

Colisão de Direito: Liberdade de Expressão e Ofensa à Honra e à Imagem

Arion Sayão Romita*

1. Noção de Colisão de Direitos. 2. Liberdade de Expressão e Direito à Livre Manifestação do Pensamento. 3. Direito à Honra. 4. Direito à Imagem. 5. Os Princípios de Igualdade e de Proporcionalidade. 6. Solução do Conflito de Direitos.

1. Noção de Colisão de Direitos

A sabedoria popular assentou o dogma de que o direito de alguém termina onde começa o de outrem.

Esta ideia, que remonta ao pensamento filosófico do Iluminismo, encontra formulação jurídica na Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789, na França. O art. 4º da Declaração está assim redigido: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique outra pessoa: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem só encontra limites naqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei”. O art. 5º acrescenta: “A lei só pode proibir as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é proibido por lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não manda”. Esta última provisão encontra eco na Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988: o art. 5º, inciso II, dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A assertiva de que todo indivíduo tem o direito de fazer tudo aquilo que não prejudique outrem induz necessariamente a certeza de que os direitos e liberdades não são absolutos nem ilimitados. Se o exercício de um direito é limitado quando confrontado com o direito de outrem, cabe cogitar de limitação do direito para que seja determinado o seu alcance material. Por isso Conrad Hesse afirma que “cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material”, surgindo assim a noção de limites imanentes aos direitos fundamentais, que só podem ser determinados por interpretação¹. Neste sentido, Norberto Bobbio ensina que, na maioria das situações em que está em causa o direito de alguém, o exercício desse direito pode confrontar o direito de outrem, não se podendo “proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante”. Em suas palavras, “deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no

* Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250-251.

sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente².

Ao se falar de interpretação, cumpre observar que ela se revela um fenômeno ambivalente. Por um lado, abala a certeza ínsita ao direito: na verdade, abre um espaço de incerteza no direito, porque entre a edição do texto e sua aplicação interpõe-se o intérprete; o texto não se apresenta mais portador de uma verdade incontestável, imposta pela via de evidência; é necessário que os significados nele contidos sejam decantados pelo filtro da interpretação. Dessa forma, a interpretação se arrisca a solapar os fundamentos da ordem jurídica e a subverter a racionalidade jurídica, tornando-se uma atividade suspeita. Por outro lado, ela afasta as incertezas derivadas da leitura do texto, dissipando as obscuridades nele contidas; decide entre as possíveis diferentes leituras ao fixar o sentido do texto e previne as guinadas de significados, tudo na dependência da qualidade e dos atributos do intérprete³.

Na doutrina constitucionalista, quando se disserta sobre os limites dos direitos fundamentais, discute-se se os limites imanentes constituem fenômeno distinto das colisões de direitos ou se se trata de fenômenos idênticos, descritos sob terminologia diferente. Na verdade, a noção de limites imanentes só tem utilidade se justificar a atuação do legislador ordinário ao fixar os limites imanentes; na hipótese oposta, a noção de colisão de direitos abrange a de limites imanentes⁴.

A doutrina constitucionalista alemã cunhou a noção de colisão de direitos fundamentais (*Grundrechtskollision*) ou conflito de direitos fundamentais (*Grundrechtskonflikte*)⁵.

Ocorre colisão (conflito) de (entre) direitos fundamentais quando dois titulares de direitos fundamentais reclamam para si o uso de liberdades que se excluem reciprocamente. Dois direitos colidem quando o exercício de um deles por parte de seu titular prejudica o uso de direito fundamental por parte do outro titular, como ocorre, por exemplo, entre a liberdade de expressão, de um lado, e o direito à honra ou à intimidade de outro⁶. Este fenômeno implica a limitação de um dos direitos conflitantes e pode surgir em abstrato, a nível legislativo, quando a norma jurídica não prevê restrição ao exercício de determinado direito ou quando prevê direitos incompatíveis entre si. Pode surgir também, na prática, em casos concretos, a nível de aplicação do direito, quando se torna necessário harmonizar as normas em presença, diretamente aplicáveis⁷.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42.

³ CHEVALIER, Jacques. Les interprètes du droit. In: AMSELEK, Paul (sous la dir.). *Interprétation et Droit*. Bruxelas: Bruylant, 1995, p. 115.

⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio de proporcionalidade*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 43.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 91.

⁶ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 180 e 412.

⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 277-278.

Há colisão porque os direitos, como já se disse, não são absolutos nem ilimitados. Seus limites não são fixados de uma vez por todas pelas normas jurídicas que os consagram. Essas normas apresentam caráter aberto e polissêmico, exigindo o esforço de interpretação e obrigando a uma tarefa de harmonização dos direitos em confronto⁸.

2. Liberdade de Expressão e Direito à Livre Manifestação do Pensamento

A Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, dispõe sobre os direitos em exame em diversos incisos do art. 5º e bem assim, no qual diz respeito à manifestação do pensamento, no art. 220. É o seguinte o teor dos mencionados dispositivos:

- liberdade de manifestação do pensamento: art. 5º, inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; art. 220, *caput*: “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”;
- liberdade de consciência e de crença: art. 5º, inciso VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”; liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política (inciso VIII);
- liberdade de expressão e informação: art. 5º, inciso IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; art. 5º, inciso XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; art. 220, *caput*, acima transcrito.

