

A colisão entre o direito à imagem e o direito à liberdade de expressão e informação

Arthur Martins Ramos Rodrigues*

Advogado; Professor de História do Direito; Prática Jurídica II; Prática Jurídica IV, Uma Visão Constitucional do Direito Civil, da Universidade Iguazu – Campus V; Mestre em Direito na área de concentração em Direito Privado e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos.

Kamila Aparecida Iwanami*

Advogada, professora, especialista e doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNLP- Universidade Nacional de La Plata.

Victor Martins Ramos Rodrigues*

Advogado; Secretário Geral da OAB/RJ – 11ª Subseção; Professor de Direitos Fundamentais – Direitos Humanos; Ciências Políticas e Teoria Geral do Estado; Prática Jurídica Real III, da Universidade Iguazu – Campus V; Doutorando em Ciências Jurídicas pela UNLP – Universidad Nacional de La Plata (Argentina); Mestre em Direito na área de concentração em Direito Privado e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes-RJ.

Resumo

A Constituição Federal de 1988 inseriu no rol de direitos fundamentais o direito à própria imagem, que simultaneamente é um direito da personalidade, e as liberdades de expressão e informação, consideradas instrumentos essenciais em uma sociedade democrática e como premissas para o exercício de outros direitos fundamentais. Ocorre que em uma sociedade como a contemporânea, marcada pela permanente evolução tecnológica dos meios de comunicação, tais direitos ficam inevitavelmente expostos a situações conflituosas, onde o exercício de um direito fundamental por seu titular impede ou dificulta que o titular de um outro direito, também fundamental, o exerça plenamente. O presente artigo tem como objetivo analisar o conflito entre estes direitos, apontando os elementos fáticos que deverão ser considerados pelo intérprete do Direito na solução de cada caso.

Palavras-Chave: Colisão; imagem; liberdade; expressão; informação.

Abstract

The Federal Constitution of 1988 entered the list of fundamental rights the right to own image, which simultaneously is a right of personality, and freedoms of expression and information, as essential instruments in a democratic society and as premises for the exercise of other fundamental rights. It happens that in a society like contemporary, marked by constant technological evolution of the media, those rights are inevitably exposed to conflict situations where the exercise of a fundamental right by its holder prevents or hinders the holder of another right, too key, the fully engaged. This article aims to analyze the conflict between these rights, pointing out the factual elements which should be considered by the interpreter of the law in solving each case.

Keywords: Collision; image; freedom; expression; information.

1 Introdução

O fenômeno da globalização, acelerado pelo desenvolvimento dos meios de comunicação, trouxe uma nova realidade para a sociedade. De um lado se encontra a imagem do cidadão que está cada vez mais exposta pelo grande número de meios disponíveis para a sua captura (câmeras digitais, celulares, câmeras de segurança, etc.) e

pela facilidade da circulação e divulgação dessas imagens (redes sociais, internet, email, etc). Por outro lado, encontram-se os meios de comunicação que permitem a emissão e a veiculação de qualquer notícia ou pensamento.

Diante disso, verifica-se que não raramente encontram-se em rota de colisão os direitos da imagem de um determinado cidadão e os direitos de liberdade de expressão e informação de um outro cidadão, fenômeno este que vem a ser o ponto central do presente estudo.

O direito à imagem e as liberdades de expressão e informação são direitos tutelados pela Constituição Federal como direitos fundamentais, de modo que tais direitos merecem um tratamento diferenciado, não podendo o impasse ser resolvido pelos métodos hermenêuticos clássicos apresentados pela doutrina para a solução de conflitos entre normas.

O presente artigo leva em consideração o método da ponderação de interesses como o mais indicado para a solução entre a colisão entre os direitos fundamentais da imagem e das liberdades de expressão e informação.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, a ponderação consiste:

[...] em uma técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.¹

Nesse sentido, a interpretação deve ponderar os danos causados pela medida restritiva dos direitos fundamentais e os benefícios obtidos, a fim de manter uma razoabilidade entre os meios eleitos e o resultado perseguido.

O intérprete, após uma prévia compreensão dos direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos envolvidos no conflito, deve atribuir um peso específico a cada um deles, através de um sistema de ponderação entre os mesmos. O peso atribuído a cada vai depender da intensidade com que estiverem sendo afetados os interesses tutelados por cada um dos direitos. Com isso, pode-se afirmar que estes pesos emprestados só podem ser mensurados mediante um caso concreto.

A partir da atribuição de carga, é possível definir o nível de restrição que cada direito fundamental conflitante será submetido. Ao dissertar sobre o a ponderação entre princípios constitucionais em conflito, Daniel Sarmiento assegura que “o nível de

¹ 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, *Revista de Direito Privado*, nº 18, abr./jun., 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 114-115.

restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente.”²

O referido autor explica metaforicamente o processo de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito através da ponderação de interesses:

De um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, de outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.³

Desta forma, ponderar não quer dizer atribuir-lhes uma grandeza quantitativamente mensurável, muito pelo contrário, significa valorar cada direito fundamental em conflito de forma orientada, idêntica e racional, tendo sempre como parâmetro a realidade fática do conflito.

Buscar-se-á com o presente trabalho analisar a colisão entre os direitos em questão, apontando justamente os elementos fáticos que deverão ser considerados pelo intérprete na resolução do impasse.

2 O direito à imagem

No decorrer dos séculos, a imagem de uma pessoa só podia ser reproduzida através da pintura, o que obstava a sua propagação de forma descontrolada e o surgimento de maiores percalços, já que o acesso a uma obra era dificultado pelo alto preço cobrado para a sua confecção, pela demora para a sua conclusão e pela escassez de profissionais gabaritados a produzi-las. Tal fato certamente camuflava a necessidade de se tutelar o direito à imagem como direito da personalidade inerente à pessoa, vez que raríssimos, senão inexistentes, eram os casos em que o aludido direito era lesado. Como bem lembrado por António Menezes Cordeiro, os conflitos nesta época se relacionavam ao direito de propriedade da obra, e não a respeito do que atualmente se denomina direitos da personalidade.⁴

2 SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 104.

3 *Idem*, p. 89.

4 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2004. p. 193. Saliencia o autor que a questão era determinar quem seria o proprietário da obra: o pintor, o dono das tintas ou o dono das telas.

Contudo, os contratemplos começaram a surgir a partir de meados do século XIX, quando do surgimento da máquina fotográfica e da consequente facilidade de captação e de difusão da imagem alheia. Assim, qualquer pessoa munida de uma câmera fotográfica poderia facilmente capturar a imagem de determinada pessoa e difundi-la indiscriminadamente. Essa facilidade, associada à evolução da imprensa, do cinema e da televisão “deu uma dimensão pessoal – de personalidade – à imagem humana”⁵. Os constantes atentados à imagem humana conduziram a um inevitável e necessário desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, chegando-se a um consenso de que o direito à própria imagem estava inserido na categoria dos direitos da personalidade.

