade de imprensa e direitos de personalidade. A Corte Constitucional Alemã julgou um caso que ficou conhecido como Titanic: tratava-se de um oficial da reserva, paraplégico, que, após ter cumprido com suas responsabilidades, viu sua história publicada na revista *Titanic*, com a denominação “Matador”<sup>10</sup>, e, posteriormente, como aleijado (*cripple*). A Corte

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 435-436, dez. 2003.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 436.

<sup>8</sup> Sempre nesta ordem, como enfatiza Luís Virgílio Afonso da Silva (O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 34, 2002.).

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.* (nota 4, supra).

<sup>10</sup> A revista jocosamente atribui ao oficial o sobrenome de Matador (*born Murderer*, isto é, “nascido Matador”, que também significa “matador nato”) (*Ibid.*, p. 437).

ponderou que na primeira ocorrência (“Matador”), o termo deveria ser entendido no contexto satírico da obra, não representando violação severa dos direitos do ex-combatente; já na segunda ocorrência (aleijado), entendeu-se que havia uma ofensa séria à personalidade, ante o cunho pejorativo e humilhante da expressão, pelo que se decidiu em condenar a revista à indenização de DM 12.000 (*BVerfGE*, v. 86, 1, 11).<sup>11</sup>

Isso demonstra graus de intensidade de interferência a que os direitos fundamentais estão sujeitos e como ponderar na colisão entre, de um lado, a liberdade de imprensa, e de outro, o direito de personalidade, especialmente em casos que “ameaçam a própria dignidade da vítima”<sup>12</sup>.

Esse raciocínio envolvido na técnica de balanceamento é bem representado pelo que Alexy chama de “fórmula de peso”<sup>13</sup>, que compara as intensidades de interferência (leve, moderada e forte) entre os princípios colidentes, possibilitando decidir sobre qual medida mais proporcional a ser adotada no caso concreto.

Na Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*), o art. 2, abs. 1-3, protege o direito de personalidade e o art. 5, abs. 1-3, G.G. protege o direito à informação e livre expressão do pensamento, da arte e da mídia. Dentro desses princípios ainda podem ser analisados os direitos de armazenamento de dados eletrônicos em redes sociais, direito de própria imagem, com proteção a fotografias e divulgação de vídeos, direito da palavra falada em público e mídias, e direito de resguardo de dados pessoais (características de genoma), direito de livre orientação de gênero ou sexual e de livre relacionamento interpessoal.<sup>14</sup> Existem ainda os direitos da liberdade de imprensa (art. 5, abs. 3 da G.G.) contra a interferência e censura na liberdade de imprensa escrita, falada e televisiva na Alemanha.

Alguns elementos ou premissas são importantes para analisar o significado do princípio da proporcionalidade no direito alemão.

O primeiro indicado é a adequação do meio ao fim desejado (“*Geeignetheit bedeutet im Zweck/Mittel-Schema*”)<sup>15</sup>, isto é, o meio

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 438.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 439, tradução livre.

<sup>13</sup> Na sua versão mais simples, a fórmula de peso é:  $W_i, j = li/l_j$ , em que  $W_{i,j}$  representa o peso concreto (isto é, o resultado do balanceamento),  $li$  a intensidade de interferência com um determinado princípio, e  $lj$ , a intensidade de interferência com o princípio colidente. (*Ibid.*, p. 444).

<sup>14</sup> MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H. Beck, 2001. p. 189-196.

<sup>15</sup> JAKOBS, Michael C. H. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, mit exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*. München: Heymanns, 1985. p. 29-30.

utilizado para o determinado fim colimado para o Estado na função de sua atuação para limitar ou estender o direito fundamental. Esta relação de meio-fim (“*Zweck-Mittel Relation*”) há de ser considerada na ponderação de normas para resolver o caso concreto. Nesse sentido, definido o meio ou atuação do Estado, deve sempre ser sopesado qual o fim a ser alcançado com vistas aos efeitos concretos, ponderando-se os prós e contras, a intensidade e a extensão da aplicação da norma ao caso a ser julgado, aplicando uma regra ou princípio e afastando o outro, que se encontra no mesmo grau mas não no mesmo nível de aplicação em relação ao bem jurídico tutelado.

Outro ponto importante é a conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade de personalidade e igualdade, conjugado com o princípio do Estado Social e Democrático e Princípio do Estado de Direito, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem obediência à Lei (artigo 20, abs. 1 e 3 (“*Verfassungsgrundsätze – Widerstandsrecht – GG*”). Há nesses princípios, de forma indireta, a valorização dos direitos sociais, como direito de liberdade e direito de defesa e a valorização destes direitos pelo Tribunal Constitucional Federal, principalmente após a reunificação da Alemanha (pós-1990), ampliando o direito de igualdade na saúde, moradia, educação, saneamento (calefação, abrigo) para inserir o ser humano em contexto social, atribuindo-lhe um “mínimo digno de existência social”, denominado “garantia do mínimo existencial”.<sup>16</sup>

Nesse contexto, importantes casos são aceitos e julgados pela Corte Constitucional Alemã, destacando-se um dos mais recentes da mínima existência de saúde, moradia e escola para os asilados políticos e refugiados, que se encontram no país aguardando a autorização legal em processo administrativo para permanecer na Alemanha<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 22. A garantia do mínimo existencial esta fundamentada nos artigos da G.G.: art. 1º, 1, c/c artigo 2º, § 2, art. 20º, § 1º, como um pacote de direitos fundamentais de cunho social.

<sup>17</sup> BVerfGE, SGB, II, Existenzminimum der Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG). Disponível em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20120718\\_1bv1001010.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20120718_1bv1001010.html)>. datum 19/08/2015.