A liberdade de expressão já era prevista pelo art. 11 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, da França: “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, com a ressalva de responder pelo abuso desta liberdade nos casos previstos em lei”.

A liberdade de pensamento, basicamente una, manifesta-se como a soma de uma série de liberdades particulares, que tendem a um mesmo fim, porém suscitam variadas questões e reclamam soluções jurídicas diferenciadas. No âmago da liberdade de pensamento, a liberdade de opinião é a liberdade de escolher a sua verdade, qualquer que seja o domínio considerado. Quando tem por objeto a atitude do homem em face da moral e da religião, surge como liberdade de consciência e

⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 28-29.

de crença. À manifestação exterior e à comunicação do pensamento corresponde, segundo os domínios e os processos envolvidos, vasta gama de liberdades distintas: no domínio religioso, a liberdade de culto, vale dizer, a liberdade assegurada aos crentes de praticar sua religião; em decorrência das técnicas utilizadas, a liberdade de imprensa, que concerne inicialmente à difusão do pensamento por meio de impressos (livros, jornais, revistas), depois pelo rádio, televisão, cinema, teatro e alcança a liberdade dos espetáculos; a liberdade de ensino e, finalmente, as liberdades coletivas, como a de reunião, associação e manifestação. Conexo a tais liberdades, cogita-se do direito à informação.

A liberdade de pensamento abrange, portanto, dois aspectos: um interior e outro, exterior. Quanto ao primeiro aspecto, revela-se pela atitude intelectual que o indivíduo livremente adota: relativamente ao segundo aspecto, assume a feição de liberdade de tomada de posição política. O ordenamento resguarda a liberdade de pensamento em dupla dimensão: como pensamento íntimo, assegura a liberdade de consciência e de crença, que é inviolável (art. 5º, inciso VIII); em seu aspecto exterior, a liberdade de pensamento encontra amparo na Constituição sob as modalidades de liberdade de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural, de transmissão e recepção do conhecimento (art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e art. 220).

Cabe distinguir liberdade de expressão e direito à informação. A primeira se conceitua como possibilidade assegurada pelo ordenamento jurídico de exteriorizar pensamentos, crenças, ideias, opiniões, juízos de valor. O direito à informação compreende o direito de transmitir informações, o de colher informações e o de ser mantido informado. O que a Constituição assegura é o chamado direito de se informar. No caso do direito coletivo do trabalho, porém, não há garantia de que a representação dos trabalhadores na empresa (representantes dos trabalhadores e delegados sindicais) tenha o direito de ser informado pelo empregador.

No plano da legislação infraconstitucional (os tratados internacionais ratificados pelo Brasil integram o ordenamento doméstico, na posição de leis ordinárias), cabe referir que a Convenção Americana de Direitos Humanos denominada Pacto de São José da Costa Rica (aprovada na Conferência da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor em 1978, ratificada pelo Brasil em 25 de janeiro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) dispõe, no art. 12, sobre a liberdade de pensamento e de expressão.

É claro que as liberdades e os direitos assegurados pela Constituição e bem assim pelos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil incidem nas relações contratuais de trabalho subordinado. O empregado goza das referidas prerrogativas em face do empregador, sem sombra de dúvida. Desnecessária será, até mesmo, a edição de norma infraconstitucional que disponha a respeito do tema: a solução de qualquer dissídio ocorrente será encontrada, com facilidade, mediante o manejo dos princípios pertinentes, observadas as regras de hermenêutica constitucional. Não obstante, o desfrute das liberdades e o gozo dos direitos assegurados pelo ordenamento ao empregado pode, em tese, violar o direito

à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem de outrem. Um jornalista e um radialista não dispõem de ampla liberdade para divulgar ofensas, agressões ou atentados à honra individual ou à sensibilidade coletiva dos leitores ou ouvintes.

Pode ocorrer colisão entre a liberdade de expressão e de informação, de um lado, e o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro lado. Deve ser levada em conta a circunstância de que a liberdade de expressão e de informação contribui para a formação da opinião pública, que pode sofrer desvios ou distorções pelo uso abusivo das referidas liberdades. Por seu turno, o empregado – jornalista ou radialista – encontra-se em uma posição jurídica de subordinação, pressupondo o controle do empregador, que sobre ele exerce poderes de direção e de fiscalização, no que tange ao exercício de suas atividades funcionais. Ao exercer tais poderes, o empregador se escuda nos seguintes comandos constitucionais: primeiro, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV), que é um dos fundamentos do Estado democrático de direito em que se constitui o Brasil; segundo, a valorização da livre iniciativa, na qual se funda a ordem econômica, como preceituada pelo art. 170, *caput*. Constitui noção elementar que a livre iniciativa representa um dos sustentáculos do princípio estruturante que informa o Estado democrático de direito em que se constitui o Brasil. É na garantia da livre iniciativa que a atividade do empresário encontra apoio para gerar empregos, pagar tributos, atender às necessidades dos consumidores dos produtos e dos usuários dos serviços, além de promover o bem-estar geral e a produção de riquezas, com o indispensável concurso do esforço dos trabalhadores.