A possibilidade de se dispor da imagem e de auferir lucros é uma prática cada vez mais corriqueira na sociedade contemporânea, principalmente quando da sua vinculação, para fins de publicidade, a algum produto, entidade, ou a serviços postos à disposição da classe consumidora. Em decorrência disso, é cada vez maior o número de pessoas célebres – artistas, modelos, desportistas, etc. – inseridos no meio publicitário, gerando, assim, um abarrotamento de propagandas nas várias modalidades de meios de comunicação atualmente conhecidos.

A mencionada prática, via de regra, é viabilizada por contratos próprios (contrato de licença ou de concessão de uso) firmados com os interessados na exploração da imagem da pessoa, onde ficam especificados o bem a ser explorado (figura; efígie; rosto; perfil; olhos; pernas; etc.), o local de exposição da imagem (revista; jornal; filme; novela; propaganda; etc.), o tempo de duração da permissão, a remuneração, dentre outras condições estabelecidas a critério das partes.⁶

O que não se pode confundir é a disponibilidade para fins econômicos até aqui abordada com aquela característica da indisponibilidade intrínseca aos direitos da personalidade.

Por certo, os direitos da personalidade são aqueles intrínsecos à pessoa humana, cujo conteúdo valorativo é voltado à efetividade da sua dignidade e que, por isso mesmo, não podem figurar como objeto de quaisquer contratos que deles se encarreguem de dispor, eis que inalienáveis. A personalidade nasce com o indivíduo e com ele permanece ao longo de sua existência, sendo impossível uma dissociação para fins de transmissão ou alienação. A imagem, considerada, então, como bem integrante

⁵ Loc. cit.

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 6ª ed. Revista ampliada e atualizada de acordo com o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 95.

da personalidade, é inalienável, intransmissível e irrenunciável, etc. No entanto, como aludido, o direito à imagem possui uma faceta economicamente apreciável, que é seguramente o exercício deste direito.

Ao permitir o uso de sua imagem em determinada situação fática, o indivíduo não está se privando completamente do direito à imagem propriamente dito, já que o direito em questão continua e continuará sendo resguardado permanentemente. O que se sacrifica é o exercício do direito à imagem em determinada situação.

Sobre a possibilidade de se dispor do direito à própria imagem, afirma o autor Walter Moraes:

[...] ao titular da imagem cabe não só autorizar a disposição de sua figura, mas ainda o exercício originário do conteúdo do mesmo direito à imagem; o seu *jus disponendi* compreende, portanto, a faculdade de reproduzir, expor, fruir, modificar etc., ele próprio, a sua imagem, e a faculdade de autorizar ou consentir não é mais do que uma manifestação do seu direito próprio de dispor dela.⁷

O mesmo autor ainda destaca:

O apêndice contratual de conteúdo econômico já não é de direito da personalidade conquanto tenha raiz nele e nele esteja envolvido, assim como um negócio de locação ou empréstimo está compreendido no direito de propriedade.⁸

Também é valiosa a lição de Gilberto Haddad Jabur:

Os direitos da personalidade são *indisponíveis*. As virtudes neles encarnadas não se prestam a adornar personalidade diversa. A personalidade é atributo jurídico imediato ao nascimento com vida e com ela há de continuar agregada; vez outra, e consoante dito, *ad aeternum*. Então, e com sobra de razões, sustentar-se que são *intransmissíveis*, já que indestacáveis da pessoa fazem corpo com ela. Mas aqui se põe exceção, porque exploráveis e frugíferas são as múltiplas potencialidades econômicas desses direitos. A fruição das vantagens patrimoniais da própria imagem, por exemplo, são freqüentemente disponibilizadas. [...] A disposição em apreço é *parcial* e *temporária*, porquanto a total e vitalícia transmissão de vantagens econômicas equivaleria à completa renúncia da própria personalidade, que não se compraz com a natureza da pessoa humana, tampouco com a fictícia personificação do ente moral.⁹ (grifos no original)

⁷ MORAES, Walter. Direito à própria imagem – II, *Revista dos Tribunais*, nº 444, out. 1972. p. 16.

⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁹ JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao Direito à Própria Imagem. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 15-16.

Entretanto essa disponibilidade, além de não poder ser permanente nem geral, há de ser voluntária, contando com específica permissão do titular do direito¹⁰. Caso o uso da imagem extrapole os limites da autorização, estará configurado dano à imagem passível de indenização respectiva.

Essa utilização desenfreada da imagem, principalmente naquelas hipóteses onde os lucros são os únicos fins almejados, a expõe constantemente o direito à própria imagem a conflitos diretos com outros direitos como a liberdade de expressão e de informação, de modo que se torna inegável o relevo da tutela da imagem no atual ordenamento jurídico.

2.1 A imagem no direito positivo brasileiro

Até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, não havia no direito positivo brasileiro, qualquer dispositivo conferindo expressamente tutela ao direito à imagem.

Os Tribunais brasileiros, no entanto, entendiam que o tal direito estava amparado pelo artigo 666, X do revogado Código Civil.

Assim, a Constituição passou a tutelar o direito à imagem como direito fundamental em três dispositivos, quais sejam: os incisos V e X, e a alínea “a” do inciso XXVIII, todos do artigo 5º da Carta Magna.

Já na esfera infraconstitucional, a imagem passou a ser tutelada pelo Código Civil em vigor que em seu artigo 20.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990) também trouxe manifesta tutela da imagem da criança e do adolescente cuja autoria de ato infracional lhes fosse imputada, quando, em seu artigo 143, vedou a publicação de atos judiciais, policiais e administrativos que lhes dissessem respeito.

Segundo Walter Moraes:

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o direito. A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende,

¹⁰ O Enunciado 4, da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, de setembro de 2002, estabeleceu: “Art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral.” Já a III Jornada de Direito Civil, realizada em novembro de 2004 no Superior Tribunal de justiça, foi aprovado o Enunciado 139 salientando que: “Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

além, a imagem sonora da fotografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade.¹¹

Hermano Duval conceitua o direito à imagem como sendo:

a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentários, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebês) no mundo exterior.¹²

Pontes de Miranda conceitua direito à imagem como sendo o “direito da personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, identificadamente”.¹³

Para Carlos Alberto Bittar, o direito à imagem

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa).¹⁴

A imagem, por conseguinte, pode ser considerada a emanação da própria pessoa e, assim, de elementos perceptíveis que integram a personalidade humana. Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica, dos caracteres que a individualizam perante a sociedade. A imagem permite a imediata identificação da pessoa de que se trate. Representa “aquilo que nós projetamos ou queremos que seja projetado de nós mesmos, sob o aspecto físico, para o mundo exterior”.¹⁵

A noção de imagem não se atém, portanto, somente na representação visual dos aspectos físicos do indivíduo em sua totalidade ou da mera expressão facial, compreende igualmente as partes destacadas do corpo, desde que sejam capazes de *per si* individualizar a pessoa, pois não são raros os casos em que pessoas ficam famosas por seus olhos, narizes, bocas, mãos, pés, pernas, seios, cabelos, etc.¹⁶

Walter Moraes ainda sublinha que a amplitude da ideia de imagem, compreendendo, como mencionado, todos os aspetos capazes de isolar a pessoa perante

¹¹ MORAES, Walter. Direito à própria imagem – I, *Revista dos Tribunais*, nº 443, set. 1972. p. 64-65.

