



Entre a liberdade de imprensa e o direito à vida privada: comentário ao caso von Hannover c. Alemanha

Between freedom of press and the right to private life: commentary on the case von Hannover v. Germany

Daniel Vieira Gonçalves¹

Resumo

O presente artigo consiste em um comentário referente ao caso da Princesa Carolina von Hannover, que recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) para ajuizar ação contra a República Federal da Alemanha, objetivando ter o direito à privacidade assegurado, visto que várias fotos da vida privada da família von Hannover foram publicadas em revistas e outros meios midiáticos e os tribunais alemães haviam concedido decisão contrária ao pedido da princesa monegasca em virtude desta ser uma figura pública. Nesse ínterim, mediante o conflito entre os direitos de privacidade e à liberdade, o TEDH decidiu que só se poderiam divulgar as imagens que tivessem alguma relevância para a sociedade – e, dessa forma, condenou a Alemanha por violar o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). A forma escolhida para abordar o presente caso consistiu em contextualizá-lo para, em seguida, apresentar um referencial teórico sucinto a fim de analisar os meios utilizados pela Corte para resolver a colisão entre vida privada e liberdade de imprensa.

Palavras-chave: Tribunal Europeu de Direitos Humanos; von Hannover c. Alemanha; Teoria do Direito; Colisão de Princípios; Jornalismo Ético.

Abstract:

This article is a commentary on the case of princess Carolina von Hannover, who appealed to the European Court of Human Rights (ECtHR) to bring suit against the Federal Republic of Germany to having the right to privacy secured,

Artigo submetido em 2 de dezembro de 2018 e aceito para publicação em 21 de fevereiro de 2019.

¹ Graduando em Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso Carlos Alberto Reyes Maldonado (UNEMAT), câmpus Deputado Estadual Renê Barbour. Endereço eletrônico: vieira.daniel@unemat.br.

since several photos of the private life of the von Hannover family were published in magazines and other media, and the German courts had granted a sentence contrary to the claim of the Monegasque princess by virtue of her being a public figure. In the meantime, because of the conflict between the rights of privacy and freedom, the ECtHR decided that only images of any relevance to society should be made public - and thus condemning Germany for violating article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The form chosen to deal with the present case consisted in contextualizing it to present a succinct theoretical reference to analyze the means used by the Court to resolve the collision between private life and freedom of press.

Key-words: European Court of Human Rights; von Hannover v. Germany; Law Theory; Collision of Principles; Ethical Journalism.

1 Introdução

Desde seu surgimento, o Direito almeja o perfazimento da ordenação social. Nas sociedades ocidentais e ocidentalizadas, a função de dirimir contendas acaba se fazendo valer mediante a figura de um julgador institucionalizado que procura dar fim ao conflito existente entre as partes: a lide.

Na atualidade, a resolução da lide ganhou contornos mais humanistas. Se antes o processo “era concebido unicamente como um *anteparo ao arbítrio estatal*, [...] hoje o Estado Constitucional [...] tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo*” (MARINONI; MITIDIERO, 2017).

É a que se refere Bezerra (2010) quando diz que hoje, em virtude da alta complexidade social, o aspecto formalista e legalista do Direito começa a abrir espaço a um caráter mais humano, mais voltado ao cidadão, e não tão somente à *res deducta*.

Nesse sentido, é notória a importância dos Direitos Fundamentais nessa guinada jurídico-humanista afinal, como salienta Aragão (2011, p. 259), “entende-se por Direitos Fundamentais aqueles inerentes à própria condição humana previstos pelo ordenamento jurídico”.

No pensamento de Bobbio, os Direitos Fundamentais constituem-se como um fruto da civilização humana, construídos sobre uma base sócio-jurídico-filosófica a fim de preservar a harmonia entre os cidadãos.

Ferrajoli, por sua vez, assegura que são os Direitos Fundamentais que permitem compreender os conceitos de Democracia e de Estado de Direito – posto que, sendo construídos a partir da dignidade humana, constituem-se como proteções ao cidadão tanto do Estado quanto como de outros cidadãos (ARAGÃO, 2011).

Inicialmente, os Direitos Fundamentais eram tão somente oponíveis ao Estado, sendo essa aplicação vertical – assim denominada em virtude da relação hierárquica entre o Estado e seus súditos – aceita desde sua primeira proposição (SILVEIRA, 2010; ENGLE, 2009).

Tal eficácia protetiva perdurou por longo tempo até que, conforme Contreras (2018, p. 5, tradução nossa) e usando de exemplo o direito laboral, “de relações bilaterais Estado/cidadão (eficácia vertical) se passa a relações trilaterais Estado/empregador/trabalhador (eficácia horizontal)”.

É justamente em virtude dessa relação trilateral que a doutrina alemã, a partir do *Lüth-Urteil*, nomeia como *Drittwirkung* (literalmente, eficácia de terceiros) a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais – fenômeno complexo que representa “uma reivindicação afirmativa do indivíduo pela proteção estatal contra uma violação de direitos humanos cometida por um particular perante a legislação criminal, administrativa, trabalhista e cível” (FOHRMANN, 2015, p. 56, tradução nossa).

