

# CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO À IMAGEM DOS ACUSADOS MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO PRÁTICA E DA PROPORCIONALIDADE

## Carla Miranda Guimarães Oliveira

Analista judiciária do TJ/BA. Especialista em Direito do Estado. Pós-graduanda em Ciências Criminais. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais. Professora de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Penal.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar os princípios constitucionais da liberdade de informação e do direito à imagem, quando o limite daquela garantia é transposto de forma a atingir a vida privada do cidadão, consubstanciada no seu direito à imagem. Será demonstrado aqui como é fundamental que os meios de comunicação sejam livres para expor falcatruas, para denunciar e para revelar a ocorrência de fatos que atingem a vida em sociedade, já que, mais do que nunca garantir a liberdade de informação é garantir que não se amordace a sociedade. Mas, percebe-se, que a pretexto de informar, a imprensa submete os investigados a verdadeiro julgamento popular, cujas consequências desastrosas, são geralmente irreparáveis, já que, marcados perante a opinião pública como criminosos, pouco importa a garantia constitucional do estado de inocência: estão irremediavelmente presos àquela imagem, que é mais forte do que qualquer presunção de inocência. Sejam absolvidos ou condenados pela justiça, já foram sumariamente condenados pelo público. Embora não se deva censurar a imprensa, é necessário que seu exercício se paute pela observância de regras de respeito à pessoa, sejam elas célebres ou anônimas. Se a liberdade de informação é uma garantia constitucional, de igual forma é o direito de imagem de modo que não se pode conceber uma imprensa livre e independente se não for possível a convivência harmoniosa de seu exercício e do respeito às garantias fundamentais do ser humano.

**Palavras-Chave:** Liberdade de imprensa. Direito à imagem. Princípio da proporcionalidade.

## 1. Introdução

No Brasil, tivemos momentos tumultuados de lutas, nas quais a história nos mostra os abusos, as atrocidades e de como foi difícil o reconhecimento das liberdades públicas. Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que os direitos e garantias individuais foram concebidos de forma bastante clara.

Nessa concepção, destacam-se a Liberdade de Imprensa concebida nos artigos 5º, IX e 220 § 1º e o Direito à Imagem no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, in verbis:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;  
V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Ocorre que, apesar destas liberdades estarem tuteladas e declaradas na Carta Constitucional, o que se observa é a violação constante da liberdade de imprensa no espaço atribuído ao direito à imagem. E daí, perguntamos a razão dessa violação, desses abusos frequentes, como se o direito à imagem não existisse.

Sendo assim, o objetivo deste trabalho não é fornecer interpretação para as regras legais ou constitucionais, mas sim aprofundar a discussão em torno delas, expondo a visão que possuímos sobre o exercício da atividade de imprensa com liberdade e responsabilidade, com respeito à pessoa e à sua imagem, sempre em busca por instrumentos, por soluções que garantam a coexistência dos dois princípios constitucionais, sem que haja supremacia e sem que haja o predomínio absoluto de um sobre o outro.

## 2. Direito à Imagem

### 2.1. Origem e Breves Antecedentes Históricos

O direito à imagem só foi reconhecido pela lei e pela doutrina há bem pouco tempo. Até a metade do presente século, negava-se sua existência, embora a jurisprudência francesa tenha registrado a primeira decisão ainda no século XIX (SANTA MARIA, 1994).

Há quem afirme que, na antiga Grécia, Platão já proclamava a sua existência, pela definição do indivíduo no meio social, apregoando maiores sanções para o desrespeito ao direito à imagem; consideram, ainda, que o monarca Dom João III, ao condenar a deformação fisionômica, afirmava, no ano de 1523, que na imagem existe o que de melhor tem a pessoa humana (SANTA MARIA, 1994).

Na primeira metade do século XIX, que o tema adquiriu extrema importância, com a descoberta da fotografia.

Em 1858, precursor de jurisprudência, foi uma decisão proferida pelo Tribunal de Seine, envolvendo uma atriz francesa que se chamava Rachel, que foi declarada ilícita a reprodução de desenhos feitos a partir das fotografias feitas dela em seu leito de morte, alegando que ninguém pode sem o consentimento formal da família, reproduzir a imagem de uma pessoa em seu leito de morte, mesmo sendo uma pessoa célebre (BERTI, 1993).