#### 4. A ponderação em terras brasileiras: entre o razoável e o proporcional

A utilização da proporcionalidade, principalmente sob a alcunha de “princípio da proporcionalidade”<sup>18</sup>, encontra-se largamente difundida no direito brasileiro, não raro como mero elemento retórico a ensejar o afastamento de condutas eivadas de abusividade, mas desprovido de necessário aprofundamento<sup>19</sup>.

O conteúdo do “princípio da proporcionalidade”, como desenvolvido no Brasil, é formado por uma mistura entre a razoabilidade do direito norte-americano e a proporcionalidade do direito alemão.<sup>20</sup> No mais das vezes, doutrina e jurisprudência empregam esses termos como sinônimos<sup>21</sup>, embora não faltem vozes contrárias a esta equiparação; como expoente, tome-se Virgílio Afonso da Silva, para quem:

[...] A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Embora não o seja, conforme a teoria dos princípios e regras de Robert Alexy, mas, sim, uma regra. Para uma análise mais aprofundada, que escapa ao escopo desta obra, veja-se Luís Virgílio Afonso da Silva, op. cit. (nota 6, supra), p. 25-27.

<sup>19</sup> Ibid., p. 31.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255-257.

<sup>21</sup> BARROSO, por exemplo, fala em “princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade” (ibid., p. 255, grifo nosso), a indicar claramente sua opção pelo uso dos termos como sinônimos.

<sup>22</sup> Op. cit. (nota 6, supra), p. 30.

Sem necessidade de adentrar no mérito dessa discussão, empregaremos ao longo deste artigo a terminologia inspirada pelo direito alemão, por ser o sistema jurídico com o qual pretendemos dialogar mais intensamente, mesmo porque dá ao tópico que aqui exploraremos com maior profundidade – conflito entre liberdade de informação e direitos da personalidade – soluções mais conformes à nossa tradição.

Retornando ao cerne da questão, devemos enfatizar a importância de seguir a estrutura da proporcionalidade quando de sua aplicação, de modo a escapar às críticas de que o método repousaria sobre o subjetivismo do julgador na atribuição de valores aos princípios.<sup>23</sup>

Nesse sentido, os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* conferem às decisões uma coerência que é essencial em um sistema jurídico no qual o princípio da proporcionalidade ocupa posição de destaque.<sup>24</sup> O desrespeito à estrutura conduz a um esvaziamento da exigência de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da C.F.), na medida em que permite ao julgador impor sua própria visão de proporcionalidade.

A análise prática que desenvolveremos perpassa a aplicação desses critérios a casos envolvendo as liberdades de informação, expressão e imprensa, que entram – quase inerentemente – em rota de colisão com os direitos da personalidade, apresentando um campo fértil para a ponderação de interesses conflitantes.

## 5. Interpretação e aplicação da proporcionalidade

A interpretação do princípio da proporcionalidade das normas em princípios, segundo Martin Borowski, pode ser feita por meio de quatro principais modelos categóricos: interpretação literal ou linguística, interpretação genética ou da vontade do legislador, interpretação sistemática e interpretação objetiva.<sup>25</sup>

A primeira, literal, parte da descrição linguística dos termos, da análise semântica e da literalidade da terminologia empregada na

---

<sup>23</sup> Em resposta a dois de seus principais opositores, Alexy aponta: “Habermas e Schlink estariam certos se não houvesse estrutura possibilitando a construção do balanceamento como uma forma racional de argumentação.” (ALEXY, Robert. Op. cit. (nota 4, supra), p. 436, tradução livre).

<sup>24</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. (nota 6, supra), p. 45-46.

<sup>25</sup> Op. cit. (nota 14, supra), p. 102-105.

norma jurídica. A segunda, genética ou subjetivo-teleológica, parte da vontade embutida na norma pelo legislador primário e o fim que pretenda alcançar com a disposição da regra positiva. A terceira, sistemática, possui elementos que estão de acordo com o fim objetivo e outros subjetivos do bem jurídico tutelado; esta também é a conjugação da interpretação semântica e material da norma, para produzir coerência material dos princípios que se colidem. E, por último, a interpretação objetiva que se prende ao objetivo da interpretação, na busca do sentido racional e jurídico da interpretação dos conceitos da norma.

Para analisar o princípio da ponderação e as normas que colidem no caso concreto, propõe o autor, e na mesma linha de raciocínio, Luis Virgílio Afonso da Silva<sup>26</sup> e Gilmar Ferreira Mendes<sup>27</sup>, que sejam sopesadas e utilizadas as interpretações que são acima descritas em conjunto com a interpretação estrutural da norma de direito fundamental, que segue as regras da interpretação conforme a constituição. Analisa-se o contexto fático e as normas que podem ser aplicadas, se há regras especiais ou somente gerais e, se há um direito subjetivo fundamental que está protegido por uma norma vinculante que melhor se adequa pela interpretação axiológica e teleológica, no tempo e espaço, ao caso em julgamento.

Como exemplo clássico na doutrina alemã, pode-se apontar o julgamento em dois momentos distintos do paradigmático caso Lebach.

O caso Lebach, (“*Soldatenmord von Lebach*”), julgado pela Bundverfassungsgericht (BVerfGe) em 5 de junho de 1973, cuidou do conflito entre liberdade de imprensa e direito à privacidade e dignidade humana, tornando-se um marco na aplicação da teoria da ponderação.