Entretanto, esse modelo de eficácia protetiva não foi tão bem aceito ao redor do mundo, uma vez que permite uma grande mitigação da autonomia da vontade – a qual, se mal aplicada, pode inutilizar todo o ordenamento civil, cujo alicerce é justamente a autonomia privada (SILVEIRA, 2010).

Isso ocorre porque os Direitos Fundamentais oponíveis entre os particulares se referem às liberdades e garantias individuais e sociais, as quais tendem, muitas vezes, a colidirem entre si, visto que cada cidadão possui pensamentos distintos sobre o que seria certo ou errado (MADOZ, 2007).

Juridicamente, o 'problema' é que a Constituição salvaguarda essas liberdades e garantias. Dessa forma, para além de objetivos a serem cumpridos, a força normativa da Constituição afiança às pessoas que seus direitos serão respeitados e estarão sob a tutela estatal. De fato, sem essa proteção constitucional, "as colisões seriam não um problema jurídico, mas apenas um problema moral ou político" (MADOZ, 2007, p. 304).

Nesse sentido, verifica-se que resta ao Judiciário a tarefa de regulamentar o alcance dos Direitos Fundamentais, visto que alguns, em determinados casos concretos, constituem-se como verdadeiros impedimentos à atuação do outro, cabendo ao juiz o papel de estabelecer os limites do núcleo essencial do Direito Fundamental, isto é, até onde seu alcance pode ir (MADOZ, 2007).

À luz da Teoria do Direito, o presente artigo pretende analisar a forma pela qual, contrariando as decisões anteriores tomadas pela justiça alemã, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) condenou a Alemanha por violação ao art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Dessa forma, pretende o artigo auxiliar na construção de um conhecimento jurídico acerca do assunto em solo pátrio por meio da análise do argumento fundamental da decisão tomada pelo TEDH para conceder ganho de causa à princesa monegasca Caroline von Hannover.

Para efetuar a análise, valer-se-á, inicialmente, de uma contextualização do caso, em que serão apresentados os fatos que motivaram a abertura do processo. Logo após, apresentar-se-á um referencial teórico atinente ao tema sobre o qual o presente artigo versa.

Por fim, o argumento em torno do qual foi concedida a proteção à vida privada da princesa Caroline de Mônaco será avaliado de forma a possibilitar uma análise quanto ao tema proposto, isto é, à forma pela qual o TEDH resolveu a colisão entre os dois princípios.

Insta destacar que o TEDH não possui a versão em português desse acórdão. Dessa forma, as citações diretas do *decisum* serão apresentadas, no decorrer do texto, em tradução própria para a língua portuguesa.

Acerca da tradução própria, se esclarece desde já que se optou por traduzir a palavra *Injunction* como ‘Ação de não fazer’, em um contexto obrigacional, para tornar mais preciso o sentido ao leitor brasileiro.

A *injunction*, traduzida comumente como liminar, consiste em um mecanismo legal uma ordem do tribunal para que uma parte faça (*mandatory*) ou se deixe de fazer (*prohibitory*) uma ou mais ações (ENCYCLOPAEDIA, 2008).

A confusão com o termo liminar, acredita-se, seja porque há dois tipos de *injunction*: a *preliminary*, de natureza cautelar satisfativa, e a *permanent* – que se revela por meio de uma sentença condenatória com obrigação de fazer ou de não fazer (DUIGNAN, 20--).

2 Contextualização do caso

Na década de 90, mais especificadamente em 1993 e, mais a frente, em 1997, algumas fotos da princesa de Mônaco com sua família, ou na presença de amigos, foi publicada nas revistas *Bunte*, *Freizeit Revue* e *Neue Post*. Desde então, o casal von Hannover vem exigindo uma garantia judicial à proteção da sua vida privada em vários países da Europa, inclusive na Alemanha (EUROPA, 2004, tradução nossa).

Dentro da Alemanha, o processo arrastou-se por mais de dez anos, com pronunciamentos dos tribunais alemães em quatro instâncias diferentes: houve um acórdão do Tribunal Regional de Hamburgo, outro da Corte de Apelações de Hamburgo, mais uma decisão colegiada do Tribunal Federal de Justiça e, por fim, um acórdão do Tribunal Constitucional Federa.

Seu início deu-se em 1993, no Tribunal Regional de Hamburgo, lugar em que a princesa impetrou uma ação de não fazer para evitar qualquer nova série de fotos suas.

Na decisão, que deferiu a proibição apenas na França, em virtude das regras de direito internacional privado vigentes na Alemanha e do art. 9º do Código Civil francês, o argumento utilizado para manter as publicações feitas em solo alemão – e que se repetiu por todos os graus recursais – foi o de que a princesa Caroline de Mônaco, em virtude de ser uma *Person der Zeitgeschichte* (pessoa pública, em tradução livre), “teria de tolerar este tipo de publicação” (EUROPA, 2004, p. 5).

Além disso, conforme o mesmo acórdão, não havia um interesse legítimo (*berechtigtes Interesse*) da princesa que justificasse tal pedido, uma vez que, às pessoas públicas, o direito de proteção à vida privada termina na sua porta da frente – ou seja, à exceção das fotos tiradas em recintos particulares privados, garantir-se-á a Liberdade de Imprensa (EUROPA, 2004, tradução nossa).

