Conflito entre Garantias Fundamentais: Direito de Imagem versus Liberdade de Expressão

REVISTA ELETRÔNICA MULTIDISCIPLINAR
UNIFACEAR

Bruno Henrique dos Santos[1]; Giulliano Ivo Batista Ramos[2]
Centro Universitário de Santa Fé do Sul - UNIFUNEC

RESUMO
O presente trabalho tem por problemática um conflito de Garantias Fundamentais: Direito de Imagem versus Liberdade de Expressão, onde há uma preocupação constante acerca da liberdade de imprensa, em que acaba invadindo de modo direto o espaço do Direito de Imagem, violando com bastante ênfase, como se o último não existisse (Garantia da Personalidade). Diante desse conflito de Imagem e Expressão tem se por um lado, que o mesmo não se resolve através de métodos hierárquicos, temporal ou até mesmo de especialização, mas sim através das normas analisando-se a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local e natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, valores ou interesse da pessoa humana e de outro lado, em caso de situações extremas, poderá escolher qual direito deverá prevalecer e qual será sacrificado, desde que fundamentado constitucionalmente na adequação da decisão.

Palavras chave: Direito de imagem. Liberdade de expressão. Constituição. Privacidade. Garantias fundamentais.

ABSTRACT
The present work has as problematic a conflict of Fundamental Guarantees: Right of Image versus Freedom of Expression, where there is a constant concern about the freedom of the press, in which it ends up invading in a direct way the space of the Right of Image, violating with enough emphasis, as if the latter did not exist (Personality Assurance). Faced with this conflict of Image and Expression, one has to say that the same is not resolved through hierarchical methods, temporal or even of specialization, but through the norms analyzing the truthfulness of the fact, the lawfulness of the medium employed in the the public or strictly private personality of the person object of the news, the place and nature of the fact, the existence of public interest in the disclosure, especially when the fact arises from the performance of organs or public entities, values or interest of the human person and on the other hand, in extreme situations, it will be able to choose which right should prevail and which will be sacrificed, as long as it is constitutionally based on the adequacy of the decision.

Key Words: Image right. Freedom of expression. Constitution. Privacy. Fundamental guarantees.

1. INTRODUÇÃO

A tecnologia hoje em dia é algo que cresce de maneira gradativa, criando impactos na vida social de todos onde acabam tornando mais difícil a proteção às

imagens das pessoas por se propagar de forma mais rápida, através, principalmente das mídias sociais. Em contrapartida, há uma maior aceitação da liberdade de expressão dos indivíduos que podem se expressar de forma mais clara, mas isso não quer dizer que não há coibição desse direito.

A imagem e a liberdade de expressão estão asseguradas pela Constituição Federal, incorporado na dignidade humana, mas muitas vezes se chocam com a divulgação que os meios de comunicação se utilizam para evidenciar suas notícias e fatos.

Quando isso acontece – interesses iguais entram em colisão -, a atuação do legislador se torna algo imprescindível para que se possa encontrar uma solução que não fira o ordenamento jurídico e que não seja injusto com nenhuma das partes.

Posto isto, o objetivo da pesquisa é esclarecer ambas as garantias (Imagem e Expressão) de modo a compreender o conceito, evolução histórica e o funcionamento de cada uma no texto constitucional, possibilitando na solução para este conflito através do Princípio da Proporcionalidade ou ainda pelo Direito ao Esquecimento, a partir da ponderação destes direitos visando o equilíbrio social.

2. DIREITO DE IMAGEM E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito de imagem veio ser preservado na Constituição Federal de 1988 e aceito no Código Civil de 2002 como um direito de personalidade, tratando da personalidade física da pessoa, o que engloba seus traços físicos, gestos, poses, estilo e tudo o que mais pode ser descrito como características únicas do indivíduo, também podendo ser considerada a personalidade moral da pessoa.