## ENTRE ASPAS

Em seguida, houve vários trabalhos relacionados ao tema, só que o direito à imagem ainda não tinha alcançado sua autonomia.

Somente em janeiro de 1907, veio a previsão legal, consubstanciada no art. 22 de uma lei alemã, igualmente regulamentado no art. 10 do Código Civil Italiano.

Em novembro de 1966, alguns anos depois, surgiu o Código Civil Português, que: “[...] proibiu a exposição e a reprodução não consentidas para fins de exploração comercial abusiva, mesmo princípio seguido pela lei mexicana de dezembro de 1965 e pela lei iugoslava de 1957” (BONJARDIM, 2002, p. 20).

Hodiernamente, segundo Bonjardim (2002, p. 20), “a regra do direito exclusivo à própria imagem se generalizou nas legislações do mundo, inserida nas leis de direito autoral, quando não nos próprios códigos civis”.

Ato contínuo, o texto Constitucional atual previu de forma expressa e efetiva o direito à imagem, cuidando de forma distinta de cada um dos direitos da personalidade: intimidade, honra, vida privada e imagem. Tais direitos foram contemplados no Título II, Dos direitos e garantias constitucionais, assim, três incisos do artigo 5º garantem os direitos fundamentais:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXVIII – São assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas.

Assim, Walter Moraes (1977, p. 742), definiu imagem como "toda sorte de representação de uma pessoa". Dessa forma, compreende-se imagem não apenas como o semblante da pessoa, mas também partes distintas de seu corpo.

Em análise bastante original, afirma, logo de início, que “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito” (MORAES, 1977, p. 64). Ou seja, o conceito deve englobar não só o aspecto físico, mas também exteriorizações da personalidade de um indivíduo. E que:

Não há como negar o valor especificamente individualizador da imagem da pessoa no conjunto dos sinais que a distinguem dos demais. A aparência exterior, ou a forma corporal do homem é, aliás, o primeiro e mais relevante dado da identidade de qualquer indivíduo (MORAES, 1977, p. 72).

Por fim, faz-se necessário registrar o posicionamento de Alessandro Savini (1990 apud

BERTI, 1993), que propugna pela existência de dois conteúdos do direito à imagem: um positivo, outro negativo. O primeiro se consubstancia no direito de aparecer se e quando quiser. Já o negativo corresponde à faculdade de impedir a divulgação de sua imagem, surgindo à necessidade do consentimento, sem o qual o titular da imagem não pode fazer valer o seu direito.

### 3. Liberdade de Informação

A nossa Constituição Federal de 1988 explicitou a liberdade de informação no art. 5º, incisos IV (liberdade de pensamento); V (direito de resposta); IX (liberdade de expressão) e XIV (acesso à informação) e no art. 220, § 1º (liberdade de informação propriamente dita).

As disposições normativas são:

Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Parág. 1º - nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art.5º, IV, V, X,XIII e XIV;

Parág. 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

“O direito à informação existe em função do desenvolvimento da personalidade e não para sua destruição”, segundo René Ariel Dotti (1980, p. 125). Assim, analisando o art. 5º, IV da CF, Jean François Revel, (1991 apud MORAES, 2003), faz importante distinção entre a liberdade de pensamento e o direito de informar, apontando que a primeira deve ser reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto o segundo, diferentemente, deve ser objetivo, proporcionando informação exata e séria.

Já a liberdade de expressão, consagrada sem nenhuma forma de censura, compreende a faculdade de expressar livremente idéias, pensamentos e opiniões, sem impedimentos nem discriminações.

Em seguida, de acordo com Alexandre de Moraes, extrai-se do art. 5º, XIV, que:

O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos (MORAES, 2003, p. 252).

## ENTRE ASPAS

Ato contínuo, a regra inserta no art. 220, § 1º da Carta Magna previu o respeito à privacidade do indivíduo como uma das limitações à liberdade de informação, isto é, de uma parte, há a liberdade de informação; por outra, o interesse que toda pessoa tem de salvaguardar sua intimidade, o segredo de sua vida privada.

Assim, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação e a livre divulgação dos fatos devem ser interpretadas em conjunto com a inviolabilidade à honra e à vida privada (CF, art. 5, X), bem como com a proteção à imagem, sob pena de responsabilização do agente divulgador por danos materiais e morais (art.5, V e X), como já explicitado anteriormente.