No exercício da liberdade de expressão e informação, a atividade do empregado encontra limites no poder de direção e de fiscalização exercido pelo empregador, que deriva do princípio da liberdade de iniciativa. Ocorre colisão entre os princípios concorrentes, solucionada pelo método usual em casos idênticos: o intérprete deverá levar em conta o peso ou a importância dos princípios concorrentes, a fim de indicar qual deles deve prevalecer ou ceder perante o outro; dar-se-á a ponderação dos bens jurídicos envolvidos, que será processada com o mínimo sacrifício possível dos direitos em confronto⁹. No particular, assume relevo especial o princípio da proporcionalidade.

Observa Luís Felipe do Nascimento Moraes que a liberdade de expressão e o direito à informação dos trabalhadores, no âmbito da relação de trabalho, estão sujeitos a limites internos e externos, já que os direitos fundamentais não são ilimitados e reconhecem a necessidade de harmonização com outras liberdades reconhecidas e protegidas pelo ordenamento jurídico. Os limites internos são os seguintes: a) a veracidade; b) o dever de diligência na averiguação da notícia; c) a relevância pública da comunicação. Os limites externos são: a) o princípio da boa-fé; b) o dever de segredo; c) a honra da empresa e do empresário; d) o interesse da empresa¹⁰.

⁹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais – proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 76 e ss.

¹⁰ MORAES, Luís Felipe do Nascimento. Elementos para o exercício da liberdade de expressão e do direito

O jornalista empregado não pode invocar em seu favor a liberdade de expressão e informação para violar os direitos de personalidade, principalmente quando atingida uma pessoa privada. Preserva-se o direito à honra, à intimidade, e à imagem. Este atua como limite à liberdade de expressão e informação. Comete falta grave, que autoriza o empregador a despedir o empregado sem qualquer ônus, o jornalista que, em sua coluna diária publicada em jornal, ofende a sensibilidade do público leitor mediante emprego de frases agressivas e conceitos escandalosos, incompatíveis com o nível de seriedade tradicionalmente mantido pelo periódico.

A mesma ideia pode embasar o afastamento da noção de liberdade religiosa, quando provocar perturbação da ordem no ambiente de trabalho. A propósito, acentua Ernesto Lippman que “a liberdade religiosa não se confunde com a possibilidade de perturbação da ordem do ambiente de trabalho mediante o proselitismo religioso”, citando, em abono de sua tese, decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho do Distrito Federal (Brasília):

A Constituição garante a inviolabilidade de crença e a livre manifestação do pensamento, sendo proibido privar de direitos por motivos religiosos. Por isso, nada impede que a reclamante defendesse sua crença, ainda que no âmbito da reclamada, que adotava doutrina diversa. O caso somente chama atenção pela perturbação que a manifestação da reclamante veio a causar na ordem estabelecida pela entidade, refletindo, pois, no descumprimento de suas obrigações contratuais. Estando a reclamante adstrita ao contrato de trabalho, não poderia ela se voltar contra os princípios que norteavam as atividades da instituição e para os quais foi contratada. É, partindo do próprio princípio constitucional da liberdade de crença, que a reclamante estava obrigada a respeitar os princípios religiosos da reclamada. Também rege a espécie de contrato firmado entre partes de livre manifestação de vontade e as regras a ele inerentes¹¹.

A propósito da regulação da atividade do jornalista-empregado, Alice Monteiro de Barros lembra que a legislação brasileira é omissa a respeito da proteção da liberdade de pensamento. Propugna ela a previsão da “possibilidade de rescisão contratual com uma indenização especial em favor dos jornalistas quando houver uma mudança notável no caráter ou orientação do jornal, se a mudança criada pela empregadora produzir uma situação capaz de atentar contra a sua

à informação pelos trabalhadores. In: *Revista Crítica Jurídica*. Curitiba: Faculdades do Brasil, nº 19, p. 308, jul./dez. 2001.

¹¹ LIPPMAN, Ernesto. *Os direitos fundamentais da Constituição de 1988 com anotações e jurisprudência dos tribunais*. São Paulo: LTr, 1999, p. 64, nota 2.

honra (do jornalista), ou, de uma maneira geral, contra os seus interesses morais”¹². Sugestão válida, perfeitamente aceitável, acata a orientação doutrinária traçada por José Martins Catharino, que chama a atenção para um conflito frequentemente observado nas relações entre o jornalista-empregado e a empresa jornalística a que vinculado por contrato de trabalho:

Qual seja o que se instala entre a consciência do jornalista e a direção que a sua empregadora determina para sua atividade intelectual, seja pública ou privada. Conflito tormentoso para cada qual e de fundas repercussões sociais. Que atinge a honestidade pensante do jornalista, a mesma que, se não for preservada economicamente, provoca, muitas vezes, um estado de necessidade contrário à sua preservação. Verdadeiro dilema: ou escrever contrariamente ao que pensa ou perder o emprego.¹³