Essa primeira rodada de processos, iniciada em 1993, alcançou, em 1997, o Tribunal Federal de Justiça alemão, que também deferiu parcialmente o pedido, dessa vez proibindo que se publicassem novamente suas fotos com Vincent Lindon em um restaurante, uma vez que se tratava de algo particular.

No acórdão, o Tribunal Federal entendeu que “mesmo figuras da sociedade contemporânea *par excellence* possuem direito ao respeito por sua vida privada e que ela não se limitava às suas casas, também cobrindo a publicação de fotos” (EUROPA, 2004, tradução nossa).

No mesmo acórdão, porém, negou o restante do pedido tendo em vista que esse direito tuitivo, quando fora da casa, se limitava aos lugares em que a pessoa pública se situasse distante dos olhos do público (*in eine örtliche Abgeschiedenheit*) haja vista que, mesmo se tratando de sua vida particular, e não do exercício de funções oficiais, o público teria “um interesse legítimo em saber onde a requerente estava hospedada e como ela se comportava em público” (EUROPA, 2004, tradução nossa).

Em 1999, a demanda alcançou o Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão. A princesa de Mônaco, em seu pedido, defendia que os critérios do Tribunal Federal seriam tão restritos que, em tese, a mídia poderia fotografá-la

a qualquer momento fora de casa e publicar essas fotos sem que fossem responsabilizados por isso.

O TCF, acerca disso, deu procedência a parte do recurso, mas só no que se refere às fotos da princesa monegasca com seus filhos, *ex vi* do direito à proteção familiar, continuando a indeferir o pedido no que concernia às outras fotos.

A segunda rodada de processos – referentes à uma sessão de fotos tiradas da princesa no Monte Carlo Beach Club, cuja principal consistia em uma imagem dela caindo – iniciou-se em 1997 e findou-se em 2000, com o posicionamento do TCF.

O Tribunal Constitucional alemão considerou que o hotel em que a princesa estava não se constituía um lugar isolado, mantendo a visão da jurisprudência alemã, e que as fotos da requerente de maiô – assim como a sua foto caindo – não constituíam “uma violação ao direito de respeito à vida privada dela” (EUROPA, 2004, p. 13).

Descontente com as sentenças alemãs e embaçada no art. 34 da CEDH, a princesa Caroline de Mônaco ingressou com uma queixa individual – a *Application no. 59320/00* – no TEDH, contra a Alemanha, acusando-a de violar o já referido art. 8º da CEDH, cuja redação encontra-se, *ipsis litteris*, a seguir.

“Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros” (EUROPA, 1950, p. 11)

A *Application*, admitida pelo TEDH em 8 de julho de 2003, teve seu acórdão – objeto do presente artigo – publicado em 24 de junho de 2004.

3 Referencial teórico acerca dos direitos fundamentais envolvidos

Em virtude de ser um *affaire* ocorrido na Europa e julgado pelo direito europeu, metodologicamente, talvez fizesse mais sentido que as concepções jurídicas utilizadas fossem as da literatura jurídica europeia.

Contudo, haja vista que boa parte da literatura jurídica brasileira é oriunda das doutrinas e jurisprudências europeias – provando que Eça de Queiroz estava certo ao dizer que o brasileiro vive atrás da penúltima moda europeia – e que o artigo foi desenvolvido no Brasil, crê-se que haja justificativa para o uso da literatura jurídica brasileira como fundamentação teórica sobre a análise do caso.

Na sequência, falar-se-á acerca dos dois princípios em torno dos quais se situa o conflito da princesa monegasca, tanto com os tabloides alemães quanto com as sentenças dos tribunais alemães, nomeadamente a liberdade de imprensa e o direito à intimidade.

3.1 Liberdade de imprensa

A Liberdade de Imprensa está contida dentro da Liberdade de Expressão e de Comunicação. Como ressalta Mendes (1994), é grande a discussão entre os limites da liberdade de expressão face ao direito à vida privada.

Para parte dos juristas, a violação de um direito tido como inviolável pela Constituição, como são a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, já ensejaria uma eventual reparação.

Já outra parte, dentre os quais se encontra Gilmar Mendes, atual ministro do STF, acredita que uma eventual reparação só diria “respeito aos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade” (MENDES, 1994, p. 297).

Alexandre de Moraes, também ministro do Supremo atualmente, apresenta que a liberdade de expressão não pode, *a priori*, sofrer nenhum tipo de “censura de natureza política, ideológica e artística” (MORAES, 2011, p. 56). Entretanto, tal afirmação não implica em dizer que a Liberdade de Imprensa consiste em uma espécie de direito absoluto (MENDES, 1994; MORAES, 2011). Na realidade,

a proibição à censura prévia, como garantia à liberdade de imprensa, implica forte limitação ao controle estatal preventivo, mas não impede a responsabilização posterior em virtude do abuso no exercício desse direito (MORAES, 2011, p. 56)

Acerca do que dispõe o direito constitucional pátrio sobre essa querela, ressalta Mendes (1994) que as limitações possíveis à liberdade de imprensa consistem, justamente, em limites sistemáticos intrínsecos no texto constitucional.