A Profa. Silma Mendes Berti, na monografia Direito à Própria Imagem (Del Rey, 1993, Cap. III, p. 36), explica:

> Pierre Kayser também ressalta o duplo conteúdo do direito à imagem que assegura tanto o interesse moral quanto o interesse material do indivíduo em relação a ela. Esse duplo aspecto é, por certo, refletido na noção ambígua do direito à imagem, que não protege apenas o interesse moral que tem a pessoa de se opor à sua divulgação, em situações atentatórias à sua vida privada, mas assegura também a proteção do interesse material a que a sua imagem não seja explorada sem a devida autorização e confere-lhe o monopólio de sua exploração. É então um direito de personalidade extrapatrimonial, protegendo interesses morais. É também um direito patrimonial assegurando a proteção de interesses materiais. A distinção desses elementos é interessante, sobretudo no que concerne ao seu regime. Como direito à imagem é intransferível, pois a pessoa não pode renunciar à proteção dos seus interesses morais. Como direito patrimonial, é transferível, pois a alienabilidade é característica dos direitos patrimoniais.

Encontra-se no artigo 5º, X e XXVIII da Constituição Federal a previsão legal do direito de imagem, dentro dos direitos e garantias fundamentais e como um direito de personalidade e também se encontra no artigo 11 e seguintes do Código Civil, tratando-se de um direito irrenunciável, inalienável, intransmissível, mas que pode ser disponível. Ou seja, a imagem da pessoa ou até mesmo sua personalidade física pode sim ser vendida, renunciada, cedida e até mesmo licenciada para terceiros.

Apesar de poder ceder, vender ou algo do gênero sua imagem estando relacionado com os direitos de personalidade, o indivíduo pode, se quiser, oferecer denúncia e exigir uma ação indenizatória pelo uso indevido de sua imagem, do qual falaremos ao decorrer deste trabalho.

Sendo independente de comprovação de prejuízo o uso indevido da imagem, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) já emitiu súmula pacificada sobre: "Súmula 403 - Independe de prova ou prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."

O uso da imagem ocorre apenas quando o indivíduo autoriza tal utilização, caso contrário em hipótese alguma pode ser usado. A partir do consentimento, temos três modalidades.

O uso mediante pagamento e consentimento tácito ou até mesmo sem exigir pagamento algum, porém, com o mesmo consentimento, que discorre quando a imagem é geralmente usada por veículos de informação e representa pessoas públicas, de conhecimento de grande parte de um público e pessoas que ao lado delas estejam no momento em que foram fotografadas, filmadas e afins.

A segunda modalidade dá-se quando existe pagamento e com consentimento expresso ou também a partir da gratuidade, mas deve-se ter o consentimento expresso do indivíduo, ou seja, necessita da autorização pessoal do indivíduo que teve sua imagem capturada.

Assim como a anterior, a terceira modalidade que trata do pagamento mediante consentimento à gratificação financeira, fala que somente terá a autorização se tiver uma "participação nos lucros".

O uso, quando não autorizado, pode sofrer sanções penais, sendo o uso contra vontade do retratado e o uso contra a vontade para motivo torpe, sendo a segunda muito mais grave do que a primeira.

Ao falarmos sobre liberdade de expressão, queremos dizer sobre o direito que qualquer indivíduo tem de manifestar-se livremente suas opiniões, ideias e pensamentos sem medo de sofrer qualquer tipo de censura ou retaliação por parte de qualquer um, seja outro indivíduo ou do Estado.

A liberdade de expressão também é um direito do cidadão, resguardado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, decretado em 1948, tendo em seu artigo XIX a seguinte definição: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões, procurar, receber, transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”.

De acordo com Santiago:

> É importante salientar que sempre que esta garantia sofrer determinada restrição, esta deve ser caracterizada em parâmetros claros, estritos e inseridos dentro de uma conjuntura definida. A restrição legítima é bem diferente de abuso de poder e ilegalidade. Além disso, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, o que significa que a manifestação pode descambar para a calúnia, difamação ou injúria, o que pode originar um processo ou resposta em reação à declaração feita.