O reclamante foi partícipe em crime de latrocínio - roubo de munições e armamentos de uma base militar no vilarejo de Lebach, no qual foram assassinados quatro soldados. Esse réu fora condenado a seis anos de prisão. Próximo ao término de seu cumprimento de pena, a rede de televisão alemã (*Zweites Deutsches Fernsehen – ZDF*) pretendia exibir um documentário sobre o crime, que exporia o nome e

<sup>26</sup> *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 167-181, regras da proporcionalidade e sopesamento: esclarece sobre a terminologia para compreender o conteúdo deste: *adequação, necessidade, grau de eficiência, proporcionalidade em sentido estrito e subjetividade, proporcionalidade e sopesamento, limites imanes, restrições e regulamentações.*

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência*: tributário, constitucional e administrativo, v. 14, p. 360-371, 2000.

imagem do reclamante juntamente com o dos três outros criminosos – estes condenados à prisão perpétua – e retrataria elementos íntimos do relacionamento entre os copartícipes.<sup>28</sup>

Inconformado com a situação, buscou o Judiciário para tentar impedir a veiculação do programa, mas não teve seu pedido acolhido nas instâncias inferiores, ingressando com uma queixa constitucional aceita para apreciação do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

A Corte observou a ponderação de dois interesses envolvidos, o do público em ter informação sobre o crime, e o do reclamante em não sofrer intervenção em seus direitos da personalidade. Há uma liberdade geral de imprensa, independentemente das particularidades ou valor informativo do programa, no dizer da Corte: “só quando o exercício da liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos, pode importar o interesse perseguido com o programa concreto, o tipo e modo da configuração e o efeito previsto ou atingido.”<sup>29</sup>

No caso, a *BVerfGE* concluiu que a veiculação do programa contendo o nome, imagem e detalhes da vida pessoal do reclamante representava uma intervenção excessiva em seu direito de personalidade, não se podendo permitir a perseguição contínua pela mídia ao criminoso, porque – via de regra – o interesse público nele foi saciado com a aplicação da justa retribuição da pena, já cumprida. Porém, apontam que não é possível traçar um marco temporal para determinar a perda do interesse na informação, devendo-se adotar o interesse de ressocialização do criminoso como o ponto de referência para a ponderação.

Após 27 anos do caso julgado, foi feito um filme documentário sobre a morte dos soldados de Lebach e a Corte Suprema decidiu que a liberdade de imprensa, pelo tempo passado e pela forma geral de documentário, sem citar o nome e imagem do réu específico, poderia ser feita, por liberdade da mídia, afastando o direito de personalidade, permitindo a apresentação genérica e histórica dos fatos em canal televisivo.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Berlin: Konrad-Adenaur Stiftung, 2005. p. 476.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 480.

<sup>30</sup> *Dokumentarfilm über Soldatenmord vom Lebach*, GG art. 2, I, 5, I e III. *BVerfGE* (1 Dammer des Erstem Senats, Bschl v. 25. 11. 1999 - BvR 348/98. U.a.+ NJW 200, Heft: p. 1859-1861.

## 6. Direitos da personalidade e liberdade de imprensa

O século XX viu uma convergência dos ordenamentos em torno do valor central da pessoa, e, conseqüentemente, dos direitos da personalidade, que precisavam adequar-se ao ideário do Estado Democrático de Direito.<sup>31</sup>

Observa Enéas Costa Garcia, após realizar um apanhado das visões predominantes, que alguns pontos comuns exsurgem, notadamente a natureza subjetiva destes direitos de personalidade, sua relação direta com os aspectos físico, psíquico e moral do indivíduo, e seu caráter indissociável da própria condição humana.<sup>32</sup>

De Cupis<sup>33</sup> destaca que seriam direitos da personalidade apenas aqueles destinados a proporcionar ao homem o mínimo necessário à adequada fruição de sua condição humana, sem os quais esta restaria esvaziada: “[...] pelo seu caráter de essencialidade, são na maioria das vezes direitos inatos, [...] mas não se reduzem ao âmbito destes.”<sup>34</sup>

No direito brasileiro há – sem prejuízo de proteção específica – uma tutela geral dos direitos da personalidade, consubstanciada no que Gustavo Tepedino chama de *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*,<sup>35</sup> a qual rege todas as relações jurídicas, seja frente ao Estado ou a entes privados, dando um fechamento à matéria dos direitos da personalidade.

O regime protetivo é instituído pela Constituição Federal no art. 5º, X<sup>36</sup>, sendo reforçado pelo art. 12, *caput*, do Código Civil de 2002.<sup>37</sup> Ainda, a norma constitucional e Código Civil, tipificam alguns segmentos específicos da personalidade (*exempli gratia*, os direitos autorais), indicando que convivem o regime geral de proteção com um especial.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 64-65.

<sup>32</sup> *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 20.

<sup>33</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quórum, 2008. p. 23-24.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>35</sup> A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 1, p. 47-49.

<sup>36</sup> “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

<sup>37</sup> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

<sup>38</sup> A relação é de complementaridade, conforme salienta JABUR: “Salutar esse tratamento [do direito português], que, a par da tutela de ordem genérica, de nítido caráter ampliativo, considerou

Em comparação à Lei Fundamental, traz o conteúdo de princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade de Personalidade no artigo 1, abs. 1-3 e art. 2, abs. 1-3 da GG<sup>39</sup>.

No que toca à privacidade, o arcabouço protetivo de ordem constitucional é principalmente no art. 5º, X, XI, XII, XIV, e no Código Civil, art. 20 e 21, sem prejuízo de outros dispositivos esparsos.<sup>40</sup> Talvez, no contexto complexo da sociedade da informação, que incrementa exponencialmente os riscos à privacidade dos indivíduos, devesse haver uma proteção direcionada, menos genérica, que dotasse as pessoas de maior controle sobre seus dados, conforme expõe Bucar em lição cristalina:

[O] desafio da privacidade, como asseguradora do livre desenvolvimento da vida privada, é fornecer à pessoa subsídios para controle de informações que ela pretende manter ao seu alcance. [...] Desta forma, a privacidade na sociedade da informação deve ser tida como a possibilidade de a pessoa conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informações pessoais que dele tratam, possibilitando-lhe ter exata e prévia ciência do espaço informacional sobre o qual desenvolverá a sua personalidade. É, portanto, o direito de manter o controle das próprias informações pessoais, de molde a assegurar a livre construção da esfera privada.<sup>41</sup>

Essa ordem de preocupações foi externada pelo novel Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que tem na proteção à privacidade e aos dados pessoais princípios norteadores de seu regime, exatamente buscando

---

hipóteses de maior carência ao longo da mesma seção onde incluiu aquela preliminar e garantidora das expressões físicas e morais da pessoa. São termos vagos e sujeitos à investigação, os quais, todavia, em campo onde a restrição se afigura temerária, encontram ressonância coerente com a natureza dos valores da personalidade humana.” (JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 101.); também, GARCIA, Enéas Costa, op. cit. (nota 33, supra), p. 161.

