

Informação, imagem e princípio da proporcionalidade*

Zulmar Antônio Fachin**

Resumo

O direito à informação e o direito à imagem são bens protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. São direitos fundamentais pertencentes à pessoa humana. Existem e convivem harmonicamente. Mas, diante de situações concretas, podem entrar em colisão entre si, o que leva à necessidade de proteger um em sacrifício do outro. Como critério solucionador da colisão de direitos fundamentais, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade: faz-se uma ponderação de valores e protege-se o bem jurídico que, no caso concreto, for mais importante. Mas, ambos os bens – informação e imagem –, permanecem íntegros no sistema jurídico e por este protegidos.

Palavras-chave: direito, informação; imagem; colisão; princípio; proporcionalidade.

FACHIN, Z. A. Informação, imagem e princípio da proporcionalidade. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 189-195, mar. 2001.

Introdução

O presente trabalho tem por escopo abordar dois valores fundamentais da vida humana: informação e imagem. Imprescindíveis para a convivência social, eles podem e devem coexistir. Todavia, diante de certa realidade, acabam por colidir entre si, num processo de tensão que insiste em afastá-los um do outro.

O Direito deve buscar a preservação de valores dos quais a sociedade não pode prescindir. Neste sentido, tanto imagem quanto intimidade, em colisão entre si, devem ser preservados. Surge então o princípio da proporcionalidade que, embora não previsto de modo expresso no Direito brasileiro, busca harmonizar a tensão existente entre ambos.

A Importância do Tema

Os avançados instrumentos oferecidos pela tecnologia – em que ao homem reservou-se apenas o papel de mero coadjuvante – contribuíram para transformar a imagem em sofisticado bem de consumo. Um produto, associado à imagem de alguma pessoa, pode produzir lucros imensuráveis. Isto ocorre de tal modo que muitas vezes temos dificuldades de distinguir quem proporcionou tais resultados: se o produto ou a imagem.

A preocupação do estudioso do Direito, porém, deve ser outra. Neste quadro de *modernidade* e de *erosão da vida privada* não se pode olvidar que, mais do que bem de consumo, a imagem é expressão da personalidade humana. E, por isso, merecedora de dedicada proteção jurídica.

* O presente trabalho é resultado de projeto de pesquisa realizado na Universidade Norte do Paraná e contou com a participação dos seguintes discentes: Dayane Cristina Boroto, José Aparecido Camargo, Juliana Mazzer Salinet, Maria Cristina Gwiggner e Rejane Romagnoli.

** Docente do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná. Doutor em Direito do Estado (UFPR) e Mestre em Direito (UEL). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. End. para correspondência: Av. Paris, 675. JD Piza. 86041-140 Londrina, Paraná, Brazil.

A Constituição de 1988 deu passo decisivo com o fim de consagrar o direito à imagem no sistema positivo brasileiro. O que antes era preocupação quase que exclusiva da doutrina e da jurisprudência, agora é norma jurídica escrita. E, mais do que isso, listada no rol dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. É cláusula pétrea. Sua abolição está constitucionalmente interdita.

Mas proteger a imagem significa, às vezes, estabelecer limites para conter a força de outros direitos igualmente importantes. Na colisão entre dois direitos fundamentais – por exemplo, imagem e intimidade –, deve-se buscar a preservação de ambos, afastando, todavia, um deles da incidência do caso concreto. É preciso ter a sabedoria dos holandeses, que, “para proporcionar ao lavrador mais uma nesga de terra, recuam as águas do mar, sem as fazer desaparecer” (Perelman, 1996, p. 7).

O Direito à Informação

A informação é essencial à existência e ao exercício da Democracia. É patrimônio da Nação. Nenhuma sociedade verdadeiramente democrática pode prescindir deste direito fundamental. Em certas circunstâncias, o direito de informação pode mesmo preponderar sobre outros direitos fundamentais, como o direito à imagem.