A liberdade de consciência e o respeito à convicção política dos empregados têm sido resguardados pela jurisprudência. A propósito, vale transcrever sugestiva ementa de acórdão proferido pela Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, que decidiu pela nulidade do ato de dispensa de trabalhadores, determinando sua reintegração, com o pagamento dos salários e demais vantagens do período de afastamento, *verbis*:

Contrato de trabalho. Liberdade política. Garantias mínimas do cidadão. Direito potestativo de resilir o contrato. Abuso. O exercício pode mostrar-se abusivo. Despedido o empregado em face da convicção política que possui, forçoso é concluir pela nulidade do ato e conseqüente reintegração, com o pagamento dos salários e vantagens do período de afastamento. A liberdade política é atributo da cidadania, não passando o ato patronal pelo crivo da Constituição no que encerra, em torno do tema, garantias mínimas do cidadão¹⁴.

Aspecto particular no exame da matéria pertinente à liberdade de consciência e de convicção política e religiosa envolve as chamadas “organizações de tendência”. Inexiste no direito brasileiro disposição legal aplicável à espécie, mas a doutrina entende que as convicções do empregado, pelo menos no que tange ao exercício das tarefas indispensáveis à atividade empresarial, devem coadunar-se com a ideologia e as crenças perfilhadas pelo empregador.

¹² BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 199.

¹³ CATHARINO, José Martins. Liberdade de pensamento e situação de emprego de jornalista. In: *Coletânea de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1975, p. 96.

¹⁴ Ac. TST-SDI, Proc. AG-E-RR-4327/85, 1, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, julg. em 06.09.1989. In: *Revista LTr*, São Paulo: 55-08/966, ago. 1991.

Como observa Alice Monteiro de Barros, “nas empresas de tendência, os limites aos direitos fundamentais da pessoa são mais extensos, podendo ser afetadas não só a liberdade matrimonial, mas também a liberdade religiosa, a liberdade de opinião e a liberdade de expressão”¹⁵. Um professor de estabelecimento de ensino católico pode ser dispensado por justa causa se contrair novas núpcias após ter-se divorciado, por atitude incompatível com a doutrina da Igreja Católica, que considera o casamento indissolúvel. Ao celebrar o contrato de trabalho, o empregado deve ter conhecimento de que conduta discrepante da orientação religiosa adotada na entidade patronal enseja descumprimento de obrigações contratuais.

A hipótese em foco não é frequente na jurisprudência dos tribunais do trabalho brasileiros, mas pode ocorrer quando estiver em jogo a liberdade de crença e convicção política ou religiosa do trabalhador, em situações de emprego em entidades com periódicos que abraçam determinada orientação política, partidos políticos, igrejas e organizações religiosas e entidades congêneres.

3. Direito à Honra

A Constituição da República, no art. 5º, inciso X, proclama ser inviolável a honra das pessoas. A relação de emprego oferece frequentes oportunidades em que a honra do empregado se expõe a atitudes do empregador lesivas de sua honra.

Em que consiste a honra? Ela se distingue do *honor*, porque este é uma qualidade inerente à pessoa, portanto, independente de opinião pública. De *honor* deriva honorabilidade, qualidade de honrável, significando o digno de ser honrado. A honra é fruto do *honor*, isto é, a estima com que a opinião pública recompensa aquela virtude. Herda-se o *honor*, mas não a honra, porque esta se funda nas ações próprias e no conceito alheio. Honra-se alguém, mas não se lhe dá *honor*. Uma pessoa ilustre honra com sua presença a casa de um amigo, mas, se este não tiver *honor*, não fica por isso mais honrado.

A honra também não se confunde com o decoro, definido como correção moral. O decoro pode ser considerado de modo amplo, que se estende a tudo que é honesto, e de modo restrito, como aquilo que é consentâneo com a natureza humana, como manifestação de moderação e temperança.

Honra é a boa opinião e fama adquiridas por mérito e virtude. Apresenta duas vertentes: a subjetiva e a objetiva. A primeira é considerada no indivíduo e se reflete no conceito que alguém faz de si próprio. Em sentido objetivo, honra é a reputação, a boa fama, a consideração social com que a pessoa é tratada no meio em que atua. A honra se traduz no sentimento que leva o homem a procurar a boa opinião e fama na estima de seu semelhante, pelo cumprimento de seus deveres e pela prática de boas ações¹⁶.

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997, p. 111-112.

¹⁶ ROQUETE, J. I.; FONSECA, José da. *Dicionário de sinônimos – poético e de epítetos da língua portuguesa*. Porto: Lello & Irmão, 1949, verbetes *honor*, honra; e honra, decoro, dignidade, p. 277.

Conceito próximo de honra é imagem. Não por outra razão o preceito constitucional (art. 5º, X) os abrange na mesma frase. Em outra passagem, a Lei Maior se refere à imagem (art. 5º, inciso V), para assegurar direito de resposta, além de indenização por dano. O dano à imagem, ou seja, a ofensa à estima pública, é sem dúvida uma espécie de dano moral. Para distinguir honra e imagem, adota-se a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A honra é o respeito devido a cada um pela comunidade. Assim, o direito da inviolabilidade se traduz na proibição de manifestações ou alusões que tendam a privar o indivíduo desse valor. A honra veste a imagem de cada um. Esta – a imagem – é, antes, a visão social a respeito de um indivíduo determinado¹⁷.