### 4. Princípios Constitucionais e Sistema Jurídico

Hodiernamente, há um novo paradigma teórico, designado de “pós-positivismo” ou, por uma expressão mais apropriada, de “novo constitucionalismo”, que visa afastar as idéias centrais do positivismo jurídico de Hans Kelsen<sup>1</sup>.

No novo constitucionalismo, os princípios jurídicos passam a ter a condição de verdadeiras espécies normativas. Reforçam a idéia de ordem e unidade sistemática, sendo a base lógica e axiológica de todo o ordenamento, relacionando o Direito e a moral.

A principal função dos princípios constitucionais é integrar o Direito com as questões práticas, tentando resolver as questões das lacunas do sistema jurídico baseado em regras. Isto exige uma teoria capaz de indicar qual dos princípios, explícitos ou implícitos, reconhecidos pelo sistema jurídico, deve ser aplicado a determinado caso concreto, sem prejuízo da segurança jurídico-política e social.

Cabe ressaltar novamente que o direito de informar não é absoluto, sendo restringido, conforme ressaltou Celso Bastos:

Nada obstante o caráter absoluto do dispositivo sob comento, é forçoso admitir que ao Estado é sempre lícito exercer um controle sobre a expressão da atividade intelectual, artística, etc, sobretudo quando feita por intermédio dos meios de comunicação de massa. Toda a sociedade tem que defender padrões mínimos de moralidade, e o Estado, quer diretamente, quer por delegação, tem de exercer esse mister.

O que se pode admitir é que por meras razões de moralidade uma obra não venha a ser terminantemente proibida, mas é inegável que cabe ao Estado o designar o local onde se pode dar a sua comunicação, assim como as cautelas que o devem cercá-la.

Outrossim, há que se pensar nas hipóteses em que o exercício da liberdade de pensamento acaba por ferir outros direitos constitucionalmente assegurados. Um filme concitador à prática do racismo deve ter a sua exibição proibida. É evidente que não bastará a punição penal dos próprios responsáveis (BASTOS, 1989, p. 60).

Assim a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

É sabido, atualmente, que os princípios assumem uma posição hegemônica na pirâmide normativa. Conforme averbou Celso Antônio Bandeira de Mello, em lição lapidária:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...].

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...] (MELLO, 2007, p.56)

Ainda, como já dizia Canotilho:

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Mais rigorosamente, dir-se-á, em primeiro lugar, que os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos casos limites (Estado de Direito e de Não Direito, Estado Democrático e ditadura). A função negativa dos princípios é ainda importante noutros casos onde não está em causa a negação do Estado de Direito e da legalidade democrática, mas emerge com perigo o 'excesso de poder'. Isso acontece, por ex., com o princípio da proibição do excesso (CANOTILHO, 1995, p. 171).

Isto posto, princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica (CANOTILHO, 1995).

O fato de a constituição conter um sistema aberto de princípios possibilita a existência de fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes, apesar de serem entendidos de forma harmônica, conforme averbou Canotilho (1995).

Foi à jurisprudência que deu vida aos princípios, aprimorou sua fisionomia, fê-lo crescer. À legislação coube acolhê-lo, consagrá-lo em seus textos e dar-lhe destaque no contexto jurídico.

Em um trabalho que parece não ter fim, a jurisprudência vem ao longo do tempo suprimindo as lacunas e deficiências do ordenamento jurídico.

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito

## ENTRE ASPAS

fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos (CANOTILHO, 1995).

Continua a dizer o autor que “a articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais [...]” (CANOTILHO, 1995, p. 180).

Ainda, vale ressaltar, que a resolução das colisões entre princípios constitucionais passa pela máxima da ponderação, ou seja, pela análise das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, que são verdadeiros cânones de interpretação, como se verá a seguir.

### 4.1. O Princípio da Proporcionalidade e a Colisão de Direitos Fundamentais

O princípio da proporcionalidade encontra-se dentre os princípios que ganha cada vez mais relevo, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem utilizando as máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, para ponderar as vantagens e desvantagens entre os bens jurídicos envolvidos em conflitos diante do caso concreto.

Na concepção de Barroso (2003, p. 334), “o princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa”. A proporcionalidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível.

Diz-se respeitado o princípio da proporcionalidade quando:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental (BONAVIDES, 2000 apud GEBRAN NETO, 2002, p. 113).

Analisando-o mais detidamente vislumbram-se duas funções distintas. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos. Sua aplicação tem por fim, ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade do Estado, possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas.