Na atual Constituição Federal do Brasil, encontra-se no artigo 5º, incisos IV, VIII e IX, além do artigo 220, §2º a proteção contra esse direito do indivíduo e abrange todos os brasileiros e estrangeiros que são residentes no nosso país, desde o mais rico até o mais pobre. Todos têm direito de liberdade de expressão por ser uma garantia fundamental de cidadania.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Constituição Imperial de 1824 e a Constituição Republicana de 1891 protegiam implicitamente a imagem através da inviolabilidade do domicílio, pois encaixava-se nas características da intimidade do indivíduo.

Já na Constituição de 1934 houve uma certa mudança, ainda permanecendo implicitamente, pois encontrava-se subtendido nos direitos e garantias não especificados. A Constituição de 1946 continuava protegendo a imagem através da intimidade e na inviolabilidade, dessa vez, dos direitos decorrentes à vida, mas ainda assim, implícita. O mesmo ocorreu com a Constituição de 1967.

A Constituição de 1988, a que encontra-se em vigor nos dias de hoje trouxe o direito à imagem de forma expressa e explícita, diferenciando imagem de intimidade, tendo o texto sobre o assunto em três incisos do artigo 5º, que diz:

> Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no pais 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.

Tratando-se do inciso X, podemos perceber que sempre que houver uso indevido da imagem do indivíduo, o mesmo pode acionar a justiça e exigir seus direitos. Já o inciso V, dispõe Antônio Costella: "Direito de resposta é a garantia que a lei dá a cada um de representar a sua versão dos fatos, pelo mesmo veículo, quando tenha sido ofendido, acusado ou vítima de erro nos meios de comunicação de massa". Ou seja, trata-se de uma reparação através da desigualdade que existe entre a forma do indivíduo e a força da imprensa. (1976. p. 207).

Dá-se então a entender, analisando todo o histórico que o direito a imagem sempre existiu nas Constituições, mesmo que de forma implícita, sempre foi um direito guardado constitucionalmente, tendo uma visibilidade maior e melhor a partir do texto de 1946 e totalmente explícita a partir da Constituição Federal de 1988.

4. CONFLITOS DE DIREITOS/PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS (CONSTITUIÇÃO)

O que pode acontecer em situações como descritas no título deste tópico é sobre as consequências que se dão a partir da colisão desses direitos. É sabido que não há hierarquia entre as normas da Constituição e, com isso, acaba que não se pode estabelecer uma regra a respeito de quem sobrepõe quem. A solução para isso é e sempre será analisar caso por caso, pois nenhum nunca é igual ao outro em toda forma.

Nem sempre temos a possibilidade de usar do direito sem que bata de frente com a Constituição, especialmente quando tratamos do particular. Tem casos em que a Constituição autoriza no ato a restrição de um direito, por exemplo e em outras isso não nem ser cogitado. Em casos dessa colisão, a lei nunca pode impor qualquer solução definitiva e rígida, deve sempre dar respaldo para que o julgador, quando a tese for válida, porém indesejada para a Constituição, impeça de que se produza uma fórmula legal.

Diz Luis Roberto Barroso (2003) sobre o assunto:

> A colisão de direitos fundamentais é um fenômeno contemporâneo e, salvo indicação expressa da própria Constituição, não é possível arbitrar esse conflito de forma abstrata, permanente e inteiramente dissociada das características do caso concreto. O legislador não está impedido de tentar proceder a esse arbitramento, mas suas decisões estarão sujeitas a um duplo controle de constitucionalidade: o que se processa em tese, tendo

> em conta apenas os enunciados normativos envolvidos, e, em seguida, a um outro, desenvolvido diante do caso concreto e do resultado que a incidência da norma produz na hipótese. De toda sorte, a ponderação será a técnica empregada pelo aplicador tanto na ausência de parâmetros legislativos de solução como diante deles, para a verificação de sua adequação ao caso.