<sup>39</sup> Artikel 1 [Menschenwürde – Menschenrechte – Rechtsverbindlichkeit der Grundrechte] e Artikel 2 [Persönliche Freiheitsrechte].

<sup>40</sup> Para uma apresentação sucinta do panorama legal de proteção à privacidade no Brasil, com vistas à proteção de dados pessoais, vide CUNHA, Mário Viola de Azevedo; ITAGIBA, Gabriel. Between privacy, freedom of information and freedom of expression: is there a right to be forgotten in Brazil? *Computer Law and Security Review: the international journal of technology law and practice*, p. 2, 2016.

<sup>41</sup> BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. in *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, p. 7-8, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

conferir maior segurança aos usuários da rede: “Art. 3º: A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] II – proteção da privacidade; III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei [...]”. Porém, a mesma lei dá conta do clássico dilema envolvendo a proteção à privacidade quando, em seu art. 2º, *caput*, c/c art. 3º, I, alçam também a liberdade de expressão à posição de fundamento da rede.

A proteção da liberdade de expressão exige também um cuidado com a liberdade de imprensa, que é a forma máxima de divulgação de informações ao público em geral, abrangendo não só as divulgações por meio da tradicional imprensa escrita, mas também via rádio, televisão, internet, mensagens, bem como qualquer outra forma que pretenda atingir o público irrestritamente.<sup>42</sup>

Nesse passo, cumpre observar que não há hierarquia.<sup>43</sup> O sistema jurídico brasileiro, que se baseia na fonte europeia<sup>44</sup>, não atribui um valor maior a um desses dois princípios, tal sorte que a ponderação não pode ser resolvida aprioristicamente.

A complexidade deste persistente embate entre liberdade de informação (e também de expressão e imprensa), que tanto no direito alemão é protegida por norma constitucional<sup>45</sup> e privacidade<sup>46</sup>, em muito transborda o alcance das soluções oferecidas por um sistema de regras. Há, no campo dos princípios, o choque entre normas fundamentais, a demandar cautelosa ponderação, sem implicar o afogamento de um interesse por outro.<sup>47</sup>

É que a relação não é estática, havendo constante alteração de suas fronteiras<sup>48</sup>, tal qual um par de placas tectônicas que se empurram reci-

<sup>42</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 62.

<sup>43</sup> Ambos têm status constitucional, plasmados nos artigos 5º e 220. (Ibid., p. 67).

<sup>44</sup> Apontam Cunha e Itagiba que “[...] na América do Sul, a proteção de dados pessoais é inspirada pela perspectiva europeia devido aos vínculos culturais e históricos entre América do Sul e Europa continental, que se estendem à cultura jurídica e planejamento institucional. Consequentemente, na América do Sul, a proteção da privacidade está ligada ao princípio do respeito à dignidade humana e, por conseguinte, a maioria dos países sul-americanos já reconheceram o habeas data como um direito constitucional.” (Op. cit. (nota 40, supra), p. 2, tradução livre) De outro lado, o direito norte-americano, com suporte na Primeira Emenda, garante a liberdade de expressão, imprensa e informação quase ilimitada, ao mesmo tempo em que permite uma circulação livre de dados, respeitando o livre-mercado e autorregulação. (WERRO, Franz. *The right to inform v. the right to be forgotten: a transatlantic clash*. In: CIACCHI, Aurelia et al. (Ed.). *Liability in the third millennium*. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 299-300.).

<sup>45</sup> Artikel 5 [Freiheit der Meinung, Kunst und Wissenschaft].

<sup>46</sup> Art. Cit. 2, abs. 1-3 GG

<sup>47</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit. (nota 40, supra), p. 51.

<sup>48</sup> Ibid., p. 47.

procamente e cedem pouco a pouco, exatamente para comportar a oposição inerente aos objetivos conflitantes desses direitos fundamentais.

Nesse contexto, o mais adequado é analisar cada caso detalhadamente, buscando aferir os reais prejuízos à privacidade ou à liberdade de informação que derivariam da proteção de um em detrimento do outro. Claro, o intérprete pode buscar orientação nos julgados anteriores, no *quod decidendi* de casos semelhantes, mas não poderá deixar de considerar as peculiaridades do litígio em voga.<sup>49</sup> Para tal, de sobejo relevância o mapeamento dos argumentos usados pelos julgadores para fundamentar suas decisões em sede de balanceamento.

Portanto, o que pretendemos fazer a seguir é apresentar alguns julgados alemães e brasileiros essenciais envolvendo o conflito entre interesse público e privado, entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade, aprofundando-nos no estudo da aplicação do princípio da proporcionalidade.

### 6.1. Caso Caroline de Mônaco (Hannover)

Em um caso levado à corte de Hamburg, e que chegou à Corte Constitucional<sup>50</sup>, que envolvia a pessoa pública da história (“*Person der Zeitgeschichte*”) Caroline de Mônaco, já viúva, foi divulgado na revista “F.R und B” na Alemanha e na França (n. 30 de 22 de julho de 1993) o romance dela com o artista Vincent L., com a divulgação de imagens num restaurante público em St. Remy (França). O título denominado *Fotos Carinhosas do Romance de Carolina e Vincent*: as fotos do romance mais quente de nossos tempos.