Como o ministro Gilmar Mendes ressalta, “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” (MENDES, 1994, p. 298).

De igual forma, sustenta Moraes (2011) que, embora a censura prévia seja vedada, há uma responsabilidade necessária inerente ao jornalismo e que decorre da própria atividade jornalística no âmago de um Estado Democrático de Direito – uma vez que, após a horizontalização dos direitos fundamentais, cabe também aos cidadãos o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais – posição, além disso, defendida pelo também ministro do STF, Luís Roberto Barroso (2004).

3.2 Direito à intimidade

O Direito à Intimidade encontra-se inserto no rol de direitos da personalidade, “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” (AMARAL, 2002, p. 243).

Em virtude desse mister protetivo que conferem à personalidade do seu titular, há quem apresente o direito à intimidade, tais como os outros direitos a ele conexos, como os de vida privada, de imagem e de honra, como uma decorrência lógica da dignidade humana (MORAES, 2011).

O surgimento dos direitos da personalidade como uma categoria de direitos da qual todos são titulares justamente por sua humanidade possui, como germe fundante, conforme Amaral (2002), na *hybris* grega e na *iniuria* romana – a primeira relacionada ao excesso e à injustiça e, a segunda, a uma conduta violadora de direitos.

No Brasil, a Dignidade Humana, conquanto seja princípio norteador tanto da República Federativa do Brasil quanto do seu ordenamento jurídico, busca evidenciar o caráter, pode-se dizer, quase que sagrado dos direitos da personalidade, como apresenta Barroso (2004).

Dividindo-se o ser humano em duas naturezas, uma física e outra metafísica, e, conseqüentemente, os direitos da personalidade em duas vertentes, direitos à integridade física e direitos à integridade moral, respectivamente, é visível que o Direito à Intimidade pertence ao segundo grupo (BARROSO, 2004).

A grande questão é que, por se tratarem de direitos que lidam com o âmbito subjetivo dos indivíduos, “nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais” (BARROSO, 2004). Juntando-se a isso o fato de que nem sempre esse dano é possível de ser avaliado quantitativamente, fica ainda mais difícil avaliar a sua extensão.

Inclusive, é interessante ressaltar que, por ser mais fácil avaliar quando um direito da personalidade de caráter metafísico foi descumprido do que estabelecer quais os casos fáticos em que esse descumprimento pode ocorrer, costuma-se deixar ao julgador e aos juristas estabelecerem se houve ou não o dano.

Além disso, é preciso ter em mente que, com relação à ação *sub judice*, o caso von Hannover c. Alemanha, ressalta Moraes (2011) dois pontos

essenciais: a diferença entre Vida Privada e Intimidade e a menor proteção jurídica à pessoa pública.

No tocante à primeira questão, explica Moraes (2011, p. 58, grifos do autor) que “*intimidade* relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto que *vida privada* envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.”.

Já com relação ao segundo ponto, Barroso (2004) apresenta que tanto as pessoas que ocupam cargos públicos quanto as pessoas notórias, dentre as quais se inserem artistas e demais celebridades e subcelebridades, possuem uma mitigação na proteção desse direito. Contudo, como pontua Barroso (2004, p. 26), é evidente que “menor proteção não significa supressão de direito”.

Dessa forma, até mesmo por conta da indisponibilidade dos direitos fundamentais, é preciso entender que exercer um direito não é desculpa para se transgredir outro. Logo, não se pode admitir que o livre exercício da liberdade de expressão/imprensa anule o direito à intimidade - da mesma forma que nenhum dos direitos da personalidade pode servir de motivo para a censura irrazoável da liberdade de expressão.

4 Análise dos fundamentos da decisão

4.1 Decisão do TEDH

Agora que o caso foi apresentado e que já se discutiram os aspectos jurídicos dos princípios colididos, apresentar-se-á o argumento utilizado pelo TEDH para dar ganho de causa à princesa monegasca e à proteção à imagem dela e da sua família.

A decisão do TEDH pautou-se na Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), na Lei de Direitos Autorais alemã e na Resolução 1165 (1998) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre direito à privacidade para avaliar se realmente ocorreu a alegada violação ao artigo 8º da CEDH.

Com relação ao pedido, o TEDH iniciou afirmando que tanto as fotos da princesa com suas filhas, quanto as da princesa com o ator francês Vincent Lindon não estavam *sub judice*, uma vez que se tratava de questão já resolvida. Sendo assim, ele estabeleceu seis grupos de fotos sobre os quais pautou-se – sendo cinco da revista *Bunte* e uma da *Neue Post*.

Partindo do pressuposto de que englobam a vida privada diversos aspectos referentes à identidade pessoal – como o nome e a imagem de uma pessoa – e a integridade física e psicológica do indivíduo, o TEDH disse entender que há uma “zona de interação entre as pessoas, até mesmo num contexto público, que está contido na proteção à ‘vida privada’” (EUROPA, 2004, p. 21).