¹² DUVAL, Hermano. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988. p.105.

¹³ PONTES DE MIRANDA *apud* GUERRA, Sidney. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 55.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 94.

¹⁵ DUARTE, Fernanda [et. al.]. *Os Direitos à Honra e à Imagem pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147.

¹⁶ MORAES, Walter. Direito à própria imagem – I, *Revista dos Tribunais*, nº 443, set. 1972. p. 64-65.

as demais, abrange também “a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade.”¹⁷

No magistério de Pedro Frederico Caldas, o direito à imagem abrange também a reprodução da voz:

Não quer dizer que o fulcro central do objeto jurídico não seja a representação fisionômica da pessoa, a projeção de todo o seu corpo, ou de partes dele – quando seja possível se relacionar a parte à pessoa –, podendo também compreender a sua voz, quando igualmente a voz seja passível de exprimir a representação da pessoa.¹⁸

Desta forma, são acolhidos pela doutrina como expressões da imagem humana, constituindo o objeto do direito em questão, dentre outros: retratos, fotografias, bustos, pinturas, esculturas, estátuas, quadros, desenhos, entalhes, caricaturas, cinema, impressões gráficas, obras de arte figurativas, retratos fotográficos, retratos pintados, retratos esculpidos, retratos cinematográficos, fotografias de operações cirúrgicas, tutela da imagem da televisão, da radiodifusão e das gravações magnéticas sonoras e visuais.¹⁹ Entretanto, “por mais longo que seja o rol, não deixa ele de ser incompleto e exemplificativo”²⁰.

A doutrina contemporânea também contempla a imagem como um bem jurídico de conteúdo ainda mais abrangente do que aquele até aqui descrito. Segundo essa doutrina, o modelo de imagem vinculado apenas aos caracteres físicos da pessoa (efígie, silhueta, busto, rosto, partes do corpo, gestos, voz, etc.), por mais amplo que se demonstre, ainda assim não é capaz de conferir um tratamento jurídico adequado eficaz ao direito à própria imagem²¹, pois o bem tutelado ultrapassa o contorno de “formas estáticas de representação (fotografia, pintura, fotograma, escultura, holografia), como também os dinâmicos (cinema, vídeo)”²². A imagem não se restringe aos aspectos da fisionomia e, via de conseqüência, a suas emanações, abarca, além disso, determinados atributos construídos em nossas relações sociais.

A imagem, então, passa a representar, segundo a lição de Luiz Alberto David Araújo, o retrato moral do indivíduo, da empresa ou até mesmo do produto, sendo subdividida em imagem-retrato e imagem-atributo:

¹⁷ Ibid. p. 65.

¹⁸ GUERRA, Sidney. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 55.

¹⁹ MORAES, Walter. Direito à própria imagem – II, *Revista dos Tribunais*, nº 444, out. 1972. p. 17-18.

²⁰ Ibid. p. 18.

²¹ DUARTE, Fernanda; et. al. Op. cit. p. 148; GUERRA, Sidney. *A Liberdade...* p. 56.

²² CHAVES, Antônio. *Apud FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e A Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996. p. 120.

Dessa maneira, podemos afirmar que existem duas imagens no texto constitucional: a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo.²³

A noção de imagem-retrato foi regulada genericamente no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, e se aproxima daquela concepção tradicional analisada anteriormente:

Entendida como retrato, no entanto, a imagem não se limita, apenas e tão somente, à projeção da imagem física. Podemos chamar, nesse estágio do estudo, de imagem retrato. A proteção constitucional, inserida genericamente, no artigo 5º, inciso X, não tem uma extensão restrita. Ela vai cuidar e proteger a representação física da pessoa. Essa proteção vai se estender às partes do corpo, como extensão da imagem, desde que identificáveis.²⁴

De acordo com os ensinamentos do autor, o artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, traz uma outra noção de imagem que transcende aquela tradicional, encarada como a reprodução da efígie da pessoa. Trata-se da imagem-atributo, caracterizada por traços próprios, construídos por seu titular ou com o seu consentimento.²⁵

Por certo o passar do tempo faz com que cada indivíduo, mesmo sem perceber, construa uma imagem própria perante a sociedade que o circunda ou consente que esta imagem seja construída. Essa imagem edificada “nada mais é do que a figura pública que a pessoa assume na sociedade”²⁶.

A imagem-atributo está diretamente ligada à idéia que a sociedade tem sobre determinada pessoa, seja ela física ou jurídica, e pode ser ultrajada mesmo que não seja afetada simultaneamente a honra da titular do direito.

O entendimento de Carlos Affonso Pereira Souza caminha nesse mesmo sentido de conceber a imagem-atributo como uma segunda face do direito à própria imagem, abrangendo, além das características físicas do indivíduo, os atributos identificáveis através de suas relações sociais.²⁷ O objeto de tutela da imagem-atributo, então, se consubstancia no “conjunto de particularidades comportamentais que distinguem uma pessoa perante terceiros”²⁸.

²³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 31. *Apud* GUERRA, Sidney. *A Liberdade...* p. 56.

²⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. O Conteúdo do Direito à Própria Imagem. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASLP, 2003. p. 120.

²⁵ *Ibidem*, p. 122.

²⁶ DUARTE, Fernanda. et. al. *Op. cit.* p. 150.

²⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira. Contornos Atuais do Direito à Imagem. *Revista Forense*, v. 367, maio/jun. 2003. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 50.

²⁸ *Ibid.* p. 50.

A imagem-atributo possui um conteúdo específico que em nada se assemelha com o teor da imagem-retrato. O indivíduo pode ter a imagem de um bom advogado, de um bom médico, de um bom pai de família ou não, de uma pessoa religiosa ou não etc. Esses comportamentos assumidos voluntariamente pela pessoa ou quando há o consentimento para que lhe atribuam determinadas características constrói uma imagem perante a sociedade que, muitas vezes, tem uma característica economicamente apreciável.