Por outro lado, o princípio em estudo também cumpre a missão de funcionar como critério solucionador dos conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

Esta função é ressaltada por Paulo Bonavides, in verbis:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias,

nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos (BONAVIDES, 2000 apud GEBRAN NETO, 2002, p. 386).

Por fim, conforme conceituado por Sérvulo Correia apud Canotilho:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (CORREIA, 1991 apud CANOTILHO, 1995, p. 383-384).

Isto posto, a seguir será analisado o conflito entre a liberdade de informação e o direito à imagem dos acusados, mediante a utilização do princípio da ponderação prática em decorrência do princípio da proporcionalidade.

### **5. A Solução para os Conflitos Individuais com a Utilização do Princípio da Ponderação Prática**

A liberdade de imprensa e o direito à imagem são direitos essenciais em um Estado Democrático de Direito, importantíssimos para uma existência digna dos cidadãos. Ambos, em cada uma de suas peculiaridades, prevalecem em determinado momento, mas o que acontece quando há efetivamente uma colisão desses direitos, ou seja, qual deve prevalecer em um mesmo momento, no caso em concreto?

É possível ao garantir um direito constante do catálogo dos direitos fundamentais (Título II, CF), legitimamente limitar o exercício de outro direito fundamental constante desse mesmo catálogo? A resposta a tal questão não parece fácil (CANOTILHO, 1995).

Como ensina Bobbio apud Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes:

São bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas. A dificuldade de escolha se resolve com a introdução dos limites à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardando também o outro (BOBBIO, 1995 apud LOPES, 1997, p. 197).

E em outro trecho:

## ENTRE ASPAS

Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente (LOPES, 1997, p.198).

Cabe observar inicialmente que a Constituição não prevê de modo algum uma cláusula geral que possibilite a restrição ao exercício de direitos fundamentais. Por conta disso, toda e qualquer restrição há de ser prevista de forma expressa ou decorrer diretamente dos princípios e regras adotados pela Constituição, como bem já se salientou anteriormente.

Como bem explicou Canotilho:

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias através de lei, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isto significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de protecção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de protecção constitucionalmente garantido (CANOTILHO, 1995, p. 605).

Em ambos os casos, possibilidade expressa ou implícita de restrição, deve-se proceder à concordância prática dos direitos colidentes, viabilizando o sacrifício mínimo de ambos os direitos de modo a eliminar (ou pelo menos amenizar) o choque existente entre eles. Portanto, pode-se dizer que os bens jurídicos constitucionalmente assegurados devem ser coordenados de modo a que todos eles possam conservar sua identidade (BARROSO, 1996).

Conforme averbou Canotilho:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifícios de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendência unidade axio-lógico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante seu peso e as circunstâncias do caso (CANOTILHO, 1995, p. 190).

Tendo por base tal concordância prática dos direitos fundamentais como solução adequada a eliminar as tensões entre normas, deve o intérprete valer-se da chamada ponderação de bens ou valores jurídicos fundamentais expressos em normas constitucionais, através do

princípio da concordância prática, muito bem explicitado por Canotilho (1995, p. 228): “reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.

Isto posto, o próprio texto constitucional limitou o exercício de tal direito.

Numa outra cláusula constitucional, a possibilidade de restrição de direito fundamental ganha igual respaldo e legitimidade, conforme se depreende da leitura do artigo 1º, art. 220, do Texto Magno, segundo a qual “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII, XIV”.

Ora, o próprio dispositivo previu expressamente uma reserva de lei restritiva, que admite a limitação do exercício da liberdade de expressão e de informação (art. 5º, IV, XIV, CF) para salvaguardar outros direitos fundamentais.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso X, assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, além da indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ainda conceituando o direito à imagem, Ferraz Júnior (1993, p. 79) afirma que, “é o direito de não vê-la mercantilizada, usada, sem o seu exclusivo consentimento, em proveito de outros interesses que não os próprios”.

Ou, segundo Larenz, (1990 apud FERRAZ JÚNIOR, 1983, p. 79) “direito que compreende a faculdade de proibir a difusão ou exibição pública da própria imagem, quando a representada não tenha autorizado”.

No consenso da doutrina, o direito à imagem é inato, essencial, absoluto, indisponível, extrapatrimonial, intransmissível, imprescritível, “restringindo à pessoa do titular e manifestando-se desde o nascimento (C. Civil, art. 2º)” (BITTAR, 1989, p. 11).