De igual forma, o TEDH reiterou seu posicionamento de que, por vezes, há, por parte do indivíduo, no exercício das suas atividades diárias, certa expectativa legítima de proteção e de respeito pela sua vida privada.

Com base nesse raciocínio, o Tribunal considerou que as fotos tiradas pelos *paparazzis* que eram alvos do crivo judicial, sem dúvida, enquadravam-se na esfera da vida privada da requerente (EUROPA, 2004).

Avaliando o caso em questão, a Corte sustentou que a liberdade de imprensa possui sim o seu valor a ser considerado e que, ainda mais no que se refere às figuras públicas, o entendimento da Corte costuma ser favorável ao seu exercício (EUROPA, 2004).

Ocorre, contudo, que, muito embora a princesa Caroline de Mônaco seja parte de uma família reinante, ela não possui cargo político algum no governo monegasco – sendo que, se se configurasse uma atuação política pela princesa, a forma de se verificar a questão estaria alterada, visto que se trataria de atividade fiscalizatória exercida pela mídia (EUROPA, 2004).

Da mesma forma, outro fator decisivo seria a relevância da notícia, isto é, a sua importância para um debate de interesse geral. O que se verificou, porém, foi que as notícias, no caso, não possuíam relevância alguma, visto que não se tratava de nenhum tipo de relação oficial feita por alguém em um cargo

do governo monegasco, mas tão somente atividades diárias exercidas pela princesa, acompanhada ou não de sua família (EUROPA, 2004).

Outro aspecto de extrema importância para a decisão foi o assédio constante vivenciado pela princesa, que tinha de se policiar a todo momento, sem poder descansar nunca. Além disso, a fim de auferir provas de que estava exercendo atividades da sua vida privada, a princesa passou a anotar sempre onde estava (EUROPA, 2004).

Essa lista era feita porque, para o direito doméstico alemão, a pessoa pública, fora de casa, só possui direito à privacidade quando encontra-se em um lugar isolado – que seria todo lugar em que se espera que ninguém observe quem nele está e se possa agir diferentemente da forma que se costuma agir frente à câmera (EUROPA, 2004, tradução nossa).

Nesses termos, a Corte considerou que o direito doméstico alemão não fora capaz de assegurar, à princesa de Mônaco, uma expectativa legítima de privacidade – em que consiste uma das atribuições dadas ao Estado – capaz de legar a ela um pleno e “livre desenvolvimento da sua personalidade” (EUROPA, 2004, tradução nossa), como dispõe a Constituição alemã. Assim sendo, por unanimidade, o TEDH julgou procedente a alegação de que o art. 8 da CEDH fora violado.

Apesar da condenação unânime ter se dado pelos argumentos retromencionados, cabe ressaltar que dois votos divergentes – *judge* Cabral Barreto e *judge* Zupančič – adentraram por questões por demais interessantes para serem relegadas a segundo plano.

O *Concurring opinion* do *judge* Cabral Barreto inicia com uma declaração dupla: ele começa dizendo que concorda com haver uma violação, mas que discorda da argumentação utilizada para decidir pela violação.

Para Barreto, mesmo que não exerça funções oficiais em Mônaco, a princesa desempenha um papel relevante na vida pública europeia – como atesta, por exemplo, o fato de ela ter sido uma das membras da alta sociedade europeia e do mundo mais bem recepcionada pelo público durante o casamento de Filipe, à época Príncipe das Astúrias (hoje, rei da Espanha), e

Leticia Ortiz. Desse modo, “a quantidade de cobertura de mídia dedicada às suas vidas pública e privada” (EUROPA, 2004, tradução nossa) serve como modo de se constatar o elevado grau de interesse público pela sua vida.

Segundo ele, a relevância das fotografias para um “debate de interesse geral” (EUROPA, 2004, tradução nossa) não pode servir como critério objetivo para se definir se o Artigo 8 da Convenção foi efetivamente violado em virtude de a princesa ser uma figura pública. A solução do caso deveria, no caso, se alicerçar “no equilíbrio justo entre o direito da requerente à sua vida privada e o direito à informação do público” (EUROPA, 2004, tradução nossa).

Ademais, Barreto aponta que, como a demarcação de limites entre o público e o privado para pessoas públicas não é tarefa fácil e a adoção de critérios rígidos pode fazer com que o julgador chegue a soluções que não correspondem à natureza das coisas. Deve-se, portanto, analisar cada situação de modo casuístico.

Olhando a questão sob esse prisma, *judge* Cabral Barreto entende que o isolamento do indivíduo leva a crer que ele deseja proteção à sua vida privada. E, mesmo acreditando que o critério utilizado pelos tribunais alemães é muito restritivo, ele não acredita que todas as fotos violaram o direito à privacidade da princesa monegasca.

Para o julgador, por exemplo, as fotografias na piscina do Monte Carlo Beach Club não foram retiradas em um contexto de ‘expectativa legítima’ de estar a salvo da mídia uma vez que “a piscina do Beach Club era em um lugar aberto, frequentado pelo público em geral e, além disso, visível a partir de edifícios vizinhos” (EUROPA, 2004, tradução nossa).