Como exemplo, Luiz Alberto David Souza traz o caso do advogado especializado na área de família que durante anos cria uma reputação de um bom profissional neste campo. Se porventura uma notícia equivocada vier a macular essa reputação do profissional sem necessariamente atingir-lhe a honra, o que estará sendo ultrajado é a imagem atributo, diferentemente da imagem retrato.²⁹

Sidney Guerra cita outro exemplo envolvendo a imagem-atributo de um produto: o Bombril. Como lembra o autor, durante anos o produto cultivou de tal forma um slogan que só de pensar em Bombril, associa-se à idéia de “mil e uma utilidades”. Essa seria a imagem criada por este produto, ou seja, de que é útil para limpar panela, fogão, roda de automóvel, etc. Se por acaso um jornal vier a noticiar que o uso de Bombril pode causar câncer, a imagem-atributo do produto seria seriamente abalada, podendo acarretar, inclusive, consideráveis perdas financeiras para a empresa.³⁰

A fim de se fazer uma distinção entre imagem-retrato e imagem-atributo, Luiz Alberto David Souza sustenta que a primeira pode ser usada indevidamente por algum órgão da imprensa, sem, entretanto, ferir a segunda e muitas vezes até provocando uma valorização. A título de exemplo o autor menciona o caso de um artista famoso que tem a sua imagem-retrato maculada pelo simples fato de sua imagem ter sido divulgada sem a sua devida autorização, porém, enquadrando-o em um contexto onde a sua imagem-atributo estaria sendo beneficiada. Tenha-se em mente uma campanha publicitária beneficente, onde a imagem de um determinado artista foi vinculada sem o seu prévio consentimento, mas que, com isso, o público-alvo desta campanha passe a ter uma boa impressão do artista.³¹ Neste caso, mesmo com o flagrante desrespeito à imagem-retrato, a imagem-atributo do artista foi beneficiada, demonstrando uma completa distinção entre o conteúdo das duas modalidades de imagem.

²⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Op. cit. p. 122.

³⁰ GUERRA, Sidney. A Liberdade... p. 68-69.

³¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Op. cit. p. 122.

Entretanto, existem casos mais graves em que a imagem-atributo é lesada a partir de uma violação da imagem-retrato. Como bem salienta Luiz Alberto David Souza:

Uma montagem de fotografia (sem autorização do indivíduo) onde a pessoa está bebendo num bar pode causar um dano grave à sua imagem, especialmente, no caso, se ele professar uma religião onde o consumo de álcool é proibido.³²

Assim, como ficou demonstrado, o novo modelo de imagem trazido pela Constituição Federal (incisos X e V do artigo 5º) acabou por mitigar aquela tradicional concepção de que imagem estaria vinculada meramente na reprodução da fisionomia da pessoa humana. Em verdade, além daquela noção clássica de imagem, o ordenamento constitucional passou a tutelar também determinados atributos comportamentais capazes de individualizar o titular do direito perante terceiros, alargando, assim, o conteúdo de tutela do direito à própria imagem.

3 A liberdade de expressão e a liberdade de informação

A liberdade de expressão e de informação, tal como previstas na Constituição Federal de 1988, decorrem da liberdade de manifestação do pensamento.³³

Segundo Pontes de Miranda, o fundamento de toda e qualquer liberdade é a liberdade de consciência, abrangendo nesse contexto “tudo que serve para enunciar, auxiliar os enunciados (gestos, projeções, pinturas) e dar sentido, bem como tudo que não é o movimento só, ou a abstenção dele”³⁴.

No entanto, o fato de a liberdade de expressão e de informação terem como matriz a liberdade de manifestação de pensamento, não significa que tais liberdades possam ser compreendidas somente de forma isoladas. Em verdade, todas elas caminham sempre unidas, pois a liberdade de manifestação do pensamento perderia consideravelmente o seu valor sem que, ao indivíduo, fosse simultaneamente garantido a correspondente possibilidade de expressar o fruto de seu pensamento livremente ou de difundi-los.³⁵

³² Ibid. p. 123.

³³ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 39; FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit. p. 128; GUERRA, Sidney. *A Liberdade...* p. 71.

³⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentário à Constituição de 1967*. Tomo V, 3ª ed., vol. 5. São Paulo: Forense. p. 150. *Apud* CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade...* p. 39.

³⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit. p. 128.

Esclarecedoras são as palavras dos autores Eduardo Zannoni e Beatriz Bísvaro, no sentido de que:

La libertad de pensamiento y libertad de expresión se complementan, pues, en un orden de sucesión continua, la historia pública demuestra que la positivación de la libertad de expresión sigue al reconocimiento previo de la libertad de pensamiento; la historia particular del ejercicio de estas libertades corrobora, además, que no es posible libertad de expresión sin libertad de pensamiento, y que la libertad de expresión no es sino la manifestación externa de lo que antes se ha pensado en un clima de libertad; la libertad de pensamiento es la condición previa de la libertad de expresión.³⁶

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 promoveu a tutela da liberdade de expressão e de informação nos incisos IV, IX, XIV do artigo 5º e, também, no *caput* e no parágrafo 1º do artigo 220.

Em verdade, as liberdades de se expressar livremente e de receber e difundir informações sem qualquer ingerência são consideradas, atualmente, um símbolo de uma sociedade democrática. Luiz Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho chega a afirmar que essas liberdades são “o termômetro da democracia”³⁷, pois, “quanto mais livre um povo, mais livre a sua imprensa; quanto mais educado e evoluído, mais responsável e socialmente útil é a sua imprensa”³⁸.

A respeito disso, se manifesta Eduardo Barbarosch:

Entiendo que la “libertad de expresión” garantizada por las cláusulas constitucionales supone que ésta es un rasgo esencial de la forma de gobierno republicana y representativa. La democracia se debilitaría o devendría nula si la libertad de expresión fuera conculada. Sin libertad de expresión las formas mayoritarias de gobierno no se diferenciam em nada de um gobierno llegado al poder por la fuerza.³⁹

Segundo Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, o postulado liberal da livre informação só garantia que o informador noticiasse o que quisesse noticiar, da forma que quisesse e quando bem entendesse. A nova faceta social, por sua vez, confere ao informador um direito de pesquisar e impõe um dever ao Poder Público de permitir que seja pesquisado; ainda é responsável pelo direito da sociedade de receber informações e de poder selecionar quais informações deseja, ou não, receber; e, por fim,

³⁶ ZANNONI, Eduardo A.; BÍSCARO, Beatriz. *Responsabilidad de los Medios de Prensa*. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 8-9. *Apud* FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit. p. 128, nota de rodapé nº 370.

³⁷ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade...* p. 03.

³⁸ Loc. cit.

³⁹ BARBAROSCH, Eduardo. *La Libertad de Expresión y los Medios de Comunicación*. In: SANDLER, Hector Raúl (coord.). *El Cuarto Poder: Expresión, Información y Comunicación Social*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 1999. p. 36. Grifos do autor.

fundamenta o direito da sociedade de receber informações verdadeiras.⁴⁰ A liberdade de informação deixa de ser encarada apenas como um simples direito subjetivo do cidadão, para exprimir um caráter de um direito difuso de informar e de ser informado. O recebedor da informação abandona a vestimenta de um simples sujeito passivo do processo informativo e assume a qualidade de sujeito ativo, sujeito de direitos, titular do direito de ser receber informações corretas.⁴¹

Dotadas de um novo caráter coletivo complementando aquele individualista-liberal de outrora, as liberdades de expressão e de informação, incluindo-se aqui a liberdade de imprensa, associadas à facilidade de difusão através dos meios de comunicação de massa, passam a funcionar como instrumentos formadores de opinião pública, e, como tais, podem ser consideradas como elementos condicionadores da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais⁴².