Segundo ainda se depreende dos ensinamentos do próprio Alexandre de Moraes:

Os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (MORAES, 2003, p. 169-170).

Sendo assim, tais direitos não são ilimitados, encontrando seus limites nos na própria Carta Magna, de acordo com o próprio autor, que continua a dizer:

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas (MORAES, 2003, p. 170).

Assim, todos os indivíduos merecem que lhes sejam assegurados a proteção ao seu direito de imagem contra a exploração abusiva pela imprensa, assegurando-lhes resguardo

## ENTRE ASPAS

contra a exposição não desejada, evitando que à imprensa extrapole no exercício de seu legítimo direito de informar.

Então se por um lado, a imprensa precisa ser livre, porque sem liberdade ela não cumprirá sua missão, essa liberdade não pode permitir que o veículo de comunicação social agrida outros direitos atribuídos à pessoa (direito à inviolabilidade da honra, da vida privada e da imagem), mesmo porque nenhum direito é completamente absoluto.

Assim, a solução da colisão desses direitos deve ser examinada em cada caso concreto, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade e da ponderação prática, conforme já exaustivamente explanado.

Em alguns casos de colisão, a realização de um dos direitos fundamentais em conflito é reciprocamente excludente do exercício do outro, ou seja, para que um direito seja preservado, faz-se necessário a exclusão, mesmo que seja parcial, de outro direito fundamental. Nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e, por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste.

Como bem averbou João Pedro Gebran Neto:

Os meios eleitos devem manter-se numa relação de razoabilidade com o resultado perseguido, ou seja, somente deve ser adotada a restrição no limite adequado e indispensável ao benefício que o resultado gera para a coletividade. Em suma, deve haver uma valoração e uma ponderação recíproca de todos os bens involucrados, tanto os que justificam o limite como os que são afetados por eles, os quais exigem sejam consideradas todas as circunstâncias relevantes do caso (GERBRAN NETO, 2002, p. 116-117).

Isto posto, compete ao titular do direito de imagem o consentimento no uso da imagem. Autorizada à utilização da imagem, não há o que se falar no direito à indenização que o texto constitucional menciona. É o consentimento, portanto, que torna a utilização devida e correta, para tanto, deve ser específico para que não haja o uso indevido.

Assim, se o retratado tiver notoriedade, é livre a utilização de sua imagem para fins informativos, que não tenham objetivos comerciais, e desde que não haja intromissão em sua vida privada. A limitação daí decorrente como bem afirma Silma Mendes Berti (1993, p. 56), apenas se justifica se obedecidos três requisitos, quais sejam, que se trate de pessoa popular, pública, notória; que a divulgação se limite a satisfazer a exigência pública da informação e que as imagens difundidas sem o consentimento do retratado não sejam relacionadas à sua vida estritamente privada.

Segundo a autora, é livre também a fixação da imagem realizada com objetivo cultural, porque a informação cultural prevalece sobre o indivíduo e sua imagem desde que respeitadas às finalidades da informação ou notícia.

Por conseguinte, cita também os casos de limitação relacionada à ordem pública, como a reprodução e difusão de um retrato falado por exigências da polícia. Obviamente, não teria lógica um suspeito de crime se opor a esta exposição de sua imagem.

Há ainda o caso, segundo a autora, do indivíduo retratado em cenário público, ou durante acontecimentos sociais, já que ao permanecer em lugar público, o indivíduo, implicitamente, aceitou ser visto, fotografado e autorizou, mesmo que implicitamente, a veiculação de sua imagem, só podendo alegar ofensa a seu direito à própria imagem se a utilização da fixação da imagem for de natureza comercial.

Isto posto, compreende-se que essas limitações fazem com que determinadas utilizações da imagem não sejam ilícitas, apesar de serem realizadas sem o consentimento do retratado.

Pode-se concluir, então, que com exceção dessas possibilidades, qualquer outro uso da imagem alheia sem autorização do titular constitui violação do direito à imagem, tendo-se por consequência a imposição de culpa indenizável.

Assim, o campo de interseção entre fatos de interesse público e vulneração de condutas pessoais é muito grande, quando se trata de personalidades públicas. Neste caso, deve-se interpretar o direito de informação de forma alargada, enquanto a interpretação em relação à vida privada e imagem dessas pessoas devem ser restringidas.