A honra é a dignidade que a pessoa realiza em si mesma, refletida na consideração dos demais. Ela assenta na dignidade da pessoa humana e apresenta dois aspectos: o subjetivo (a dignidade experimentada pela própria pessoa) e o objetivo (a reputação desfrutada perante o meio social a que pertence)¹⁸.

A honra do trabalhador pode ser ofendida por atos do empregador em várias ocasiões e em todas as fases da relação de emprego, desde a pré-contratual até a posterior à extinção do vínculo empregatício. O ordenamento jurídico brasileiro protege a honra do empregado em todos esses transes, a começar pelo dispositivo constitucional acima referido (art. 5º, inciso X), que proclama a inviolabilidade da honra da pessoa, vale dizer, também do trabalhador engajado numa relação de emprego.

Vale observar, contudo, que a honra constitui direito da personalidade de todos: empregado e empregador têm direito à proteção dispensada pelo ordenamento a todas as pessoas, qualquer que seja a posição jurídica que ocupem, mesmo sendo elas pessoas jurídicas. O preceito constitucional faz alusão a pessoas, sem excluir as pessoas jurídicas. Por tal motivo, a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça esclarece que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Hoje, a matéria é pacífica porque, nos termos do art. 52 do Código Civil de 2002, “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade”. Com razão, Rodolfo Pamplona Filho escreve:

“A legislação jamais excluiu expressamente as pessoas jurídicas da proteção aos interesses extrapatrimoniais, entre os quais se incluem os direitos da personalidade. Se é certo que uma pessoa jurídica jamais terá uma vida privada, mais evidente ainda é que ela pode e deve zelar pelo seu nome e imagem perante o público-alvo, sob pena de perder largos espaços na acirrada concorrência de mercado”¹⁹.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 1, p. 36.

¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 597.

¹⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 87.

Coerentemente, e em consonância com as noções acima expostas, a Consolidação das Leis do Trabalho leva em conta a possibilidade da prática de ato lesivo da honra praticado quer pelo empregador contra o empregado quer por este contra o primeiro. Na primeira hipótese – aquela em que o agente é o empregador –, a CLT dispõe, no art. 483, alínea *e*, que o empregado poderá considerar rescindido o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização quando praticar o empregador, ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra ou boa fama. E, em contrapartida, no art. 482, alínea *k*, dispõe que constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas pelo empregado contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

A ofensa à honra subjetiva do empregado perpetrada pelo empregador tem sido repudiada pela jurisprudência dos tribunais do trabalho, que a considera motivo justificado para a rescisão indireta do contrato de trabalho e ampara a procedência de pedido de reparação por dano moral. Confirmam-se os seguintes arestos, proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais:

Caracterização. Dano moral. Ato lesivo à honra. A alcunha “loura burra”. Configuração. Do ponto de vista objetivo, a inexistência, em tese, de ofensa à reputação da empregada não afasta, por si só, a existência do dano, pois tal lesão é de ordem moral, íntima e psicológica, não se confundindo com o dano à imagem, que é de natureza objetiva. Do ponto de vista da honra subjetiva, a alcunha “loura burra” ultraja iniludivelmente a dignidade da empregada. Tal alcunha, ainda que dita a pretexto de brincadeira, é desrespeitosa e efetivamente tange à intimidade moral da trabalhadora. Não se pode mais compactuar com atitudes que venham a reproduzir preconceitos. O aprimoramento da intangibilidade da sensibilidade moral do cidadão constitui produto alvissareiro do desenvolvimento gradativo dos direitos humanos²⁰.

Danos morais. Dispensa imotivada (*sic*) seguida de declaração pública de imperícia da reclamante. Setor de educação. Reflexo negativo perante a comunidade de pais de alunos e no meio profissional. Direito inviolável da personalidade (honra). Indenização. Procedência. O simples fato de a trabalhadora não ter concluído curso universitário da área pedagógica pode justificar a dispensa imotivada (*sic*) pela reclamada, mas não autoriza a declaração pública de que esta circunstância constitui

²⁰ Ac. TRT – 3ª Reg. – 3ª T. – Proc. RO 9371/01, Rel. Juiz José Eduardo de Resende Chaves Júnior. *In*: Boletim – doutrina, legislação e jurisprudência do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, vol. 22, nº 3, p. 710-711, jul./set. 2001.

prova inequívoca de sua “imperícia” perante a comunidade de pais e alunos, pois a honra é direito inviolável da personalidade do cidadão subordinado (art. 5º, X, CF). Se o injusto constrangimento sofrido pela reclamante em sua honra subjetiva alcançou uma ampla esfera de publicidade e teve inclusive repercussão negativa em suas relações sociais e profissionais, o fato tipifica de imediato a ocorrência de dano moral e torna imperativa a sua reparação²¹.

4. Direito à Imagem

A Constituição da República, no art. 5º, inciso X, declara inviolável a imagem das pessoas. E, no inciso XXVIII, alínea *a*, do mesmo dispositivo, assegura, nos termos da lei, proteção à reprodução de imagem e voz humanas.