A Constituição Federal, além de proteger o direito à imagem, protege também o direito à informação. Conforme o 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 na Constituição. Diz ainda que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Ao mesmo tempo, veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

O Direito brasileiro protege, em seara constitucional, a liberdade de informação e também o direito à imagem. O direito à informação é livre, não pode sofrer qualquer censura. Todavia, ao ser exercido, não pode violar o direito à imagem. É necessário pois buscar a convivência harmônica entre ambos.

A informação é matéria de interesse público. E é exatamente por isso – porque interessa ao público – que ela pode restringir o direito à imagem, que é direito individual. O interesse do público deve ser legítimo: não se pode aceitar que a mera curiosidade pública doentia justifique a veiculação de informações sobre a vida particular dos indivíduos. Tais informações, como se sabe, podem ser veiculadas por meio de imagens.

O Direito à Imagem

A imagem de que se trata, no âmbito deste estudo, não é sinônimo de honra, prestígio ou reputação que a pessoa desfruta no meio social. Ao contrário, significa a imagem física da pessoa, apta a ser reproduzida por fotografia, escultura, pintura, filmagem ou por outros meios alcançados por técnicas cada vez mais sofisticadas. É a imagem-retrato.

O direito à imagem é fundamental e autônomo. É autônomo porque existe por si só, independentemente dos outros direitos da personalidade. Embora tenha surgido como garantia da *reserva*, o direito à imagem hoje é direito autônomo e de conteúdo próprio, existente mesmo sem qualquer reflexo na vida privada e na intimidade da pessoa (Bittar, 1993, p. 50).

A autonomia do direito à imagem é reconhecida pela doutrina. Se a tutela à imagem se apresenta protetora nos casos em que não há violação de outro direito da personalidade, como a intimidade e a honra, revela-se lógico que venha a gozar de autonomia em relação àquelas. Isto ocorrerá mesmo que a lesão à imagem atinja outros direitos, isolada ou conjuntamente (Caldas, 1997, p. 38).

A Constituição Federal, no inciso X do art. 5º, cuidou de enumerar os bens jurídicos por ela protegidos. Ali constam: intimidade, vida privada, honra e imagem. Isto nos leva à compreensão de que são bens autônomos, que não dependem um do outro. A imagem, portanto, é bem jurídico dotado de autonomia.

Conforme já se observou, se o legislador constituinte não visasse a dar autonomia à imagem, não a colocaria ao lado de outros bens e ter-se-ia limitado a assegurar sua proteção. Ao garantir proteção jurídica à imagem e à honra, pretendeu mostrar que estas são bens distintas, independentes. O mesmo pode-se dizer da intimidade e da vida privada. A imagem deve ter disciplina própria, ao lado da intimidade, da honra e da vida privada. Qualquer posicionamento, a partir do novo texto constitucional, que pretender negar autonomia à imagem, deve ser rejeitado. Em síntese, a imagem, por si só, requer proteção jurídica (Araújo, 1996, p.14).

Já não paira mais dúvida: o direito à imagem desfruta de autonomia e, por isso, sua proteção não depende da violação de outro direito. É verdade que este direito, às vezes, se funde com o direito à intimidade, à identidade, à honra. Mas também é verdade que a tutela do direito à imagem não se esgota em nenhum desses direitos. Por isso, sustenta que a autonomia do direito à própria imagem é inquestionável (Moraes, 1972, p. 80).

No Brasil, o direito à imagem tem sua autonomia consagrada na própria Constituição, que o assegura independentemente de violação a outro direito da personalidade. Em razão disso, não é necessário que a pessoa, cuja imagem foi captada ou publicada, sofra dano em sua honra, por exemplo. O dever de indenizar impõe-se pelo simples fato de ter sido violado o direito à imagem.

Neste sentido têm-se manifestado os tribunais brasileiros. A decisão, aqui tomada como síntese jurisprudencial, comprova esta afirmativa. Trata-se do caso em que a Confederação Brasileira de Futebol e a Editora Abril S. A. foram condenadas a indenizar jogadores de futebol pelo uso indevido de suas imagens num álbum de figurinhas denominado *Heróis do Tri*. A publicação, feita pela Editora Abril S. A., ocorreu em 1988 e teve a participação da CBF.