Dessa forma, entende Cabral Barreto que essas fotos – bem como algumas outras, como aquelas em que a requerente aparece fazendo compras – não seriam capazes de ensejar violação ao Artigo 8 da Convenção. Contudo, analisando as fotos como um conjunto, haveria violação à privacidade suficiente para condenar a Alemanha pela proteção insuficiente aos direitos fundamentais da requerente.

Nesse mesmo sentido entende o *judge* Zupančič, autor do outro voto divergente que segue anexo à decisão do TEDH. Segundo ele, o principal ponto da lide não é tanto o direito do público em ser informado, mas sim o “simples fato de que é impossível separar com uma cortina de ferro a vida privada da performance pública” (EUROPA, 2004, tradução nossa).

O direito de ser deixado em paz, conceito utilizado por Zupančič para definir a privacidade, possui um grau de relevância jurídica inversamente proporcional à medida que “sua vida privada não se cruza com as vidas privadas de outras pessoas” (EUROPA, 2004, tradução nossa). Para ele, o equilíbrio a ser alcançado deve considerar o que “é privado e recluso e o que é público e não protegido” (EUROPA, 2004, tradução nossa).

Para tanto, ele sugere o método já empregado pelo TEDH no julgamento Halford c. Reino Unido para – desviando a questão de a requerente ser ou não uma figura pública – se concentrar em saber se haveria ou não uma expectativa razoável de privacidade.

Assim, em vez de ponderar o grau de interesse público na princesa, ou de focar tão somente em a princesa ser ou não uma figura pública, a ideia seria a realização de um teste determinativo mais preciso baseado mais nos locais em que a princesa se encontrava do que nas suas condutas.

4.2 Análise do *decisum*

A teoria metodológica desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy (2017) para solucionar colisões de princípios envolve uso de argumentação a fim de ser possível avaliar a ponderação a ser feita entre princípios – e se essa forma de se solucionar a colisão de princípios é realmente necessária.

O jurista Luís Virgílio Afonso da Silva (2003), principal expoente alexyano no Brasil, apresenta a diferença entre regras e princípios, em Alexy, como o de deveres definitivos e o de deveres *prima facie*, respectivamente.

Dizer que o princípio possui um caráter *prima facie* implica dizer que sua concretização varia conforme o caso. Em caso de colisão entre conflitos, portanto, verificar-se-á qual princípio melhor se adéqua à situação e, mediante

o uso da argumentação jurídica, se sopesará o impacto de ambos ao caso, a fim de se alcançar a justiça (SILVA, 2003; ALEXY, 2017).

Nesse contexto, verifica-se que a decisão judicial proferida pelo TEDH flerta muito com a estrutura metodológica proposta por Alexy para se chegar ao resultado, visto que ela aparenta sopesar o peso de cada princípio, abstrata e concretamente, além de avaliar o grau de interferência de cada princípio tanto na vida da princesa monegasca quanto na liberdade de imprensa dos tabloides.

Ocorre, porém, que não é feito sopesamento algum. Ao contrário, os juízes do TEDH parecem se valer dos valores adotados pelo ordenamento jurídico utilizado para decidir se houve ou não uma violação ao Artigo 8 da Convenção – seria, no caso, muito mais uma verificação de aplicação ou não da regra do que um balanceamento principiológico de vetores axiológico-conformativos.

Os votos discordantes auxiliam na sustentação desse posicionamento uma vez que procuram por um elemento objetivo capaz de decidir – ainda que casuisticamente, como aponta Cabral Barreto – qual o limite entre direito de saber o público e o dever de respeitar o privado, mesmo que seja impossível, como ressaltado pelo *judge* Zupančič, separar o público do privado com uma ‘cortina de ferro’.

4.3 O artigo 41 da Convenção

Outro ponto interessante diz respeito à possível aplicação do artigo 41 da Convenção, cuja redação é a que segue, *ipsis litteris*:

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário (EUROPA, 1950, p. 26)

Verifica-se, desse modo, que é possível a responsabilização civil dentro do TEDH. A questão é que, por se tratar de um julgado do TEDH, a parte ré do caso consiste em um país membro da Comunidade Europeia e, por se tratar de um Estado, a ‘culpabilidade’ da parte ré necessita de uma abordagem diferenciada.

A questão da responsabilidade civil do Estado levou muito tempo para ser aceita no meio jurídico. Como aponta Carvalhaes (2015), a própria responsabilidade civil dos particulares só conseguiu autonomia da responsabilidade penal na Idade Média, sendo o direito francês o principal responsável pela reestruturação da responsabilidade civil – vigendo, nessa época, a ideia de irresponsabilidade do Estado.

A confusão entre a pessoa intangível do soberano com o Estado que ele governava/representava auxiliava na manutenção dessa ordem jurídica (CARVALHAES, 2015). Foi apenas com a criação e posterior evolução dos Estados de Direito, aos quais se deveria atribuir “os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 658), que esse entendimento passou a mudar.

Essa mudança de pensamento se iniciou com a adoção de uma responsabilização do Estado pautada na doutrina civil da culpa. A teoria da responsabilidade civil com culpa, conforme Carvalho Filho (2018, p. 659),

procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal

A aplicação dessa primeira teoria, contudo, era obstada na prática tanto pela difícil distinção entre os atos de gestão e de império quanto por caber à vítima o ônus probatório (CARVALHAES, 2015).