Trata-se de uma dupla noção: a) imagem-atributo da personalidade; b) imagem-retrato²².

4.1. Imagem-atributo da Personalidade

A primeira noção (imagem-atributo da personalidade) relaciona-se com a intimidade, a vida privada e a honra, tanto assim que reunidas no mesmo preceito constitucional. Revela-se no trato das relações sociais mantidas pela pessoa e se aproxima da reputação. O dicionário Houaiss oferece desta acepção de imagem a seguinte definição: “Opinião (contra ou a favor) que o público pode ter de uma instituição, organização, personalidade de renome, marca, produto etc.; conceito que uma pessoa goza junto a outrem”²³. Dela são titulares tanto a pessoa física como a pessoa jurídica. Quanto à primeira, pode-se dizer: “É boa a imagem do Professor A no Colégio B”. Quanto à segunda, vale lembrar a lição de Alexandre Agra Belmonte: “Atenta contra a imagem da empresa o boato, espalhado pelo empregado, de que o empregador, por exemplo, um banco que necessita ter credibilidade, está em situação financeira difícil”²⁴. No campo específico das Relações Públicas, imagem é o conceito genérico que uma personalidade, empresa, produto etc. apresentam às pessoas, como resultante de experiências, impressões, atitudes, posições e sentimentos.

Atos, gestos, palavras do empregado podem atingir negativamente a imagem da empresa. Reciprocamente – e com muito maior frequência –, ações do empregador podem tentar (e muitas vezes conseguem) prejudicar a imagem do empregado (usa-se inadequadamente o verbo denegrir – denegrir a imagem – mas este uso é condenável, por ser politicamente incorreto).

²¹ Ac. TRT – 3ª Reg. – 4ª T. – Proc. RO 14853/01, Rel. Juiz Antônio Álvares da Silva, *In*: Boletim-doutrina, legislação e jurisprudência do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, vol. 22, nº 4, p. 941, out./dez. 2001.

²² ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 27-32.

²³ HOUAISS, Antônio; VILLA, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete *imagem*.

²⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 165.

De imagem cabe distinguir intimidade, vida privada, honra, identidade. Quanto à identidade, basta lembrar que a imagem de uma pessoa pode ser usada por outra, sem que seja ferida sua intimidade. O mesmo se diga quanto à vida privada: a imagem, como um signo exterior, pode ser utilizada sem invasão da vida privada em seu aspecto interior. No que se refere à honra, a distinção se torna mais sutil, porque uma agressão à imagem pode atingir a honra subjetiva de uma pessoa, mas o mesmo pode não ocorrer, se se considerar o aspecto objetivo da honra (reputação), que permanece incólume. O direito à honra não absorve o direito à imagem. A aproximação entre imagem e identidade diz respeito a aspectos subjetivos que permitem individualizar uma pessoa, distinguindo-a de outra na multiplicidade de suas características físicas, mentais e sociais.

Não serão analisadas as consequências jurídicas do ato praticado pelo empregado contra a imagem da empresa, pois muito mais interessa ao direito do trabalho a hipótese inversa: ações do empregador contra a imagem do trabalhador.

Ofensa à imagem do empregado pode ocorrer em diferentes oportunidades: na fase pré-contratual, durante a execução do contrato de trabalho e após a extinção do vínculo.

Como lembra João de Lima Teixeira Filho, “o direito à imagem pode ser transgredido antes da celebração do contrato de trabalho”²⁵. Algumas empresas se valem do expediente de consultar as chamadas “listas negras” para verificar se o candidato a emprego é considerado “elemento indesejável”. A chamada lista negra pode converter-se em prática usual na atividade antissindical de maus empregadores, com o intuito de impedir que dirigentes e ativistas sindicais consigam emprego. A lista pode conter também os nomes dos empregados que formulam reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho²⁶.

Durante a execução do contrato de trabalho, frequentemente maus empregadores infligem punições disciplinares desnecessárias ou injustificadas a empregados, a título de represália, o que macula a imagem do obreiro²⁷. Da mesma natureza são certas medidas patronais, como transferências abusivas, ordem para que o trabalhador permaneça em ociosidade deliberada, exerça atividade indigna e promoção vazia²⁸.

Após a extinção do vínculo, registram-se, em grande número, hipóteses concretas em que o ex-empregador fornece informações desabonadoras a respeito de antigos empregados, com o objetivo de dificultar-lhes a obtenção de emprego, em face de sua imagem, por isso, maculada.

A jurisprudência dos tribunais do trabalho tem entendido que as hipóteses acima referidas, de ofensa à imagem do empregado, justificam condenação à reparação por dano moral. A seguir, relacionam-se ementas de alguns julgados que enfrentaram a matéria.

²⁵ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho* (em colaboração com SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.*). 20ª ed. São Paulo: LTr, 2002, vol. 1, p. 640.

²⁶ OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 2002, p. 172-173.

²⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 139.

²⁸ FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 52-53.