A autora Caroline ingressou com ação na França e na Alemanha contra a editora em razão da publicação e comentários das fotografias, tiradas sem seu consentimento. Na Alemanha, foi aceita a ação, sendo declinada na Justiça Francesa. A ação foi julgada procedente na primeira instância, conforme a proteção ao direito a vida privada e individualidade, pela prevalência do direito à personalidade, e de não divulgação de fotos sem o consentimento da autora (“*Recht auf Achtung der Privatsphäre kann jedermann auch die klägerin als Person der Zeitgeschichte für sich in Anspruch nehmen*”). A sentença foi confirmada pelas cortes superiores.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit. (nota 40, supra), p. 75-76.

<sup>50</sup> *Paparazzi-Fotos*: 6 BGHZ 131,332 ff (BVerfGE 101,361) GG Art. 2 und 5, KunstUrhG §§ 22, 23 VI Zivilsenat. Urt. Vom 19. Dec. 1995. i.S.v M(Kl) w. B-GMBH (Bekl) VI ZR 15/95, p. 332-346. LG Hamburg e OLB – Hamburg.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 338.

A autora ganhou o direito à indenização com a fundamentação de que o direito à vida privada deve ser preservado para personalidades e pessoas da história, mesmo em lugares abertos, mas de acesso privado, como restaurantes, teatros, locais de esporte, etc. A situação e o local são considerados com típicos de caráter privado (*“Bereich und Schutz der Privatsphäre”*), nos quais não pode haver uma divulgação de fotos, sem o consentimento da pessoa, a qual deve ser respeitada<sup>52</sup>.

Em outro caso semelhante, a princesa de Mônaco, já princesa de Hannover também ganhou o direito à indenização por fotos divulgadas em revistas: “Divulgação de Imagens da Vida Privada e Diária de Proeminentes Pessoas - Caroline de Hannover” (*“Bildberichterstattung über Privat-und Alltagsleben Prominenter Personen – Caroline von Hannover”*).

Trata-se de imagens e comentários divulgados na revista semanal *“Frau im Spiegel”* n. 9/2002, n. 9/2003 e n. 12/2004, comentando a vida privada e a doença do monarca Rainier de Mônaco, que estava seriamente doente, fatos que se sucederam com a ausência da princesa Caroline e do Príncipe Ernest A. von Hannover, que participavam de uma Olimpíada de Inverno em St. Moritz em férias e teriam deixado o pai doente, sob os cuidados da Princesa Stephanie de Mônaco.

A sentença de primeiro grau (*LG Hamburg*) proibiu a exibição de fotos e comentários sobre as férias e a ausência dos príncipes e sobre os cuidados sobre a saúde do pai monarca. Essa decisão foi modificada pelo Tribunal Estadual (*OLG-Hamburg*), para permitir a divulgação dos fatos pela imprensa, sob o argumento que as pessoas são personagens da “história” e estão sujeitas à divulgação de fatos sobre sua esfera íntima, sem motivo pejorativo da liberdade de divulgação. Porém foi reformada pelo Superior Tribunal Federal (*BGH*) e também confirmada pela reclamação constitucional aceita pela Corte Constitucional. Esta decidiu conforme o princípio da proporcionalidade, entre o direito de liberdade de imprensa e o direito à privacidade, pela prevalência do direito à privacidade, pois não havia qualquer interesse público sobre os fatos e a vida privada dos monarcas para a divulgação de imagens e comentários irrelevantes.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> LG-Hamburg sentença procedente, confirmada pela OLG - Hamburg para a indenização com fundamento no direito à personalidade e esfera privada da pessoa pública.

<sup>53</sup> BVerfG: Senatsentscheidungen, NJW/2008 p. 1793-1801.: GG art. 1 I, 2 I,512,61; EMRK art. 8, 10, KUG §§ 22 ff.; BGB 823: Zur Reichweite des Grundrechtes auf Schutz der Persönlichkeit aus Art.2 I i. V. mit Art.1 I GG gegen Abbildungen von Prominenten im Kontext unterhaltender Medienberichte über deren Privat-und Alltagsleben. BVerfG, Beschl. V.26.2.2008 – 1 BvR 1602/07 u.a. BvR e 1606/07, 1626/07.

Sobre este julgamento foram feitas considerações pelo Prof. Dr. Christoph Teichmann Würzburg sob o título “Adeus à Pessoa Absoluta da História” (“*Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte*”)<sup>54</sup>. Comenta este que a personificação da pessoa absoluta da história não é mais absoluta, mas, sim, relativa; por ser uma personificação de um monarca, um atleta ou de um artista, os fatos da vida diária e íntima destas personalidades podem ser divulgados pela imprensa, desde que sejam de interesse público e na esfera e ambiente públicos, e não da intimidade da vida particular. Depende do local e do interesse público sobre a conduta e os afazeres dessas personagens da história para serem divulgados na mídia e redes sociais ao público. Portanto, deixaram de ser absolutos para ser relativizados pelo princípio da privacidade e intimidade aplicado à sociedade informacional. Traz como exemplo a divulgação recente dos filhos do Príncipe Willian e da Princesa Kate, que foram mostrados publicamente pela imprensa na porta do Hospital e nas festividades públicas, consentidos pelos envolvidos.

## 6.2. O caso Daniella Cicarelli

No direito brasileiro, o caso que escancarou a insuficiência dos meios tradicionais de tutela da privacidade no contexto da internet foi o vazamento do vídeo íntimo de Daniella Cicarelli.<sup>55</sup>

A modelo e seu namorado à época pretendiam que o Youtube, removesse do site os vídeos nos quais o casal fora flagrado realizando atos sexuais em uma praia espanhola. A alegação era que não havia interesse público, implicando a divulgação em violação à honra e imagem dos autores.