O legislador deve sempre se limitar nos parâmetros gerais sem privar nenhuma parte do juízo de igualdade que deve haver. Há também alguns elementos que devem ser considerados na hora desses direitos entrarem em colisão.

- A veracidade do fato: todos os meios de comunicação tem a obrigação de apurar e desvendar se de fato aquilo ocorreu da forma como ocorreu antes de falar sobre. Porém deve-se lembrar que não se trata de uma verdade objetiva, mas sim, subjetiva, uma vez que dependerá muito do ponto de vista de quem irá julgar.
- Licitude do meio empregado na obtenção da informação: da mesma forma que a Constituição veda completamente, em juízo, provas admitidas através de modo ilícito, ela veda também a obtenção e divulgação de notícias, imagens das quais tiveram origem mediante ato criminoso.
- Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia: pessoas notórias na mídia, como artistas em geral, modelos, atletas e afins, pessoas que ocupam cargo público tem seu direito de privacidade tutelado de uma forma mais suave, visto que elas são públicas, mas isso não quer dizer que elas estejam excluídas de exigir sua privacidade. Indivíduos que não mantém uma vida pública tem sua tutela mais ampla no que diz respeito a privacidade.
- Local do fato: parecido com o que foi descrito no item anterior, os fatos que ocorreram em locais públicos tem uma proteção um pouco mais branda do que os fatos que ocorreram em locais reservados. Fatos ocorridos no interior da casa de um indivíduo, por exemplo, só pode ser divulgado se a pessoa autorizar, porém, se ocorreram em ruas, praças ou qualquer lugar de acesso público, pode-se ser noticiável sem essa necessidade de autorização.
- Natureza do fato: alguns fatos são notícia independente de quem tenha se envolvido, podendo ser exposto sua intimidade e imagem, desde que tenha relação com notícia jornalística, como por exemplo, acontecimentos na natureza ou crimes em geral.
- Existência de interesse público na divulgação em tese: se a notícia for de interesse da sociedade para se saciar com informação, conhecimento ou ideias é considerado de livre circulação. O interessado pode não divulgar se entender que o interesse público irá excepcionalmente ferir o interesse privado no que concerne sua liberdade de expressão e intimidade.

- Existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos: o artigo 5º, XXXIII da Constituição Federal assegura que todos tem o direito de acesso a informações que forem produzidas por órgãos públicos, exceto quando se deve manter sigilo para segurança da sociedade e do Estado.

5. DIREITO DE ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento trata-se do direito que um indivíduo possui que lhe permite proibir que um fato ocorrido em algum determinado momento de sua vida seja exposto para o público em geral, mesmo que verídico, onde lhe causaria sofrimento e transtornos. No Brasil, esse direito está assegurado constitucionalmente e legalmente, sendo uma consequência do direito à privacidade, intimidade e honra estabelecidos na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso X e pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 21, tendo por nomes também “direito de ser deixado em paz” ou “direito de estar só”.

Para sabermos se existe o direito ao esquecimento e se esse não confronta com o direito à informação, deve-se levar em conta se aquela notícia seria ou não de interesse público atual na sociedade e se for positivo, será assim lícita a sua publicidade. Podemos citar o exemplo dos crimes históricos, onde se torna praticamente impossível desvincular os envolvidos da notícia em geral.

Porém, se não houver interesse público atual, a pessoa pode sim exercer seu direito ao esquecimento optando para que sejam impedidas as notícias sobre o fato de vincularem a mídia, internet e afins.

Diz o Ministro Gilmar Mendes (2007, p. 374) sobre o assunto: “Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixado de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.”

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou o direito ao esquecimento em dois casos: Chacina da Candelária e no caso Aída Curi. No primeiro caso, um homem foi denunciado por ter supostamente participado da chacina, porém, depois do processo concluído, ele foi absolvido. Anos após ter sido absolvido, a Rede Globo apresentou um programa cujo nome era Linha Direta, onde contava a história do acontecido na chacina da Candelária e citou o nome desse homem como sendo uma das pessoas envolvidas e citou também sua absolvição, mas sendo o suficiente para trazer a tona todo o transtorno na vida desse indivíduo novamente.