Decidiu o Tribunal da Federação: “Direito à imagem. Direito de arena. Jogador de futebol. Álbum de figurinhas. O direito de arena que a lei atribui às entidades esportivas limita-se à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público, mas não compreende o uso da imagem dos jogadores fora da situação específica do espetáculo, como na reprodução de fotografias para compor “álbum de figurinhas” (Lei nº 5.989/73, artigo 100; Lei nº 8.672/93 (STJ, 1995, p. 169)).

Nessa decisão, por votação unânime, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a autonomia do direito à imagem, conforme se observa claramente do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

“Deixando de lado as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssima como à intimidade, à honra, à privacidade, etc., a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma nos tribunais é no sentido de atribuir-se caráter de um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se caracteriza com o simples uso não consentido ou autorizado, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a da figura que aparece numa fotografia coletiva, a reprodução da imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça.

[...]

No caso dos autos, apesar de serem notórias as figuras dos jogadores, a reprodução de suas imagens não aconteceu em razão do propósito de informar, esclarecer ou atender a algum interesse de ordem pública. Houve a utilização da imagem simplesmente para satisfazer interesse predominantemente comercial, como está dito no v. acórdão recorrido. Tratava-se, portanto, de situação sobre a qual incide regra geral: a reprodução, uso da imagem dependia do consentimento dos titulares...”

Recentemente, foram divulgados os valores a serem pagos para cada atleta, em decorrência desta e de outras condenações sobre os mesmos fatos (Fachin, 1999, p. 67): Vavá, Nilton Santos e Gilmar devem receber US\$ 100 mil, cada um; outros que também têm valores a serem recebidos são Orlando (US\$ 37,5 mil), Gérson (US\$ 50 mil), Jurandir (US\$ 5 mil), Belini (US\$ 80 mil), Rivelino (US\$ 50 mil), Dino Sani (US\$ 5 mil), Ado (US\$ 5 mil), Mauro (US\$ 80 mil), Djalma Santos (US\$ 80 mil), e Baldochi (US\$ 5 mil).

Outros atletas também tiveram seus valores fixados, embora em processos distintos: Pelé, que reivindicava US\$ 3 milhões, ganhou a causa, mas o valor foi reduzido para cerca de US\$ 800 mil; Garrincha (representado por sua família), Carlos Alberto Torres, Brito, Jairzinho (US\$ 50 mil cada um); Paulo César e Dida (US\$ 15 mil), Didi (US\$ 100 mil), Zózimo (US\$ 37,5 mil), Tostão (US\$ 50 mil); Félix e Piazza (US\$ 25 mil) e Fontana (US\$ 8,3 mil).

Embora em alguns casos possa parecer insignificante o valor, a referida decisão do Superior Tribunal de Justiça mostra que a autonomia do direito à imagem já não pode ser negada. Não apenas parcela significativa da doutrina a admite, mas também os tribunais brasileiros, em reiteradas decisões, vêm acolhendo a tese de que se está à frente de um direito dotado de autonomia. Deste modo, basta a lesão ao direito à imagem para que o interessado possa buscar a devida indenização. Além de autônomo, o direito à imagem é fundamental e está localizado no respectivo rol.

Desde a Revolução Francesa de 1789 que as constituições reservam espaço especial para a consagração dos denominados direitos fundamentais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão chegou a estabelecer, como diretriz para todos os Estados soberanos, que somente seria considerada Constituição aquela que estabelecesse a separação dos poderes e garantisse os direitos fundamentais. Aquele documento foi claro em afirmar que a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (art. 16). Desde então, os Estados têm-se esforçado para, ao lado de uma cláusula de independência entre os poderes, arrolar um mínimo de direitos entendidos como fundamentais para o homem.