Dano moral. Todo ato que for comprovadamente lesivo à vida funcional do empregado deverá ser indenizado. O fato de as informações desabonadoras sobre a pessoa do funcionário, levado a conhecimento de fornecedores e clientes, tem cunho de prejuízo, dificultando, inclusive, a que este venha a conseguir novo emprego²⁹.

Indenização por dano moral. A MM. Junta entendeu ser cabível a indenização por dano moral, considerando o fato de que a despedida da obreira se fundou na insuficiência produtiva e má qualidade na prestação dos serviços, o que por si só ensejaria o acolhimento do pleito indenizatório. Tal posicionamento não merece reforma. Efetivamente o Reclamado promoveu a dispensa da obreira sem a necessária motivação e, ainda, sob a pecha de incompetência funcional, o que, a toda evidência, trouxe inevitáveis prejuízos à imagem moral da Reclamante, mormente em se considerando que laborou para o Reclamado por mais de dezoito anos, o que forma um patrimônio abstrato em torno da imagem da trabalhadora eficaz que efetivamente foi maculada. Necessário, portanto, o reconhecimento do dano moral experimentado pela obreira e o seu direito de reparação através da indenização deferida³⁰.

Assédio moral. Configuração. O que é assédio moral no trabalho? É a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comum em relações hierárquicas autoritárias, onde predominam condutas negativas, relações desumanas e antiéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigidas a um subordinado, desestabilizando a relação de vítima com o ambiente de trabalho e a organização (...). Lutar contra o assédio moral no trabalho é contribuir com o exercício concreto e pessoal de todas as liberdades fundamentais. Uma forma estratégica do agressor na prática do assédio moral é escolher a vítima e isolá-la do grupo. Neste caso concreto, foi exatamente o que ocorreu com o autor, sendo confinado em uma sala, sem ser-lhe atribuída qualquer tarefa, por longo período, existindo grande repercussão em sua saúde, tendo em vista os danos psíquicos por que passou³¹.

²⁹ Ac. TRT-6ª Reg. – 2ª T. – Proc. RO 1590/97, Rel. Juíza Carmem Lapenda. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, vol. 7º, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 420, nº 1471.

³⁰ Ac. TRT-9ª Reg. – 2ª T. – Proc. RO 3533/97, Rel. Juiz Arnor Lima Neto. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, cit., v. 7, p. 419, nº 1470.

³¹ Ac. TRT-17ª Reg. – Proc. RO 1142.2001, julg. Em 19.09.2002, Rel. Juiz José Carlos Rizk. In: *Revista de Direito*

4.2. Imagem-retrato

A segunda noção acima indicada (imagem-retrato) diz com a representação da forma ou do aspecto exterior de um ser por meios técnicos (fotografia, cinema, televisão) ou artísticos (desenho, gravura, escultura, pintura). Nesta acepção, a etimologia da palavra *imagem* ajuda a apreender seu significado: deriva do lat. *imago*, formado a partir da raiz *im-*, que induz ideia de imitação. Neste processo de imitação da realidade estão abrangidas também as manifestações exteriores da personalidade, como gestos e expressões.

A proteção à imagem humana, inclusive nas atividades desportivas, é assegurada pela Constituição (art. 5º, inciso XXVIII, alínea *a*). Segundo o disposto no art. 20 do Código Civil, de 2002, salvo se autorizada ou se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderá ser proibida, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Portanto, abstraídas as hipóteses de autorização, administração da justiça e ordem pública, duas são as hipóteses em que a reprodução da imagem da pessoa pode acarretar a condenação ao pagamento de indenização: 1ª – quando da publicação resultar ofensa à honra; 2ª – quando ela se destinar a fins comerciais. Nesta última hipótese (fins comerciais) não entra em jogo a ofensa à honra. Pressupõe-se que o autor da publicação aufera algum benefício e esta circunstância de natureza objetiva autoriza o retratado a pleitear indenização por dano material.

O direito civil constitui fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 8º, parágrafo único). É curial inexistir incompatibilidade entre o preceituado pelo art. 20 do Código Civil e qualquer princípio fundamental do Direito do Trabalho, razão pela qual a regra nele inscrita encontra aplicação no âmbito da relação de emprego. Se o empregador usar a imagem de um empregado em propaganda comercial, sujeitar-se-á ao pagamento de uma indenização³².

A proteção do direito à imagem interessa basicamente a duas espécies de relação especial de trabalho: a dos artistas e a dos atletas profissionais de futebol.

A atividade do artista empregado é hoje regulada pela Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978. É certo que o artista pode exercer sua atividade em caráter autônomo ou de forma subordinada. Como empregado, vale dizer, executando tarefas em regime de subordinação jurídica, aplica-se-lhe a Lei nº 6.533. Artista, nos termos do art. 1º da citada lei, é “o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública” (inciso I).

do Trabalho, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, nº 113, p. 230, jan./mar. 2004.

³² GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. O direito da personalidade do novo Código Civil e direito do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *O impacto do novo Código Civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 133.