Com o tempo, percebeu-se “a necessidade de se fundar um instituto baseado nas normas e princípios de direito público” (CARVALHAES, 2015, p. 5-6). Na atualidade, há duas teorias utilizadas para se responsabilizar o Estado: as teorias da culpa administrativa e do risco administrativo, sobre as quais se falará na sequência.

A teoria da culpa administrativa encontra-se, desde sua criação, relacionada à falta de serviço público, seja pela sua inexistência, pelo seu mau funcionamento ou pela prestação morosa do referido serviço. Nesse caso, a configuração da responsabilidade civil dava-se mediante a comprovação, inicialmente, da conduta danosa e, após, da culpa estatal (CARVALHO FILHO, 2018).

Com o tempo, verificou-se que a comprovação da culpa estatal era extremamente difícil. Desse modo, com relação às condutas danosas comissivas do Estado, aplica-se atualmente uma teoria relacionada à responsabilidade objetiva do Estado nas ações lesivas que pratica (CARVALHAES, 2015).

A responsabilização objetiva, por não exigir a comprovação da culpa *lato sensu* do agente que deu causa à ação, torna mais fácil que o Estado responda pelos danos causados ao indivíduo. A fundamentação de tal teoria, como explica Carvalho Filho (2015, p. 660-661), veio à tona “na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso”.

É dizer, o excesso de poder estatal torna presumível que haja eventuais danos aos seus súditos. Logo, esse risco de dano, inerente ao poder estatal, preenche o elemento ‘culpa’ para que se configure a responsabilidade civil (CARVALHO FILHO, 2018). Trata-se, portanto, de uma culpa *in re ipsa*, isto é, que está embutida na própria coisa.

Não há dúvidas de que a conduta dos *paparazzis* prejudicou grandemente a vida privada da princesa de Mônaco. Entretanto, a grande questão se resume à responsabilidade do Estado alemão na extensão do dano.

O Artigo 8 da Convenção deixa explícita a necessidade de uma atuação parcimoniosa do cidadão: ao estabelecer o direito ao respeito à vida familiar e privada, o artigo estabelece uma proibição de lesão por parte do Estado.

Dessa forma, o que o TEDH poderia punir seria a lesão que ocorresse devido à transgressão desse mandamento negativo, visto que a princesa monegasca possui uma expectativa de abstenção por parte do Estado.

Ocorre, porém, que, no decorrer do *decisum*, os juízes assinalam que não houve descumprimento da norma por parte do Estado, haja vista que ele não fez nada que não poderia fazer (EUROPA, 2004, tradução nossa).

Desta forma, não se verifica nenhuma transgressão do Estado alemão à norma negativa que o obriga a respeitar a vida privada e familiar, uma vez que a Alemanha não descumpriu esse preceito. Entretanto, como visto acima, ainda assim o país foi condenado.

Acerca disso, pode-se dizer que, apesar de a Alemanha não ter lesado nenhum direito da princesa Caroline von Hannover, a princesa possuía uma expectativa de prestação positiva por parte do Estado.

Dessa forma, para além de se abster de interferir (dimensão negativa do comando normativo), deveria o Estado efetivar essa proteção, garantindo assim a devida prestação desse direito à princesa von Hannover (dimensão positiva do comando normativo), como proposto por Ferrajoli (2015).

Tal entendimento, decorrente da elevada força normativa conferida por Ferrajoli (2015) aos princípios constitucionais, é visível na sentença, em especial no seguinte excerto do parágrafo 57:

O Tribunal reitera que, apesar de o objeto do artigo 8º ser essencialmente o de proteger o indivíduo contra a ingerência arbitrária das autoridades públicas, não obriga apenas o Estado a abster-se de tal interferência: além deste compromisso principalmente negativo, pode haver obrigações positivas inerentes a um respeito efetivo pela vida privada ou familiar. Essas obrigações podem envolver a adoção de medidas destinadas a garantir o respeito pela vida privada,

mesmo na esfera das relações de indivíduos entre si (EUROPA, 2004, p. 22)

Dessa forma, verifica-se que a teoria garantista – ou ao menos a força normativa que ela confere aos Direitos Fundamentais por meio de um Modelo Constitucional de Direito – consiste em uma ideia acatada pelo TEDH: há, para o Estado, um dever positivo de proteção que não se pode desprezar.

O grande óbice é que, como verificado, a omissão estatal exige a comprovação da culpa estatal. E, no tocante a essa questão, o TEDH considerou que a questão de aplicação do Artigo 41 não estava pronta para ser decidida.

Em virtude disso, o TEDH sustentou, no dispositivo da decisão objeto de análise, que a questão da aplicação ou não do Artigo 41 ficasse suspensa até que requerente e requerida apresentassem “no prazo de seis meses da data em que a sentença se tornar definitiva, nos termos do artigo 44, § 2, da Convenção, suas observações escritas sobre o assunto”.