A doutrina constitucionalista, consolidada nos últimos tempos, mostra que pode haver direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos fundamentais apenas materialmente constitucionais. Os primeiros têm assento na Constituição Federal, ao passo que os outros, embora portadores de dignidade constitucional, podem-se encontrar na Constituição ou fora dela. Os direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (Canotilho, 1987, p. 444). Mas pode haver direitos fundamentais mesmo fora da Constituição, os quais são chamados direitos materialmente constitucionais.

A imagem, entendida como direito fundamental, foi introduzida de modo expresso no Direito Constitucional brasileiro em 1988. Antes, por longo tempo, permaneceu ignorada pelo legislador constituinte. Mesmo assim, é de se reconhecer que, embora ausente da Constituição, tinha dignidade de norma constitucional. Era, portanto, norma materialmente constitucional. Pode-se também aceitar que a imagem, embora implicitamente, já havia ingressado no texto constitucional com a primeira Carta Republicana, em 1891.

Com o advento da Constituição de 1988, a imagem passou a figurar, expressamente, no rol destinado aos direitos, garantias e liberdades fundamentais. Dispõe o art. 5º, inciso X, que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, assegurado o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação.

Os doutrinadores, analisando a novidade constitucional, observam que, mesmo antes da norma acima mencionada, este direito já era acolhido no Direito brasileiro, o que forçou o seu reconhecimento. Deste modo, pode-se constatar que a Carta Política promulgada em 1988, assim como fez em outras hipóteses, tal como ocorreu com o meio ambiente (art. 225), veio apenas constitucionalizar um direito que já estava impregnado na consciência jurídica nacional (Bastos, 1989, p. 62).

Quando estiver em confronto com outro direito fundamental, como por exemplo com o direito à informação, ocorrerá o que a doutrina constitucionalista denomina colisão de direitos. Se esta ocorrer, é preciso, no caso concreto, lançar mão de um critério para solucioná-la. Surge então o princípio da proporcionalidade.

O Princípio da Proporcionalidade

De tudo o que vem a ser exposto, pode-se concluir que o direito à imagem está expressamente assegurado no Direito brasileiro. Todavia, não pode ser exercido por seu titular de modo absoluto. Em algumas circunstâncias, a imagem não é protegida em nome de outros direitos e interesses que, às vezes, se revestem de maior importância. Isto pode ocorrer, por exemplo, em face do direito à informação.

Mas, como saber quando a imagem pode ser protegida de modo absoluto ou sofrer restrições? Parece ser razoável falar-se em ponderação de valores entre a imagem e o direito à informação, a fim de se escolher, em cada caso, qual deve preponderar, o que conduz à necessidade de se estabelecer entre ambos certa proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade vem ganhando enorme importância no Direito alemão. A Corte Constitucional da Alemanha tem-no aplicado, com certa frequência, para solucionar casos que colocam frente a frente dois valores fundamentais.

Para que se possa falar em princípio da proporcionalidade devem estar presentes seus elementos ou subprincípios. São eles:

- a) pertinência ou aptidão;
- b) necessidade;
- c) proporcionalidade *stricto sensu*.

A pertinência ou aptidão, como elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, relaciona-se com o meio empregado e o fim a ser alcançado. Deve-se examinar a adequação, a conformidade ou a validade do fim e adequá-lo ao meio utilizado. Isso impede solução arbitrária capaz de sacrificar um direito fundamental da pessoa.

A necessidade está relacionada à escolha do meio utilizado. Não se pode exceder aos limites necessários para alcançar o fim colimado. Diante da hipótese inevitável de se ter que sacrificar um direito, dentre os dois que se defrontam, deve-se optar por sacrificar aquele que menor prejuízo causar. Havendo duas medidas, mas sendo possível tomar apenas uma, deve-se proceder de modo menos nocivo à pessoa. Escolhe-se o meio mais suave.

O princípio da proporcionalidade é composto por um terceiro elemento: a proporcionalidade *stricto sensu*. Deve-se considerar o conjunto dos interesses em jogo. Pierre Muller, trazido para a doutrina brasileira, mostra que na utilização do princípio há uma obrigação (fazer uso dos meios adequados) e uma interdição (não usar meios desproporcionais). E conclui afirmando que é em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptar, em todas as suas atividades, os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição da legalidade (Bonavides, 1996, p. 361).