Em primeira instância, por sentença de lavra do Juiz Gustavo Santini Teodoro, a ação foi julgada improcedente, sob a seguinte fundamentação:

[O]s autores, sabidamente alvo da curiosidade do público antes mesmo do acontecimento objeto deste processo, resolveram trocar intimidades em local não reservado. Cominar multa aos réus para que não divulguem o vídeo, as fotos extraídas

<sup>54</sup> Zur Rechtsprechung, NJW 27/2007 – p. 1917-1920.

<sup>55</sup> LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

do vídeo ou os respectivos links não tem utilidade alguma – salvo enriquecimento sem causa dos autores –, pois continuarão a existir na internet, às centenas ou milhares, o vídeo, as fotos e os links sobre o assunto. É de conhecimento de qualquer pessoa minimamente integrada ao mundo atual que ocorre essa multiplicação exponencial da informação via internet. A utilização dos mecanismos jurídicos tradicionais, como o desta ação, é completamente inócuo e até mesmo cômico.<sup>56</sup>

A decisão ecoa conhecida lição de que a privacidade não assiste a quem expõe voluntariamente sua intimidade ao público. É o que ensina DOTTI:

[...] Para provocar esta publicidade, eles mostram a sua vida privada em detalhes. Ficam prontos a contar seu passado, os gastos, as aventuras, deixam-se fotografar em todas as situações e em todos os ângulos. E depois, num belo dia, seja porque se fizeram eremitas, seja porque as indiscrições a seu respeito não são elogiosas, eles gritam contra o sacrilégio. Quanto há isso não há muito a dizer: a regra é o velho ditado popular: “quem brinca com o fogo se queima”.<sup>57</sup>

O Tribunal de Justiça, porém, adotou entendimento diverso. Consideraram que, não havendo autorização do casal para a captação das imagens, o vídeo seria ilícito, e sua divulgação representaria injusta violação da intimidade dos envolvidos, que é protegida independentemente de sua condição de pessoas públicas.<sup>58</sup>

O embate é se prevalece a liberdade de imprensa diante de um quadro de autoexposição em local público, ou se, ao revés, a tutela da privacidade ganha primazia devido à natureza íntima dos acontecimentos revelados.

<sup>56</sup> 23ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, Processo nº 0204563-40.2006.8.26.0100, j. 18/06/2007.

<sup>57</sup> DOTTI, René Ariel. *Proteção da privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 208.

Em última análise, decidiu-se – sem maiores delongas quanto à proporcionalidade da medida – que o Youtube deveria excluir os vídeos polêmicos e impedir sua reinserção na plataforma, pelas razões expostas acima.

A restrição será proporcional se (i) contribuir para alcançar ou fomentar um objetivo legítimo<sup>59</sup> (adequação), (ii) “a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”<sup>60</sup> (necessidade) e, finalmente, (iii) satisfizer a necessidade de proporção entre a intensidade da restrição com um direito e a importância de realizar o conflitante (proporcionalidade *stricto sensu*).

A remoção dos vídeos do grande portal online, inegavelmente, ao menos fomenta o objetivo legítimo almejado, qual seja, a proteção do direito fundamental à privacidade do casal; isto porque impede que os visitantes do site encontrem o malogrado conteúdo. Assim, há que se considerar a medida adequada.

O exame da necessidade também conduz à mesma conclusão, já que é simplesmente impossível atingir o fim pretendido sem recorrer à medida adotada (embora tal medida não seja *suficiente* para atingi-lo). Não havendo alternativa, a medida é necessária.

Por fim, chega-se à instância de verificar se a importância de concretizar o direito à privacidade justifica a intensidade da restrição com a liberdade de informação e imprensa, isto é, se a medida é proporcional em sentido estrito. E nesse ponto, deve-se recorrer à argumentação do Tribunal de Justiça, que reconheceu a inexistência de um interesse público significativo no conteúdo veiculado. Dessarte, a restrição, conquanto interfira com as liberdades midiáticas, não acaba por abalá-las contundentemente, devendo ser considerada proporcional.

Pelo exposto, conclui-se que a decisão dos julgadores, tanto no caso alemão como no brasileiro, considerou adequadamente os interesses envolvidos e impôs restrição proporcional, porque em conformidade com os pressupostos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>58</sup> Apelação nº 556.090.4/04-00, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 12/06/2008.

<sup>59</sup> SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Op. cit. (nota 6, supra), p. 36.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 38.

### 6.3. O Caso do Romance ESRA (com precedente Mephisto)

O Caso do Romance ESRA, do escritor Maxim Biller, também ganhou destaque na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. A história trata de um romance fracassado entre um jovem escritor judeu e uma artista gráfica turca, com envolvimento da mãe desta de forma contundente na história, para afastá-los. Nas instâncias inferiores, foram considerados que os traços da ficção se confundiam com a realidade, de forma tão intensa em grau e ambiente, remetendo às circunstâncias verdadeiras, com a procedência da ação e apelação, proibindo a publicação e divulgação do livro.

Aos fatos na ação, a ex-namorada do autor – *Esra* – e a mãe desta – *Lale* – ingressaram em 2003 com ação civil para suspender a publicação e distribuição do romance na Alemanha e também com ação penal por crime de difamação. Considerando que o romance era baseado na realidade e que a artista turca e sua mãe foram envolvidas e puderam ser identificadas, houve prevalência do direito à privacidade.