### 6. A Liberdade de Informação e o Direito à Imagem dos Acusados

Há três tipos de mídia, a mídia justiceira, a espalhafatosa e a investigativa.

A mídia justiceira/descrente, a pretexto de informar, submete os investigados a verdadeiro julgamento popular, cujas consequências desastrosas, são normalmente irreparáveis. Depois de marcados perante a opinião pública como criminosos pouco importa a garantia constitucional do estado de inocência: estão irremediavelmente presos àquela imagem, mais forte que qualquer presunção de inocência.

Se não bastasse tal irresponsabilidade, frequentemente assistimos pela televisão à exibição, pela polícia, de pessoas detidas por envolvimento em fatos criminosos, ainda na fase de apuração, que se vêem precocemente submetidas a verdadeiro julgamento público, que podem comprometer inclusive, a independência dos juízes e a imparcialidade dos julgadores (BONJARDIM, 2002).

Hoje, muitas informações veiculadas pela imprensa referem-se às ocorrências policiais, notadamente aquelas que causam explosão emocional e firmam a opinião pública sobre a sociedade criminalizada. Essa é a tida como mídia espalhafatosa, definida como a que se preocupa em veicular notícias chocantes, escândalos etc., nessas matérias se percebem várias ofensas aos direitos da personalidade, que ao invés de retratar a realidade, ela cria uma realidade, dramatizando a violência e levando insegurança a população.

Como bem retrata Estela Cristina Bonjardim:

É flagrante o abuso cometido pela imprensa nesse caso, por rotular como criminosas pessoas acusadas da prática de crimes, mas que devem, se submeter à ação do Poder Judiciário e não de órgãos destituídos do poder de julgar. mais do que isso, podem ser pessoas inocentemente acusadas, que consigam provar a ausência de culpa, mas que estarão definitivamente marcadas perante a opinião pública (BONJARDIM, 2002, p. 118).

Vivemos em uma sociedade cujo conhecimento do direito se restringe a uma pequena parcela da sociedade, ficando a grande maioria, sem consciência de seus direitos mais básicos. Assim sendo, quando nos deparamos com um investigado, frente às câmeras de televisão, querendo ocultar o rosto, ou mesmo fugindo da insistência do repórter, a grande parte da população tem a sensação de que o repórter está agindo de forma correta, ao tratar aquele suspeito, acuado, como um segregado, quiçá condenado.

Assim, é imprescindível alguém dizer a ele, ao sujeito, que não tem obrigação de expor

## ENTRE ASPAS

sua imagem, assim como não tem obrigação de falar sobre o fato do qual está sendo posto sob suspeição, mas que ele tem o direito de ser bem tratado, com todas as garantias constitucionais. Essa mídia justiceira, mesmo ainda na fase de apuração, tenta interferir nas decisões judiciais, por meio de pressão, podendo comprometer inclusive, a independência e a imparcialidade dos julgadores, pois não se ignora que qualquer denúncia feita pela imprensa, mesmo desacompanhada de provas, assume ares de verdade inquestionáveis.

O sensacionalismo da mídia que não se preocupa em preservar o direito à imagem de quem quer que seja, vai de encontro ao princípio da presunção de inocência, surgindo desta forma, as prisões chamadas de midiáticas, impondo aos investigados o rótulo de culpados, sem ter ao menos o direito ao devido processo legal, pois a imprensa exagerando na função de informar acaba criando outra realidade, influenciando e interferindo, conseqüentemente no julgamento do juiz, afastando-se de um jornalismo responsável e de acordo com a sua função social.

Desde os primeiros tempos do Estado de Direito buscou-se a completa liberdade de imprensa, a qual somente seria conseguida com a abolição de qualquer forma de censura prévia, ou seja, a plena liberdade de divulgar as informações, interpretações e opiniões, sem a interferência estatal limitadora do que deveria ou não ser tornado público.

Esta liberdade, porém, não está sujeita ao limite da verdade objetiva, já que, as opiniões ou juízos de valor, devido a sua própria natureza abstrata, não podem ser submetidos à comprovação, na verdade, o que se exige do sujeito é um dever de diligência no sentido de que seja comprovada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade da notícia antes de qualquer divulgação.

## 7. Conclusão

Como visto, o direito de informação apesar de amplo, constitucional e fundamental à democracia, também tem os seus limites. E nem sempre a demarcação desses limites é fácil, já que se confronta o direito da coletividade à informação e aquela esfera do indivíduo que o público e, conseqüentemente a imprensa, deve respeitar.