Sábias são as palavras de Konrad Hesse quando afirma que:

[...] a liberdade de informação é pressuposto de publicidade democrática; somente o cidadão informado está em condições de formar um juízo próprio e de cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, no processo democrático⁴³.

Em decorrência disso, informa Edilson Pereira de Farias, os tribunais constitucionais têm decidido que, em casos de colisão com outros direitos fundamentais, as liberdades de expressão e de informação gozam, *prima facie*, de uma posição de preferência – *preferred position* – frente aos demais direitos fundamentais ou bens constitucionalmente tutelados individualmente considerados⁴⁴.

Tamanha a relevância de tais liberdades, abrangendo, como já anunciado, a liberdade de imprensa, que alguns autores preferem chamá-las de “quarto poder”, que, na lição de Norberto Bobbio, seria constituído:

[...] pelos meios de informação que desempenham uma função determinante para a politização da opinião pública e, nas democracias constitucionais, têm capacidade de exercer um controle crítico sobre os órgãos dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário.⁴⁵

⁴⁰ Ibid. p. 82.

⁴¹ Ibid. p. 83.

⁴² FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit. p. 134.

⁴³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 305.

⁴⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit. p. 135.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 10ª ed. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 1.040. *Apud* GUERRA, Sidney. A Liberdade... p. 78.

A liberdade de expressão vem sendo encarada como a liberdade de expor livremente os pensamentos, idéias ou opiniões através de qualquer meio de difusão. Trata-se, então, do direito de todo indivíduo de manifestar e de comunicar sem travas o próprio pensamento, incluindo-se nesta esfera as crenças e os juízos de valor⁴⁶. A liberdade de expressão não se esgota, portanto, na mera liberdade de consciência, de pensar livremente, como, por exemplo, a liberdade de formar um juízo próprio sobre os diversos aspectos da vida, seja o político, o religioso, o filosófico, etc. Vai mais além, englobando a liberdade de efetivamente emitir essa opinião formada sem sofrer qualquer tipo de impedimento ou discriminação⁴⁷.

A liberdade de informação, por sua vez, é tida como o direito do cidadão de difundir e de receber informações verídicas sem qualquer tipo de embargo por qualquer meio de comunicação⁴⁸. É a “liberdade de emissão de pensamentos de forma amplificada, de narrar fatos, acontecimentos, de registrar a história recente”⁴⁹.

4 A colisão entre o direito à própria imagem e às liberdades de expressão e informação

Como mencionado alhures, o desenvolvimento da sociedade e a evolução tecnológica dos meios de comunicação, os direitos à imagem e às liberdades de expressão e informação ficaram expostos em situações de constante atrito entre os seus respectivos âmbitos de proteção, configurando o fenômeno da colisão entre direitos fundamentais.

De um lado as liberdades de expressão e informação, que desempenham papel de vital importância na sociedade contemporânea, permitindo a veiculação de notícias atinentes a diversos assuntos (como políticos, esportivos, religiosos, sociais, culturais e de qualquer outro relacionado à vida em sociedade), e funcionando, em seu aspeto individual, como meios de desenvolvimento da personalidade humana, e, em suas dimensões coletivas, como elemento essencial a uma sociedade democrática, pelo incontestável interesse público na livre circulação de idéias.

⁴⁶ ULLA, Juan Manuel López. El Contenido Esencial de las Libertades de Expresión e Información Segun el Tribunal Constitucional Español. In: SANDLER, Hector Raúl (coord.). *El Cuarto Poder: Expresión, Información y Comunicación Social*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 1999. p. 247.

⁴⁷ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40.

⁴⁸ ULLA, Juan Manuel López. *El Contenido Esencial de las Libertades de Expresión e Información Segun el Tribunal Constitucional Español*. In: SANDLER, Hector Raúl (coord.). Op. cit. p. 248.

⁴⁹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade...* p. 40.

Por outro, o dever de tutelar de forma efetiva a imagem do indivíduo contra publicações indevidas, primeiro por constituir direito da personalidade inerente à pessoa humana e pelos preceitos da tábua axiológica constitucional que instituem a cláusula geral da tutela da personalidade; e, segundo, como direito expressamente consagrado no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Surge, então, a questão principal do tema abordado: Como proceder para dirimir o conflito sem que reste totalmente esvaziado o conteúdo de um dos direitos em pugna? Em qual medida cada um dos direitos envolvidos deve ser restringido?

De acordo com o que fora apontado, o critério indicado para dirimir o conflito entre direitos fundamentais é ponderação de interesses, no sentido de conferir um peso específico a cada um dos direitos envolvidos, de acordo com os elementos apresentados pelo fato concreto, para, ao final, proceder o *balancing*. No entanto, quais seriam estes elementos que o fato concreto poderia apresentar ao intérprete para auxiliá-lo na quantificação dos pesos atribuídos a cada um dos direitos fundamentais?

A doutrina especializada vem apontando a notoriedade do sujeito, o interesse de ordem pública, o interesse cultural, o interesse público e o local onde a imagem foi capturada como parâmetros a serem observados nos casos onde a imagem do indivíduo estiver sendo lesada por algum tipo de publicação. Nestes casos, o âmbito de proteção da imagem da pessoa, a princípio, ficaria restringido, conferindo um peso maior à liberdade de informação ou expressão, cabendo, desta forma, analisá-los mais especificamente. Ressalta-se que a notoriedade do sujeito pode advir de uma tragédia, de um acidente grave, ou até mesmo da prática de um crime.

A notoriedade do sujeito refere-se à fama pessoal ou ao cargo público exercido pelo titular do direito⁵⁰. Em se tratando de personagens públicos, as liberdades de informação e de expressão estarão em situação de vantagem frente ao direito à imagem do sujeito, mas essa relação deve se inverter quando se tratar de uma pessoa privada. Diante disso, verifica-se que as pessoas que ocupam cargos públicos ou celebridade como atores, cantores e esportistas famosos, possuem um âmbito de proteção do direito à imagem mais restrito do que o de um cidadão comum.⁵¹

Merecem destaque aqueles casos onde o assunto da notícia a ser veiculada se refere ao caráter privado da vida de um personagem público. Nestas hipóteses, a personalidade pública deixa de ser o elemento preponderante, dando lugar à efetiva proteção da esfera particular da pessoa, em plena homenagem ao princípio da dignidade

⁵⁰ MORAES, Walter. Direito à própria imagem – II... p. 23.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre... p.132.