O homem ingressou com uma ação, dizendo que sua exposição para milhões de telespectadores traria de volta o fato e que a sua imagem voltaria a ser taxada como de assassino na comunidade onde residia, violando assim seu direito a paz, dizendo que teve que ser obrigado a abandonar o local onde morava para preservar sua segurança e de seus familiares.

A 4ª Turma do STJ entendeu e reconheceu que esse indivíduo tinha sim o direito ao esquecimento e que o programa da Rede Globo poderia muito bem contar a história sem que fosse mostrada foto e exibido nome do indivíduo do qual fora absolvido, não havendo, assim, ferido a liberdade de expressão e nem a honra do homem em questão.

O STJ entendeu que o réu, seja ele condenado ou absolvido tem o direito a ser esquecido, pois a legislação garante aos condenados que já cumpriram a pena, no artigo 748 do Código de Processo Penal, tenham o direito ao sigilo na folha dos antecedentes, sendo assim, os que foram absolvidos então não podem permanecer com essa "mancha" em suas vidas, sendo assegurados o direito de serem esquecidos e deixados em paz.

Como o programa já havia sido gravado e exibido, a Rede Globo foi condenada pelo STJ a pagar indenização por danos morais em virtude da violação desse direito.

O segundo caso foi dos familiares de Aída Curi, abusada sexualmente e morta no ano de 1958. Também no programa Linha Direta exibido pela Rede Globo mostrou além do nome, fotos reais do caso, o que gerou novamente todo o sofrimento que estava amenizado com o decorrer do tempo.

Porém, mesmo entendendo que a exibição do caso traria a tona os sentimentos angustiantes e sofríveis para a família, a 4ª Turma do STJ entendeu que o crime por se tratar de um fato histórico e de interesse público, seria impossível contá-lo sem mencionar o nome da vítima e, que decorridos 60 anos do caso, além de ter tirado da memória do povo, o tempo se encarregou de abrandar os efeitos sobre a honra e dignidade dos familiares.

Segundo o consignado: "(...) o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi." (2013).

Com a internet sendo de tão fácil acesso hoje, as notícias, informações, fotos, vídeos e afins acabam sendo eternizados nesse mundo, sendo impossível cair no esquecimento total e, diante disso, é praticamente impossível garantir o direito ao esquecimento na internet.

Por isso, o Ministro Luis Felipe Salomão (2013) disserta:

> Em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo da Google Eric Schmidt afirmou que a internet precisa de um botão de delete. Informações relativas ao passado distante de uma pessoa podem assombrá-la para sempre, causando entraves, inclusive, em sua vida profissional, como no exemplo dado na ocasião, de um jovem que cometeu um crime em relação ao qual as informações seriam expurgadas de seu registro na fase adulta, mas que o mencionado crime poderia permanecer on-line, impedindo a pessoa de conseguir emprego.

6. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

É um princípio constitucional que estabelece uma medida de ponderação relacionada a severidade da ação penal que será aplicada, correspondendo a maior ou menor gravidade da infração penal. Sendo assim, quanto mais grave o ato ilícito praticado, mais severa deve ser a pena. E vice-versa. Esse princípio tem por objetivo coibir os excessos sem razão alguma evitando assim restrições exageradas, desnecessárias e abusivas servindo também de regra tanto para quem exerce quanto para quem parece do poder.

Existem três subprincípios que formam o princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre adequação, assegura Cristóvam (2011):

> Pela máxima da adequação não se deve considerar o grau de eficácia das providências escolhidas, tidas como capazes de alcançar o objetivo almejado. A perspectiva da eficácia e o debate acerca do melhor meio para a realização da finalidade desejada – a intervenção menos gravosa ao cidadão – já transbordam o prisma da adequação e entram na órbita da máxima da necessidade.