5 CONCLUSÃO

À luz do caso estudado, verificou-se a riqueza do Direito, haja vista a sua aplicação como ordenador da sociedade. Foi verificada, também, a dificuldade existente, dentro do mundo jurídico, em se solucionar conflitos entre princípios, posto que, com o avanço do pós-positivismo após o fim da II Guerra Mundial, eles passaram a ser considerados fontes jurídicas válidas e, portanto, aptas para se empregarem em sentença decisória.

De igual forma, foi possível constatar que o direito de se expressar – muito embora seja uma das principais liberdades de que um indivíduo possa gozar em um Estado Democrático de Direito – necessita de limites ao seu exercício.

Essas fronteiras, por óbvio, variam conforme a importância do bem jurídico a ser protegido. Destarte, um elemento da vida íntima é mais bem protegido pelo direito do que um elemento da vida privada – bem como

pessoas públicas, em virtude do seu *status*, recebem uma proteção em grau menor do que os demais membros da sociedade.

Da decisão do TEDH, é possível estatuir alguns parâmetros acerca do conflito entre liberdade de imprensa e direito à privacidade. O primeiro, que já é consensual e inclusive já foi referido acima, é que a esfera protetiva das pessoas públicas é menor do que a dos particulares – sendo que a proteção dispensada àqueles que exercem cargos estatais é mais reduzida ainda.

Tal *status* de proteção deriva – conforme os ensinamentos de Alexy e de Dworkin – da necessidade de se conceder uma decisão conforme a real necessidade das partes que vá ao encontro de uma solução moralmente justa ao impasse.

Em segundo lugar, foi possível perceber que a mitigação do direito à vida privada, no que concerne à atividade de imprensa, está, de certo modo, intimamente ligada à importância da veiculação da notícia ao interesse público – demonstrando, assim, a imprescindibilidade de se ponderar, de forma razoável, a importância relativa de cada princípio perante o outro – ainda que houvesse entendimentos divergentes, já à época da decisão, de que o ponto da questão seria mais a análise objetiva do local em que se encontra a personalidade pública e das suas condutas voltadas a estar longe do olhar público.

Disso decorre que a atividade informativa – ainda mais a jornalística, de vital importância à sociedade – deve se desenvolver de forma séria, ética e cidadã, informando à coletividade apenas aqueles fatos cuja pertinência e relevância exijam o seu conhecimento.

Por fim, é possível notar – na esteira do que preleciona Luigi Ferrajoli – que há, por parte do Estado quanto às liberdades do indivíduo, não somente um dever negativo de se abster, como também um dever igualmente jurídico de viabilizar um exercício pleno e livre do direito objetivo assegurado.

Assim sendo, instaura-se um entendimento de que não apenas o ato comissivo estatal seria capaz de lesar Direitos Fundamentais, uma vez que também é possível infringi-los pela conduta omissiva do Estado.

Isto é, não apenas violar o direito-garantia assegurado pelo ordenamento é algo punível (conduta comissiva) como não possibilitar sua implementação (conduta omissiva) também torna possível sua responsabilização – apesar de, como visto, ela não ter ocorrido justamente pela não comprovação da culpa durante o julgamento.

Tem-se, por isso, como acertada a decisão do TEDH em responsabilizar a República Federal da Alemanha por infringir o art. 8º da CEDH, ainda que a violação tenha ocorrido por terceiros, uma vez que houve, por parte do Estado, uma proteção insuficiente aos direitos da princesa von Hannover e dos seus familiares.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 4.^a ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Choque entre direitos fundamentais. Consenso ou controvérsia? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, jan./mar. 2011, pp. 259-268.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 235, jan./mar. 2004, pp. 1-36.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CARVALHAES, Tatiane Marques da Silva. Responsabilidade civil do Estado. **Revista Científica FacMais**, v. IV, n. I, 2015. Disponível: <<https://bit.ly/2JP26Dh>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2Om7tZ8>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: Una perspectiva latinoamericana. **Latin American Legal Studies**, v. 3, pp. 1-28, 2018.

DUIGNAN, Bryan. **What Is a Injunction?**. Disponível em: <bit.ly/2CkjbP9>. Acesso em: 15 mar. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGLE, Eric. Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung). **HanseLR**, v. 5, n. 2, pp. 165-73, 2009.

EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Roma, nov. 1950. Disponível em: <<https://bit.ly/2JE3ymH>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Case of von Hannover v. Germany**. Apelante: Caroline von Hannover. Apelada: República Federal da Alemanha. Estrasburgo, 24 de julho de 2004. Disponível em: <<https://goo.gl/C6ACb1>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto prático. 1ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FOHRMANN, Ana Paula Barbosa. Horizontal or third-party effect of human rights: international decisions and national tendencies in retrospective. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 17, n. 17, pp. 56-67, jan./jun. 2015.

INJUNCTION. In: ENCYCLOPAEDIA Britannica. Nov. 2008. Disponível em: <bit.ly/2Wa3gdQ>. Acesso em: 15 mar. 2019

MADOZ, Wagner Amorim. Crítica às soluções de colisão de direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 173, jan./mar. 2007, pp. 303-322.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 31, n. 122, maio/jul. 1994, pp. 297-301.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2003, pp. 607-630.

SILVEIRA, Bruno Furtado. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Laborais. **DPU**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2010.