humana. Isso porque, como será melhor analisado a seguir, a liberdade de expressão e informação não estariam sendo exercidas em sua forma lícita de atuação, já que se afastam do caráter público da notícia. Em outras palavras, deixa de existir o interesse público com relação ao assunto noticiado. O interesse público não deve ser confundido com a ‘curiosidade pública’.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já proferiu a seguinte decisão, exprimindo tal posicionamento:

Civil. Reparação de dano moral. Confronto entre liberdade de expressão e crítica e direito à tutela da imagem e da honra. Distinção entre atividade pública e privada da pessoa. Posição de preponderância da liberdade de crítica, no campo das atividades públicas, no confronto com a imagem. 1. A honra e a imagem integram os direitos da personalidade, tutelados na Constituição (art. 5º, V e X), bem como a liberdade de expressão e de crítica (art. 5º, IV). No eventual confronto entre tais valores, há que se distinguir, nas atividades da pessoa, a esfera pública e a esfera privada. Quando alguém exerce atividade pública, saindo da vida privada, se torna passível de crítica, agasalhada na preponderância da liberdade de expressão. Caso em que certo médico, investido nas funções de administrador de hospital, mereceu críticas do administrador anterior, defendendo outras diretrizes administrativas. Tutela da liberdade de expressão. 2. Apelação desprovida.⁵²

Walter Moraes também aponta, com fundamento na legislação alienígena, a existência de limites ao direito à imagem do cidadão quando estiver em jogo o interesse da ordem pública, referindo-se aos interesses da administração pública, da justiça, etc.⁵³

A doutrina também sustenta que quando houver qualquer interesse de ordem cultural, científico, didático, educativo ou artístico, as liberdades de expressão dever ser consideradas como preponderantes sobre a imagem do sujeito.⁵⁴⁻⁵⁵ Portanto, a veiculação da imagem de uma pessoa, como a de um ex-presidente da República, personagem integrante da história de um país, pode ser livremente exposta quando inserida em um contexto didático, por exemplo.

⁵² Apelação Cível Nº 596142562, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 22 ago. 1996.

⁵³ MORAES, Walter. Direito à própria imagem – II... p. 23.

⁵⁴ Ibid. p. 24.

⁵⁵ Nesse mesmo sentido é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “Responsabilidade civil. Divulgação desautorizada de fotografia. Pedido de indenização. O uso de fotografia de menor para veicular publicação com fins didáticos, culturais, ou com eventos de interesse público, não caracteriza o dever de indenizar que somente se consubstancia quando o retrato é utilizado com o fim de denegrir a imagem atribuindo à pessoa fatos desabonatórios que acarretam desonra e vergonha. Inexistência de dano moral ou prejuízo. Apelo da autora, desprovido. Apelação do Município, provida. Reexame Necessário julgado prejudicado.” (Apelação e Reexame Necessário Nº 70005064977, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 11/12/2003).

O local do fato⁵⁶ também deve ser considerado como critério de ponderação. Quando o efigiado for enquadrado como figura secundária em cenário público, como por exemplo, cerimônias, acontecimentos, reuniões, procissões, etc., o seu direito à própria imagem deverá ser restringido em detrimento às liberdades de expressão e de informação⁵⁷. Nestes casos é possível notar uma ligação entre o direito à imagem e o direito à privacidade e quem se expõe ao público renuncia a sua privacidade⁵⁸. Em sentido diverso, caso a imagem for capturada em local privado, o âmbito de proteção da imagem deverá ser maior que o das liberdades em pauta.

Outro fator a ser observado em caso de colisão entre os direitos em debate é a natureza do fato noticiado. Alguns fatos, como catástrofes naturais, acidentes, crimes, são considerados noticiáveis por sua própria natureza, independentemente dos personagens envolvidos. Nestes casos, aponta Luís Roberto Barroso, o interesse jornalístico deve prevalecer mesmo quando expuser a intimidade, a honra ou a imagem das pessoas envolvidas.⁵⁹ No entanto, é necessário que a fotografia reflita o manifesto interesse de noticiar o acontecido e não apenas as pessoas nele envolvidas.⁶⁰ A doutrina e a jurisprudência vêm conferindo especial atenção aos potenciais conflitos envolvendo a tutela da imagem de pessoas acusadas de cometer algum crime e a publicação de fatos criminosos ou de procedimentos judiciais. Nesse passo, é possível verificar que existe amplo consenso, tanto em sede doutrinária⁶¹ quanto jurisprudencial⁶² de que a

⁵⁶ MORAES, Walter. Direito à própria imagem – II... p. 24.

⁵⁷ Neste mesmo contexto é a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Direito civil. Direito de imagem. *Topless* praticado em cenário público. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido. (REsp 595600 / SC, Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 18/03/04).

⁵⁸ DUARTE, Fernanda; et. al. Op. cit. p. 159.

⁵⁹ BARROSO, Luiz Roberto. A Colisão... p.132.

⁶⁰ DUARTE, Fernanda [et. al.]. *Os Direitos à Honra e à Imagem pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 159.

⁶¹ Luís Roberto Barroso afirma a necessidade de se sobrepor a liberdade de informação de fatos criminosos ao direito de imagem dos acusados, expondo os seguintes argumentos que conduzem à essa conclusão: “(i) a circunstância de os fatos criminosos divulgados serem verdadeiros e a informação acerca deles haver sido obtida licitamente (mesmo porque o processo é um procedimento público) afasta por si só a alegação de ofensa à honra; (ii) não se aplica a exceção do ‘segredo da desonra’ porque fatos criminosos, por sua própria natureza, repercutem sobre terceiros (na verdade, sobre toda a sociedade), e tanto não dizem respeito exclusivamente à esfera íntima da pessoa que são considerados criminosos; (iii) ademais, há o interesse público específico na prevenção geral própria do direito penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada tem função de servir de desestímulo aos potenciais infratores.” BARROSO, 2004. p. 121.

⁶² O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já se manifestou nessa direção: “Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Pretensão de dano moral em face de veiculação de imagem do autor por prática de crime. Inexistência de excesso ou sensacionalismo. Não há dever de indenizar quando reportagem jornalística se limita a retratar a ocorrência de prática de suposto delito, não transpassando o teor

publicação de tais fatos é de manifesto interesse público, devendo, assim, se sobrepor à tutela da imagem.

Luís Roberto Barroso ainda aponta como parâmetros constitucionais para a realização da ponderação nas hipóteses de colisão entre a liberdade de expressão e o direito à imagem, além daqueles acima mencionados, a veracidade do fato e a licitude do meio empregado para obtenção da informação.

A verdade de que se refere o autor é aquela subjetiva já analisada anteriormente, pois a exigência de uma verdade absoluta em uma sociedade como a contemporânea, que exige uma celeridade cada vez maior na circulação de informações, poderia inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo a de informação jornalística, caracterizada pelos juízos de verossimilhança e probidade.⁶³ O que se exige é a conduta diligente do agente informador na busca por uma informação verídica⁶⁴. A publicação de notícias manifestamente falsas ou descompromissadas com a verdade, portanto, deve ser preterida quando em conflito com o direito à própria imagem.