Não se pode confundir conflito de normas com colisão de princípios. Naquele, para solucionar a aparente antinomia, basta aplicar um dos critérios já consolidados na doutrina: cronológico, hierárquico ou especialidade. Por outra forma se deve solucionar a colisão de princípios: “Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio

desplazado ni que en el principio despalzado haya que introducir una cláusula de excepción” (Alexy, 1993, p. 89).

Quando o direito à imagem for limitado pelo direito à informação, deve-se interpretar a colisão de princípios de tal modo que, no caso concreto, um abdique em favor do outro. Entre dois valores, ambos importantes para o sistema jurídico e para a sociedade, um deverá preponderar.

Tem-se sustentado que a simples letra das normas será superada mediante um processo de cedência recíproca. No caso de dois princípios que, em face de determinado caso, mostrem-se aparentemente antagônicos, hão de harmonizar-se. Devem esses princípios abdicar da pretensão de serem aplicados de forma absoluta. Prevalecerão, portanto, apenas até o ponto a partir do qual deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é divergente (Bastos, 1997, p. 107).

Em harmonia com a lição acima, reconhece-se que não vivemos no mundo de maneira diferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores. Se supirmos a idéia de valor, perderemos a substância da própria existência humana. Viver é, por conseguinte, uma realização de fins. O mais humilde dos homens tem objetivos a atingir, e os realiza, muitas vezes, sem ter plena consciência de que há algo condicionando os seus atos (Reale, 1998, p. 26).

Tanto o direito à informação quanto o direito à imagem são protegidos pela Constituição como direitos fundamentais. Mas, quando eles estiverem em colisão entre si, do modo que não seja possível preservar a ambos, um deles deve ser sacrificado. E o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado para que a solução oferecida ao caso concreto seja a mais justa possível. Após a solução do caso concreto, ambos os bens jurídicos – direito à informação e direito à imagem – permanecem firmes no sistema jurídico.

Conclusão

O direito à informação é um direito fundamental da pessoa humana. Deve ser garantido a todas as pessoas.

O direito à imagem, além de ter sido erigido em direito fundamental pelo constituinte de 1988, é um direito autônomo. Seu uso indevido pode acarretar o dever de indenizar os prejuízos sofridos pelo seu titular.

Os direitos fundamentais, como os direitos à informação e à imagem, precisam ser protegidos e coexistir harmonicamente. Todavia, não raro estão em colisão entre si, obrigando o aplicador do direito, diante do caso concreto, a fazer escolha entre proteger um ou outro.

O princípio da proporcionalidade é apontado pela doutrina constitucionalista como critério solucionador da colisão de direitos fundamentais. Diante do caso concreto, feita a ponderação de valores entre os bens jurídicos em colisão, um deles deve ser protegido, em sacrifício ao outro. Mas ambos os bens permanecem íntegros no sistema jurídico e por este protegidos.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. *Hermenêutica e interpretação na Constituição*. São Paulo: C. Bastos Ed., 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 46.420-0-SP. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 68, abr. 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987.

FACHIN, Zulmar Antonio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: C. Bastos Ed.: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MORAIS, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 443, 1972.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: M. Fontes, 1996.

RERALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Information, image and proportionality principle

Abstract

The right to information and the right to image are rights protected by the Brazilian Juridical Order. They are fundamental rights belonging to the human person: they exist and they live together harmoniously. But, due to concrete situations, they can enter in collision amongst themselves, what makes it necessary to protect one in sacrifice to the other. As a solution to the collision of the fundamental rights, the principle of the proportionality should be applied: it is made a consideration of values and the most important right, in the concrete case, is protected. However, both rights - information and image -, remain untouched in the juridical system and protected by it.

Key words: rights, information, image, collision, principle, proportionality.

FACHIN, Z. A. Information, image and proportionality principle. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 189-195, mar. 2001.