Assim é que o direito de informação deve ser o mais amplo possível, enquanto não colidir com interesses considerados igualmente fundamentais. Afinal, o interesse da coletividade em ser informada impõe a si mesmo um limite, quando a divulgação de fatos venha a destruir a pessoa humana em sua dignidade.

O que não pode existir de modo algum é a divulgação ao arrepio da preservação dos direitos da personalidade, quando o suspeito, por total desconhecimento desses direitos, com a camisa por sobre a cabeça, a cabeça por entre as pernas, ou mesmo as mãos sobre o rosto, se esquivam da impiedosa câmara de televisão ou da câmara fotográfica, e ainda são compelidos a falar alguma coisa ao microfone, quando não têm o dever sequer, de falar ao Delegado de Polícia ou mesmo ao Juízo, sobre o crime que supostamente cometera. Verifica-se que os fatos relatados pela imprensa geram clamor público no seio da sociedade, que por conseqüência acabam influenciando tanto no próprio desfecho da persecução penal quanto no efetivo cumprimento da sanção imposta por sentença transitada em julgado.

A imprensa inatingível pela censura, não é imune ao controle jurisdicional, assim, caso ocorra à violação e o conseqüente dano, cabe ao Poder Judiciário dirimir o conflito entre a liberdade de informação jornalística e os direitos individuais do cidadão, impondo se necessário, limites à atuação da imprensa.

Não se trata de maneira alguma, de um poder arbitrário ou de imposição de censura,

mas da atuação, dentro da ordem constitucional e democrática, de um poder legitimamente investido para compor um conflito concreto de interesses, que assegurará à imprensa todas as garantias da mais ampla defesa.

Isto postp, quando um cidadão aciona o Poder Judiciário para a reparação do dano, por uma notícia falaciosa ou pela publicação de uma fotografia, não se instalará uma demanda envolvendo a censura a liberdade de imprensa e sim uma jurisdição de direitos civis.

Nenhuma censura há aí e não se pode admitir que se confunda censura, com a restrição da liberdade de imprensa no caso concreto, sempre que se prenunciar violação ao direito de privacidade, à honra e à imagem das pessoas.

Portanto, à mídia, urge mudar sua linha de ação, para deixar de ser uma competição de “ibope”, em privilégio ao crescimento da cultura e da cidadania. Mostrando aos leitores, ouvintes, que um fato supostamente delituoso ocorreu, mas o provável responsável quer manter incólume sua imagem, intimidade e honra, como um direito dele. A mídia é para informar e não para julgar.

Por fim, as limitações reciprocamente impostas, é bom frisar, não resultam da hierarquia das liberdades em conflito, já que não há superposição, o que importa são as circunstâncias de que se revestem cada situação concreta. Em algumas delas deve prevalecer o direito à imagem; em outras, deve ser prioritário o direito à informação, tendo sempre por base os princípios da proporcionalidade e da concordância prática.

### Referências

---

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direitos e garantias individuais. In: \_\_\_\_\_. A constituição brasileira 1988: interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

BASTOS, Celso. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. 2v.

BERTI, Silma Mendes. Direito à própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BONJARDIM, Estela Cristina. O acusado, sua imagem e a mídia. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

BULYGIN, Eugênio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Doxa, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1995.

## ENTRE ASPAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra-Portugal: Coimbra, 1991.

CRISTOVÁM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. Jus Navigandi, Teresina, v. 7, n. 62, fev. 2003.

CUNHA, Sérgio Sérulo. Princípios constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.1/79, 1993.

FERREIRA, Pinto. Comentários à constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. 7 v.

GEBRAN NETO, João Pedro. A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O direito à informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direito fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de março de 2003. v. 1.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. Coimbra-Portugal: Coimbra, 1998. t. IV.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. São Paulo: Saraiva, 1977.

PUOLI, José Carlos Baptista. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Material da 3ª aula da disciplina Atualização Legislativa e Jurisprudencial em Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Direito Público – UNISUL – REDE LFG, 2007.

SANTA MARIA, José Serpa de. Direito à imagem, à vida e à privacidade. Belém: CEJUP, 1994.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

### Nota

---

<sup>1</sup> Hans Kelsen separa, na teoria do Direito, as questões jurídicas das morais.