Na instância de revisão do Tribunal Superior Federal (*BGH*) foram exigidas mudanças, do autor e editora, para adaptar o romance e afastar a identificação contundente e crítica das personagens envolvidas. Finalmente, realizadas alterações significativas, as quais foram submetidas à Corte Constitucional, foi procedente por maioria de votos permitindo a publicação e distribuição da obra literária (*BVerfGE* por maioria 5:3), com a publicação dos votos dos ministros que votaram contra e com base no romance *Mephisto*.<sup>61</sup>

Na última instância de um processo, que já corria há mais quatro anos, a Corte Constitucional Alemã reverteu as sentenças anteriores de proibição de publicação, as quais reconheceram na descrição das personagens um desrespeito aos direitos de personalidade, e, considerando as alterações e a proporcionalidade do princípio da liberdade de expressão literária, liberou a publicação e distribuição da literatura.

A justificativa na instância de primeiro grau, confirmada pela confirmação em apelação no Tribunal de Munique, com procedência parcial em julgamento da revisão no Tribunal Superior Federal (*LG – München*,

<sup>61</sup> Romance publicado pelo escritor Klaus Mann, filho de Thomas Mann, que retratava a ascensão de um artista alemão, em razão de sua relação com os nazistas. O personagem foi inspirado no ator de teatro *Gustaf Gründgens*, amigo e ex-cunhado do escritor. O filho de Gustaf ingressou com queixa constitucional para buscar indenização em relação à publicação sobre seu falecido pai.

*OLG-München e BGH-Karlsruhe*) foi fundamentada em premissas de adequação, necessidade e prevalência de direitos da personalidade das requerentes, preservando a privacidade e honra.

O fundamento do direito de personalidade foi a reprodução muito próxima da realidade do nome das personagens envolvidas, que eram pessoas públicas na Turquia; a jovem, descrita como *Esra*, recebera um prêmio como atriz e a sua mãe, denominada, *Lale* recebera uma Comenda do Estado por defesa de trabalhadores em condições escravas em minas de ouro. Por isso, a sentença e o Acórdão do Tribunal de Munique fundamentaram que, quanto mais a representação artística toca dimensões especialmente protegidas do direito de personalidade, com a possibilidade de identificação dos personagens com as pessoas na vida real, mais intensa tem de ser a ficção, para não caracterizar e identificá-los por questões de intimidade e de violação do direito de personalidade.

Porém, por via de reclamação constitucional conhecida na Corte Constitucional Alemã passou a ser analisada a proporcionalidade entre as esferas do direito público e privado<sup>62</sup>. E, após as adaptações feitas pela editora e aceites pelo escritor na obra, foram aceites os argumentos, norteados pela graduação do princípio da proporcionalidade e do direito à livre expressão literária em contraste com a limitação do direito à privacidade (art. 1 I, 2 I, 5 III GG; BGB §§ 823, 1004).

Assim, procedente a queixa impetrada pelo autor e editora fora permitida a publicação e distribuição do romance “*Esra*”, sob o argumento que traços da realidade utilizados em romances, sem identificação nominal dos personagens afetados na vida real, não poderiam servir de base para impedir a publicação de literatura, por ferir o princípio mais adequado de liberdade de imprensa, de artes e da literatura. Não há como ponderar em favor (teoria das esferas/graus) do direito da personalidade e da esfera privada sem a demonstração de invasão concreta e humilhação dos envolvidos, confundindo-se traços da ficção e realidade, porque a maioria de romances são originados de fatos reais, de indícios de comportamento e fatos dos personagens, que convivem e são reconhecidos em determinado tempo e sociedade.

Porém, os Ministros da BfervGE *Hohmann-Dennhard, Gaier e Hoffmann-Riem* discordaram em parte da decisão e publicaram seus votos, que seguiram a mesma linha da decisão de *Mephisto-Entscheidung*<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Grenzen der Kunstfreiheit durch den Persönlichkeitsschutz – Roman “*ESRA*”: BverfGE, Beschl v. 13.6.2007 – 1 BvR 1783/2005 = NJW 1-2/2008, p. 39-45.

<sup>63</sup> BVerfGE (30, 173 = NJW 1971, 1645).

fundamentados na prevalência do direito da personalidade das autoras, que poderia ser revelada pelos traços, comportamentos e locais históricos frequentados, devassadores da intimidade e honra, com críticas pejorativas, confrontando com a liberdade de produção literária do próprio autor, que também era um dos personagens envolvidos na realidade dos fatos<sup>64</sup>.

#### 6.4. O caso das biografias não autorizadas (Roberto Carlos)

Um caso recente, que guarda certo paralelismo com o Caso “Esra” acima apresentado, é o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a publicação de biografias não autorizadas (ADI 4815-DF).

A discussão do objeto da ação diz respeito à necessidade de autorização prévia do biografado ou seus sucessores quanto à publicação de obras biográficas literárias ou audiovisuais, tornando-as compatíveis com as normas constitucionais de liberdade de expressão. Questiona-se a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código de Civil, que tratam de responsabilidade quanto ao conteúdo a ser narrado sobre o interessado, confrontando com o princípio da liberdade de expressão.

Presume-se que as biografias de personalidades públicas podem ser reveladas pelo interesse dos fatos históricos e públicos, porque parte da significância de memória a ser preservada dos personagens que contribuíram para o desenvolvimento de nossa cultura e artes desenvolvimento histórico. A primazia da liberdade de imprensa e cultural (art. 5, IV e IX e do direito difuso da cidadania e informação, inciso XIV), prevaleceu no voto da Ministra Cármen Lúcia, seguido pelos Ministros do STF.

Após ampla discussão e oportuna audiência pública tanto de personalidades, entidades de classe, associações e editoras para a discussão sobre os pontos principais, entre o direito de personalidade e responsabilidade civil e o direito à liberdade de expressão<sup>65</sup>.