Luís Roberto Barroso leciona que a informação deve ser obtida por meios lícitos, já que “a Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de crime”⁶⁵. Desta forma, a divulgação da notícia não seria legítima caso as informações nelas contidas tivessem sido adquiridas por meio de escuta telefônica não autorizada, por violação de segredo de justiça, ou ainda mediante tortura ou grave ameaça.

Ressalta-se que todos os parâmetros até aqui analisados não são absolutos. A ponderação de interesses deve ser realizada casuisticamente, levando-se em consideração não apenas tais fatores isoladamente, mas sim todos os demais fornecidos

narrativo. Em que pese não ser absoluta a liberdade de expressão, no caso em tela preponderou o interesse coletivo à informação, estando a requerida sob o amparo de exercício regular do direito, que não enseja a reparação por danos morais. Apelação improvida.” (Apelação Cível Nº 70011615408, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 25/05/2005)

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *A Colisão...* p. 129.

⁶⁴ Também já foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nesse mesmo sentido: “Apelação. Indenizatória. Matéria jornalística. Publicação baseada em informações constantes do inquérito policial. Conduta suficientemente diligente da empresa. Inocorrência do dever de indenizar. Do cotejo entre as liberdades de expressão (art. 5º, IX, CF) e de informação (art. 5º, XIV, CF e art. 220, da Carta) e a esfera privada do cidadão, plasmada em direitos fundamentais como a dignidade, a honra, a imagem e a intimidade (art. 5º, X, CF), e consideradas as particularidades do caso em tela, tenho que a conduta da empresa ré não transbordou os limites da razoabilidade e proporcionalidade, sendo, portanto, lícita. Caso em que a empresa jornalística procurou checar a veracidade das informações que seriam publicadas, tendo se valido do próprio flagrante devidamente homologado pelo juízo. Apelação desprovida.” (Apelação Cível Nº 70015892599, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 18/04/2007)

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A Colisão...* p.132.

pelo caso concreto de forma conjunta. Desta forma, tais elementos fáticos poderão ser inferiorizados frente a outros fatores ou a necessidade de tutela de outros bens constitucionalmente tutelados.⁶⁶

Já na esfera jurisprudencial, cabe destaque para a *preferred position* conferida às liberdades de expressão e de informação em casos de colisão com outros direitos fundamentais. Esse critério foi primeiramente formulado pela *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, sendo em seguida incorporado por tribunais de outros Estados.⁶⁷ Como mencionado acima, a posição de preferência gozada pelas liberdades de expressão e de informação se deve ao fato de serem consideradas mecanismos de formação de opinião pública, indispensáveis ao funcionamento de uma sociedade aberta, e, principalmente, como premissas para o exercício de outros direitos fundamentais.

No entanto, antes de realizar a efetiva ponderação de interesses em cada caso concreto, a Suprema Corte norte-americana utiliza-se de uma análise criteriosa⁶⁸ para verificar se o exercício das referidas liberdades corresponde às balizas traçadas para a sua forma lícita de ação, separando o público do privado e, em seguida, verificando o limite interno da veracidade que afeiçoa a liberdade de informação e de expressão.⁶⁹

Dito em outras palavras, a *Supreme Court* americana inicialmente perquire se o assunto ou o personagem do fato que se pretende noticiar é de caráter público ou privado, em função da relevância exercida por tais liberdades na sociedade democrática.

⁶⁶ Destaca-se, neste contexto, o famoso caso *Lebach*, julgado em 1973 pelo Tribunal Constitucional alemão. Cabia ao *Bundesverfassungsgericht* decidir se um canal de televisão poderia exibir documentários sobre o homicídio popularmente denominado de “assassinato de soldados de Lebach”, que alguns anos antes havia abalado a opinião pela sua enorme repercussão. Um dos condenados, que se encontrava em fase final de cumprimento de pena, suscitou a questão em um dos condados alegando que a veiculação do documentário atingiria a sua honra e, principalmente, configuraria sério obstáculo ao seu processo de ressocialização. O pedido liminar do autor, no sentido de obstar a exibição do documentário, foi indeferida em primeira instância e pelo Tribunal revisor, sob o argumento de que o envolvimento em crime o tornara personagem da história alemã e que, devido a isso, legítima era a divulgação das imagens. No entanto, o Tribunal Constitucional reformou a decisão dos juízos anteriores para impedir a veiculação do documentário caso fizesse menção expressa ao interessado. Portanto, o fato de estar o condenado próximo do fim do cumprimento de sua pena e da possibilidade de a publicação prejudicar a reinserção do condenado na sociedade se sobrepôs à liberdade de expressão e informação, motivo pelo qual a análise dos elementos a serem considerados na ponderação de interesses deve ser casuística.

⁶⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit. p. 141.

⁶⁸ Segundo notícia Edilson Pereira de Farias, a Suprema Corte norte-americana passou a utilizar-se dos critérios acima expostos para resolução de colisões entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade a partir da sentença *New York Times x Sullivan* de 1964, onde ficou estabelecido que “as pessoas públicas ou personalidades vinculadas a fatos de interesse geral, quando demandarem por difamação contra meios de comunicação social, terão que comprovar que estes agiram com *actual malice*, isto é, com manifesto desprezo pela verdade ou consciência da falsidade da notícia veiculada. Ao revés, os particulares terão apenas o ônus de provar o dano sofrido, quando afetados por notícias falsas que não têm relevância pública ou interesse geral.” FARIAS, op. cit., p. 142.

⁶⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit. p. 141.

Assim, só será conferida a posição de preferência se restar configurado que o assunto ou o personagem envolvido possuam caráter público. Caso contrário, se a publicação versar sobre o âmbito privado do assunto ou personagem, não restará configurada a *preferred position* das liberdades de expressão e informação.⁷⁰

Em seguida, analisa-se se o agente informador agiu de forma diligente para reproduzir uma informação o mais correta e verossímil possível. A informação que não atende a tal critério, não se presta a formar opinião pública e tampouco tem relevância para a sociedade democrática, razão pela qual não goza da posição de preferência atribuídas às informações verdadeiras.⁷¹

O Tribunal Constitucional Alemão também reconhece o grande valor da liberdade de expressão e informação para o regime democrático, conferindo-lhe a mesma preferência quando em rota de colisão com outros direitos fundamentais. Contudo, o entendimento do *Bundesverfassungsgericht* também se consolidou no sentido de que tal presunção pode ser anulada diante de determinadas circunstâncias do fato concreto.⁷² Desta forma, a *preferred position* das liberdades em debate fica condicionada aos seguintes critérios: à comprovação da notícia, no sentido de exigir a veracidade dos fatos publicados; à constatação pelo próprio Tribunal Constitucional Alemão de que o assunto publicado atende aos interesses públicos, pois compreendem que a mera inclusão de uma notícia nos meios de comunicação por si só não é capaz de caracterizar o interesse da coletividade em sua divulgação, devendo, assim, o Tribunal decidir qual matéria é ou não de interesse público; e, por fim, ao critério da finalidade perseguida pelo sujeito, isto é, que a atividade seja direcionada à formação da opinião pública, e não ao interesse meramente privado.⁷³