Também denominado princípio da idoneidade ou princípio da conformidade, diz que a medida aplicada deve ser idônea à consecução da finalidade que pretende-se buscar. Ou seja, deve existir uma relação adequada entre um ou vários fins e os meios com os quais foram determinados.

Tratando-se da necessidade, sendo adequada a medida, é menos gravosa para os indivíduos, observando ser aquela que restringirá em menor grau os direitos fundamentais. Também chamada de princípio da exigibilidade, o que se busca é que a medida restritiva aplicada seja indispensável para a conservação do direito fundamental do indivíduo e não podendo ser substituída por outra de igual eficácia e, às vezes, até menos gravosa. Sendo assim, de acordo com esse subprincípio da necessidade, há várias formas para chegar àquele resultado, porém impõe-se a que for afetar com menor intensidade todos envolvidos no caso.

Por último, o terceiro elemento é o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Luis Roberto Barroso (2003) disserta sobre:

> Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se "de uma questão de "medida" ou "desmedida" para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Este princípio caracteriza-se pela ideia de que os meios escolhidos devem se manter dentro da razoabilidade com o resultado que se busca, traduzindo, o ônus imposto pela norma deve ser sempre inferior ao benefício por ela estabelecido. Trata-se da ponderação entre os danos que foram causados e os resultados que estão sendo buscados.

Apresenta-se então a partir dessa tríplice de entendimento uma concepção de como e para que se utiliza o princípio da proporcionalidade, ou seja, através de um juízo de adequação da medida a ser adotada, para que esta possa alcançar o fim que se busca através de uma reduzida interferência sobre os direitos fundamentais individuais do cidadão, tendo por limitação ao que se for apenas necessário para atingir a finalidade através de uma medida justa, ponderando sempre os interesses de todos os presentes e envolvidos no caso concreto.

Tem-se no princípio da proporcionalidade a permissão para fazer a ponderação dos princípios e direitos fundamentais além dos interesses e bens jurídicos do qual se expressam quando se encontram em situação de contradição, solucionando assim, de uma forma em que irá exaltar o respeito de todos os indivíduos que estão envolvidos no conflito em questão. Tendo os direitos fundamentais em conflito diante de um caso concreto, é necessário que haja uma ponderação em razão do bem ou do valor do qual se pretende tutelar diante do caso específico.

É necessário que se busque sempre a harmonia entre esses direitos para que não acabem se tornando, de certa forma, sem efetividade e aplicabilidade, porque de acordo com o princípio da proporcionalidade, sempre que houver direitos colidindo um com o outro, é necessário que se faça o uso de tal princípio como uma justa-medida, equilibrando-se os lados, pois pode ser que em alguns casos o valor da honra pese mais e em outros a liberdade de expressão, não havendo uma forma certa de lidar com isso, pois somente diante de um caso e hipótese concreta que se poderá dizer qual entre ambos prevalecerá.

Para isso o princípio da proporcionalidade existe, traduzindo a busca do equilíbrio e harmonia, da ponderação de direitos para a aplicação do caso concreto, solucionando-o da melhor forma através da aplicação e efetivação desses mesmos direitos.

Na doutrina brasileira, enquanto houver a concordância a respeito da presença pelo menos da ideia da proporcionalidade presente na aplicação dos casos na nossa Constituição, alguns autores apresentam divergências quanto a identificação desse princípio à luz do Texto Constitucional, tendo quem o classifique como cláusula do devido processo legal, citando, por exemplo Luiz Roberto Barroso. Já Gilmar Mendes identifica o princípio da proporcionalidade como sendo o princípio do Estado Democrático de Direito com o princípio da legalidade e há também aqueles como Paulo Bonavides que entende ser desnecessário buscar nesse princípio da proporcionalidade junto de qualquer outro princípio que esteja explícito na Constituição Federal.

Barros (2000) diz: "A existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais."