O voto da relatora Ministra Cármen Lúcia foi decisivo. Os argumentos trazidos em favor da prevalência de liberdade de expressão e imprensa foram seguidos por unanimidade, para a “interpretação conforme à Constituição dos artigos 20 e 21 do Código Civil, destacando-se a inexigibilidade de prévio consentimento de pessoas biografadas,

<sup>64</sup> Votos separados e fundamentados em NJW 1-2/2008, p. 44-49.

<sup>65</sup> ADI 4815/DF, p. 13-22.

estendido aos herdeiros de obras biográficas literárias ou audiovisuais publicadas em mídia escrita ou redes sociais.

Porém, não há afastamento de eventuais fatos inverídicos ou abusos sobre a narração de fatos e do comportamento do biografado, ponderando-se com direitos da personalidade, intimidade e honra, por via judicial cível e penal, *a posteriori*<sup>66</sup>.

O princípio da ponderação em favor do direito da liberdade de expressão teve com fundamentação, por analogia, na decisão que já analisara e afastara a necessidade de lei de Imprensa (5.250/1967) para assegurar a primazia dos direitos inerentes à personalidade e honra privada. Os abusos a esse direito devem ser proporcionais ao direito de resposta na mídia publicada, além de eventual dano material e moral pelo Judiciário.

Nesse sentido, preleciona o professor Celso Lafer:<sup>67</sup>

[...] Na mesma linha, não acredito ser necessária lei especial para tratar da matéria no caso de um biógrafo ultrapassar a esfera garantida do direito de um biografado. Nas biografias, o mais relevante para um biografado é a tutela da verdade factual, na linha de Hannah Arendt: fatos e eventos efetivos, cujo oposto não é o erro, a ilusão ou a opinião, mas, sim, a falsidade e a mentira. Um biógrafo pode ter perspectiva distinta do biografado ou de seus familiares, mas não pode tocar e impugnar matéria factual. Aí, o primeiro remédio é o direito à resposta, pelos caminhos previstos pelos Códigos Penal e de Processo Civil. A verdade da biografia e seus desafios transitam, para recorrer ao que escreveu Guimarães Rosa em Grande Sertão: Verdades, pelo fato “que contar é muito, muito dificultoso. Não pelos anos que se já passaram. Mas pela astúcia que têm certas coisas passadas – de fazer balancê, de se remexerem dos lugares”. Concluo com ele: “Viver é perigoso” para todos cuja vida privada e íntima está muito mais ameaçada pela transparência imposta pela irradiação erga omnes da era digital do que pela ocasional má-fé de um biógrafo.

<sup>66</sup> O Estado de São Paulo ONLINE. Disponível em: <<http://intranet.tjsp.jus.br/Clippings/Clipping.aspx?Id=44512>>.

<sup>67</sup> Ibid., disponível em: <<http://intranet.tjsp.jus.br/Clippings/Clipping.aspx?Id=44512>>.

Em ambos os casos precedentes foram considerados o valor da divulgação pela mídia de fatos sobre pessoas históricas e a prevalência do princípio da liberdade de imprensa, sem o consentimento dos biografados, mas evitando excessos de linguagem e abusos que poderiam lhes afetar a honra, a intimidade e vida privada em sociedade.

## 7. Conclusão

O princípio da proporcionalidade teve origem na Alemanha após a Segunda Grande Guerra, como decorrência do princípio da reserva de lei aplicado ao direito público. Nesse contexto, trouxemos o desenvolvimento na doutrina, com a contribuição de Robert Alexy, e no Brasil, de Virgílio Afonso da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, e também de Luís Roberto Barroso, que compara o direito da razoabilidade e proporcionalidade, para o sistema jurídico brasileiro.

Os elementos que norteiam o princípio da proporcionalidade são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. As teorias de interpretação são fundamentalmente a teleológica, a literal, a sistemática e a objetiva, com a ponderação dos fatos e do direito a ser aplicado no caso concreto.

Observa-se que a jurisprudência, tanto na Alemanha quanto no Brasil, se desenvolveu pela interpretação do princípio por meio de recursos constitucionais.

Abordamos, nos apontamentos, o direito de mídia, com a ponderação entre os princípios e direitos da personalidade, intimidade e vida privada e da liberdade de imprensa e de informação e expressão literária e em redes sociais.

Finalizamos com as análises e comparação de casos paradigmáticos envolvendo personalidades públicas (casos Caroline de Mônaco/Hannover e Daniella Cicarelli), nos quais prevaleceu o direito da personalidade e intimidade.

Nos casos de publicação de obras literárias, romances e biografias, não previamente autorizadas, envolvendo pessoas públicas da história, prevaleceu o direito à liberdade literária e de imprensa, com a possibilidade de posterior controle de excessos ou abusos e indenização por danos materiais e morais.

Buscamos incentivar e abrir o debate sobre futuros dilemas de ponderação de normas, na esfera público-privada, com os quais o direito irá confrontar no contexto da atual sociedade de informação.

## Bibliografia

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, dez. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

CUNHA, Mário Viola de Azevedo; ITAGIBA, Gabriel. Between privacy, freedom of information and freedom of expression: is there a right to be forgotten in Brazil?, *Computer Law and Security Review: the international journal of technology law and practice*, 2016.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quórum, 2008.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GRABITZ, Ebehard. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, in Verbindung mit O. Bachof, H Ehmke, W. Greve, E. Kaufmann, H. Loening. K Schmid, R. Smend, herausg von P. Badura, K Hesse, P. Lerche. München: Beck, 1973.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JAKOBS, Michael C. H. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, mit exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*. München: Heymanns, 1985.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Sarai-va, 2012.

MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H. Beck, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, v. 14, 2000.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, abr. 1999. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/173.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Berlin: Konrad-Adenaur Stiftung, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 1.

WERRO, Franz. The right to inform v. the right to be forgotten: a transatlantic clash. In: CIACCHI, Aurelia et al. (Ed.). *Liability in the third millennium*. Baden-Baden: Nomos, 2009.