Edilson Pereira de Farias leciona que a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol passou por três fases distintas. A primeira delas foi denominada “regime de exclusão” e se caracterizava pela prevalência conferida aos direitos à honra, à intimidade e à imagem nos casos de colisão com as liberdades de expressão e de informação, pois realizavam uma interpretação estritamente literal do enunciado do artigo 20.4 da Constituição espanhola, o qual classificava tais direitos da personalidade como limites às referidas liberdades. Na segunda etapa, denominada de fase da “necessária ponderação”, O Tribunal Constitucional Espanhol passou a encarar tais direitos da personalidade não como meros limites às liberdades de expressão e

⁷⁰ Ibid. p. 142.

⁷¹ Loc. cit.

⁷² Ibid. p. 143.

⁷³ Loc. cit.

informação, mas sim como direitos fundamentais autônomos, devendo, portanto, realizar-se uma ponderação casuística em caso de colisão envolvendo tais direitos. Nesta fase, destaca o autor, o referido Tribunal adota o sistema norte-americano da ponderação de interesse entre os direitos envolvidos no conflito. Por fim, na terceira fase, denominada “regime de concorrência normativa”, o Tribunal espanhol reconhece a importância dos critérios adotados pela *Supreme Court* para definir o marco em que o exercício das liberdades de expressão e de informação se dá de forma lícita antes de proceder a ponderação de interesses no caso concreto, conferindo, em princípio, uma posição de preferência às liberdades de expressão e de informação quando em pugna com direitos da personalidade.⁷⁴

Desta forma, o Tribunal Constitucional Espanhol passou a conceber as liberdades de expressão e informação como direitos institucionais, preferentes e que possuem um elevado valor que transcende ao conferido aos demais direitos fundamentais, sem, contudo, importar na afirmação de que tais liberdades são direitos absolutos ou ilimitados.⁷⁵

Conforme afirma Juan Manuel López Ulla, o Tribunal Constitucional espanhol deixa claro que:

[...] para que el derecho a la información prevalezca sobre los otros derechos fundamentales (especialmente los contemplados em el art. 20.4 CE antes aludido), la noticia tendrá que versar sobre hechos veraces que, además, sean de transcendencia pública, tanto por la materia o contenido como por las personas a las que haga referencia.⁷⁶

Verifica-se, desta forma, que o Tribunal Constitucional, a exemplo da Suprema Corte norte-americana, antes de proceder a ponderação de interesses no caso concreto,

⁷⁴ Ibid. p. 144-145.

⁷⁵ ULLA, Juan Manuel López. El Contenido Esencial de las Libertades de Expresión e Información Segun el Tribunal Constitucional Español. In: SANDLER, 1999. p. 251.

⁷⁶ Ibid. p. 252.

examina se a notícia a ser publicada é veraz⁷⁷ e se o personagem ou o assunto são de caráter público⁷⁸.

5 Conclusão

Ficou demonstrado que a colisão entre o direito à imagem e às liberdades de expressão e informação não é impasse de fácil solução, devendo o operador do Direito buscar a solução que apresente menor restrição a cada um dos direitos envolvidos, por meio da ponderação de interesses.

Verificou-se que o direito à imagem se apresenta no cenário jurídico atual por meio de inúmeras facetas, podendo ser agredido e/ou restringido e em cada uma delas.

Foi possível observar que os tribunais vêm confirmando a posição de preferência das liberdades de expressão e de informação quando em conflito com a imagem do indivíduo. Portanto, a atividade jurisdicional, na solução das colisões envolvendo tais direitos, deve sempre priorizar a aplicação de sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Embora o exercício abusivo das liberdades de expressão e informação possa ser reparado através de diversos mecanismos, como a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal e a interdição da divulgação, esta última

⁷⁷ Neste sentido é a sentença do STCE 6/1988, FJ 5: “*Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar errôneas – o sencillamente no probadas en juicio – cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre al informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni mesmo a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero si ampara, em su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aún cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones errôneas inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la veracidad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio.*”

⁷⁸ Sobre o caráter público do assunto ou do personagem da notícia, vide a sentença do STCE 107/1988, FJ 2: “[...] el valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución [...] solamente puede ser protegido por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, em consecuencia, la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente ao derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como limite externo de las libertades de expresión e información, em cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de la relevancia pública, obligadas por ello a soportar um cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática [...] Por el contrario, la eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser em el supuesto de que se ejerciten em relación com conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y ejuiciamiento público son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre em atención a la cual se les reconoce su posición prevalente [...]”

hipótese deve ser a medida adotada somente em casos extremos, onde comprovadamente a divulgação puder trazer prejuízos irreparáveis ao interessado.⁷⁹

Portanto, verificou-se que, mesmo sendo expressamente limitadas pelo direito à imagem (artigo 220, § 1º, da Constituição Federal de 1988), as liberdades de expressão e informação ainda assim gozam de uma posição de preferência quando em conflito com referido direito da personalidade, cabendo ao juiz, diante de um caso concreto, valorar cada elemento fático como parâmetros para a tarefa da ponderação de interesses, buscando sempre uma resposta que restrinja ao mínimo cada um dos direitos fundamentais em pugna e optando, sempre que possível, por aquela opção que não configure proibição prévia da publicação de fatos ou de opiniões.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. O Conteúdo do Direito à Própria Imagem. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASLP, 2003.

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. *Revista de Direito Privado*, nº 18, abr./jun., 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 6ª ed. Revista ampliada e atualizada de acordo com o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2004.

DUARTE, Fernanda [et. al.]. *Os Direitos à Honra e à Imagem pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUVAL, Hermano. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988. p.105.

⁷⁹ Luís Roberto Barroso não deixa dúvidas ao afirmar que: “Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter a reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso. Já nos casos de violação da privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua consequência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público –, não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado.” BARROSO, Luís Roberto. A Colisão... p. 134.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e A Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

GUERRA, Sidney. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 305.

JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao Direito à Própria Imagem. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem – I, *Revista dos Tribunais*, nº 443, set. 1972.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem – II, *Revista dos Tribunais*, nº 444, out. 1972.

SANDLER, Hector Raúl (coord.). *El Cuarto Poder: Expresión, Información y Comunicación Social*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 1999.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira. Contornos Atuais do Direito à Imagem. *Revista Forense*, v. 367, maio/jun. 2003. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZANNONI, Eduardo A.; BÍSCARO, Beatriz. *Responsabilidad de los Medios de Prensa*. Buenos Aires: Astrea, 1995.