O correto é que o Brasil tendo feito a escolha em seu preâmbulo constitucional da política pelo Estado Democrático de Direito, bem como em seu artigo 1º onde deixa bem claro a proteção dos direitos fundamentais, deslocando-se para o centro da ordem jurídica que se faz presente diariamente entre nós com seu status constitucional, o princípio da proporcionalidade. Ficando claro assim, o princípio em estudo decorre do Estado de Direito juntamente da imagem da proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Bonavides (2002) conclui que: "poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito".

7. JURISPRUDÊNCIAS

Muitas – ou na maioria – das vezes, esses conflitos acabam indo para o tribunal, decidido pela justiça quem tem a razão. Tratando-se disso, segue algumas jurisprudências acerca dos assuntos.

Falando sobre direito de imagem, não é algo unânime, não é porque foi usado de forma que pode-se entender injusta, que realmente será considerado como tal.

Sabido disso, segue RR 8032820105010018 do tribunal onde não deu-se provimento ao pedido da parte:

> RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO - DANO MORAL. DIREITO DE IMAGEM. UNIFORME COM LOGOMARCAS DE PRODUTOS COMERCIALIZADOS. CONFIGURAÇÃO. A decisão regional está em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, a qual se firmou no sentido de que a utilização de uniforme com logomarcas de produtos comercializados pela empresa, sem autorização expressa do empregado ou compensação pecuniária, caracteriza uso indevido da imagem do trabalhador e fere seu direito de imagem, o que gera direito à indenização reparatória. Incidência da Súmula 333 do TST e do art. 896, § 7º, da CLT. Recurso de Revista não conhecido.

Abordando ainda sobre o direito de imagem, compreende-se o provimento entendido pelo Tribunal em outros casos específicos. Segue RR 383004720055010052 e RR 15687006420065090002:

> RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA. ATLETA PROFISSIONAL.
> Nos termos da jurisprudência deste Tribunal os valores pagos a título de direito à imagem ao atleta profissional tem natureza salarial, quando evidenciado que o seu pagamento tem como objetivo, na realidade, desvirtuar a aplicação da legislação trabalhista. Recurso de revista não conhecido. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. A aplicação das regras do Código de Processo Civil exige que a CLT seja omissa e que haja compatibilidade com o Processo do Trabalho. Além de inexistir a omissão, a regra do art. 475-J do CPC não apresenta compatibilidade com o procedimento da execução trabalhista. Nesse sentido firmou-se a jurisprudência da c. SDI no julgamento dos leading cases E-RR - 38300-47.2005.5.01.0052 (Relator Ministro Brito Pereira) e E-RR - 1568700-64.2006.5.09.0002 (Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga), julgados em 29/06/2010. Recurso de revista conhecido e provido.

Tratando-se sobre liberdade de expressão, os conflitos também existem. Segue Apelação AP 00000130220137050005 PR:

> APELAÇÃO. DANO QUALIFICADO. RECURSO DEFENSIVO. PRINCÍPIOS DA CONGRUÊNCIA E DA AMPLA DEFESA DEVIDAMENTE RESPEITADOS. DESCLASSIFICAÇÃO REQUERIDA PELA DEFESA. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DEVIDAMENTE EXERCIDO MEDIANTE GRITOS, ALGAZARRA E XINGAMENTOS. FOGO EM COLCHÃO. RISCO PARA OS RECORRENTES, OUTRO PRESO E PESSOAL DE SERVIÇO. EXCESSO NO AGIR. RECURSO NÃO PROVIDO. Não há afronta à ampla defesa e ao contraditório quando a desclassificação do delito na Sentença se deu em face de pedido da própria Defesa, no qual apresentou argumentos para a alteração do tipo penal e não requereu a absolvição dos réus. Considera-se devidamente exercido o direito à liberdade de expressão através de gritos e xingamentos que demonstrem indignação com tratamento dado, supostamente desrespeitoso a direitos fundamentais. Constitui excesso no exercício do direito à liberdade de expressão colocar fogo em colchão dentro de cela, expondo a si próprio a risco, bem como terceiros que se encontravam no local. Recurso não provido. Decisão unânime.

8. CONCLUSÃO

Conclui-se então, que enquanto o Direito Imagem (Direito de Personalidade) assegura e orienta o caminho do sigilo e da tranquilidade, a Liberdade de Expressão por sua vez trilha o caminho da transparência, de uma livre e espontânea circulação de informação.

No tocante aos direitos fundamentais entende-se que este não possui natureza absoluta e caso venha a ocorrer um conflito como este, não prevalecerá nenhum direito sobre o outro, ou seja uma hierarquia constitucional e muito menos sacrificar direito igualmente protegido, mas sim uma ponderação, considerada como um método para se apurar e colocar fim a conflitos de garantias (direitos) em questão.

Desta forma, a ponderação decorre das múltiplas ideias inclusas em um mesmo texto da Constituição que assegura direitos e valores à coletividade, valendo-se daquilo que for mais essencial e harmônico para o Estado e a sociedade, sendo o Princípio da Proporcionalidade, de maneira a coibir excessos ou o Direito ao Esquecimento que veda a exposição de um fato já ocorrido, o que irá depender do caso concreto e dos argumentos que forem expostos pelas partes do fato, analisados e julgados pela autoridade com foco nos valores humanísticos.

9. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Regina Ferreto de. **Direito à imagem.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2306/direito-a-imagem>. Acesso em: 26 de abril de 2017.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

BERTI, Silma Mendes. **Direito à Própria Imagem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 36.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.html >. Acesso em: 28 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO DE REVISTA: RR 598000520125210009.** Relator: SANTOS, Cilene Ferreira Amaro. Publicado no DEJT de 07-11-2014. Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150379788/recurso-de-revista-rr-598000520125210009#!>. Acessado em 29 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO DE REVISTA: RR 8032820105010018**. Relator: AMARO, Márcio Eurico Vitral. Publicado no DEJT de 24-04-2015. Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183599673/recurso-de-revista-rr-8032820105010018>. Acessado em 29 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **APL 00170098620118260196 SP 0017009-86.2011.8.26.0196.** Relator: GARBI, Carlos Alberto. Publicado em 01-02-2013. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113738912/apel acao-apl17009862011826019 6-sp-0017009-8620118260196>. Acessado em 29 de abril de 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Violação do direito ao esquecimento chega ao STF.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-17/condenada-violar-direito-esquecimento-globo-supremo>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

COSTELLA, Antônio. ***Direito da comunicação.*** São Paulo. Revista dos tribunais. 1976. p.207.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Consideração acerca das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade.** Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/considera%C3%A7%C3%B5es-acerca-das-m%C3%A1ximas-da-razoabilidade-e-da-proprocionalidade>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

LINHA DIRETA. **Aída Curi.** Disponível em: <http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-215780,00.html>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

MEMÓRIA GLOBO. **A chacina da Candelária.** Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/a-chacina-da-candelaria.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374.

PADRÃO, Vinicius Jóras; SALOMÃO, Miguel Rodrigues de Alcântara. **Direito ao Esquecimento: comentários ao acórdão no REsp n• 1.335.153/RJ.** Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/41089/direito-ao-esquecimento-comentarios-ao-acordao-no-resp-n-1-335-153-rj>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

PHILIPPI, Patricia Pasqualini. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade: breve reflexão sobre sua aplicação no Direito Penal.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16226>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

RECONDO, Felipe. **Globo deve pagar R$ 50 mil ao absolvido do caso da Chacina da Candelária.** Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,globo-deve-pagar-r-50-mil-a-absolvido-do-caso-da-chacina-da-candelaria,1037595>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

SANTIAGO, Emerson. **Liberdade de expressão.** Disponível em: <http://www.infoescola.com/direito/liberdade-de-expressao/>. Acesso em: 24 de abril de 2017.