O art. 27 da Lei nº 6.533 dispõe que “nenhum artista ou técnico em espetáculo de diversão será obrigado a interpretar ou participar de trabalho passível de pôr em risco sua integridade física ou moral”. Este dispositivo legal protege o direito à integridade moral do artista. A Convenção Internacional para a proteção aos artistas, intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão, celebrada no âmbito da Organização das Nações Unidas e assinada em Roma, em 1961, foi ratificada pelo Brasil, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965. Integra, portanto, o ordenamento doméstico na posição de lei ordinária. Segundo o preceituado pelo art. 7º da Convenção, a proteção aos artistas, intérpretes ou executantes compreende a faculdade de impedir a radiodifusão e a comunicação ao público das suas execuções sem seu consentimento.

Como afirma Alice Monteiro de Barros, a proteção abrange as diversas facetas da integridade moral do artista, entre os quais se encontra o direito à imagem³³. A mesma autora transcreve ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual foi imposto o pagamento de indenização por dano moral, em virtude da violação de direito à imagem, *verbis*:

Ação de responsabilidade civil. Artista que, sem as duas pernas, é entrevistado, tendo solicitado à reportagem que não expusesse seu defeito físico, não sendo atendido, faz jus à indenização por danos morais e por ofensa à imagem.³⁴

A atividade dos atletas profissionais de futebol é regulada pelas Leis nºs 6.354, de 2 de setembro de 1976, e nº 9.615, de 24 de março de 1998.

O jogador de futebol é considerado empregado da associação esportiva que utiliza seus serviços profissionais em virtude de um contrato de trabalho, vale dizer, em regime de subordinação jurídica e mediante remuneração.

A ordem jurídica protege o jogador profissional de futebol contra a violação e a exploração do direito à própria imagem.

Quanto ao primeiro aspecto (violação do direito à imagem), escreve Alice Monteiro de Barros:

O atleta tem o direito de se insurgir contra a reprodução de sua imagem lançada no comércio em anúncio de propaganda ou especulação ou sob a forma de figurinhas em envelopes para álbuns, sem a sua autorização (...). Se a reprodução fotográfica da imagem tem finalidade especulativa, impõe-se a aquiescência do interessado, sob pena de a parte beneficiada arcar com o pagamento de indenização pelo dano material³⁵.

³³ BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*. São Paulo: LTr, 2003, p. 109 e 247.

³⁴ Ap. Civ. 5216/91, 5ª Câm. Civ., Rel. Des. Sergio Mariano. In: BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*. cit., p. 248.

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*, cit., p. 249.

A hipótese já foi enfocada pela jurisprudência. A citada autora menciona um julgado proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, que decidiu naquele sentido³⁶.

No concernente ao segundo aspecto (exploração da imagem do atleta profissional), a proteção jurídica é dispensada pelo art. 42 da Lei nº 9.615, de 1998, que assegura à associação desportiva a que vinculados os atletas “o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem”. O § 1º do mesmo dispositivo garante a porcentagem de 20% (vinte por cento) do preço total da autorização, no mínimo, aos atletas. O valor decorrente da incidência dessa porcentagem é partilhado, em partes iguais, entre os participantes. Trata-se do chamado direito de arena. A lei reserva ao empregador a prerrogativa de negociar a transmissão, mas leva em conta que o desportista profissional é o protagonista do espetáculo e que, em consequência, sua imagem é essencial.

Não se visa à proteção da intimidade nem da vida privada, porque as competições esportivas acontecem em público. Está em jogo o direito à imagem. Por isso, incorreta é a afirmação de que se dá uma “proteção patrimonial”³⁷. A obrigação do empregador, de pagar a quota denominada direito de arena, decorre de um imperativo de justiça retributiva, pois os jogadores tornam possível o espetáculo: por si só, a entidade patronal seria incapaz de proporcioná-lo. Sem o concurso dos atletas, não haveria espetáculo e, em consequência, não haveria o que transmitir. A compensação pecuniária é apenas uma consequência da exploração da imagem decorrente da transmissão. Por isso, o direito de arena é direito assegurado por lei ao desportista profissional de participar do preço da autorização para a transmissão do espetáculo esportivo público com entrada paga, como quer Alice Monteiro de Barros³⁸. Por uma questão de justiça, os protagonistas do espetáculo auferem uma porcentagem que incide sobre o benefício pecuniário obtido pela associação desportiva promotora do evento. Fique claro que o direito de arena deriva da transmissão, não da realização do espetáculo. Por participar da competição esportiva, o atleta já recebe o salário, ínsito ao caráter oneroso da relação empregatícia. O *plus* decorrente da transmissão não tem natureza salarial, embora integre a remuneração, *ad instar* da gorjeta (CLT, art. 457): oportunidade de ganho assegurada ao empregado por força da prestação dos serviços, embora proveniente de terceiros (o consumidor, no caso da gorjeta; o anunciante, no caso do direito de arena).

Transcreve-se a seguir ementa de acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, que enfocou a questão do direito de arena:

³⁶ Apel. Civ. 265, 5ª Câmara. Civ. julg. em 19.12.1977, Rel. Des. Vieira de Moraes. In: BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*, cit., p. 249.

³⁷ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho* (em colaboração com SÜSSEKIND, Arnaldo et al.). 20ª ed., São Paulo: LTr, 2002, vol. 2. p. 1028.

³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*, cit., p. 250.

Direito de arena. O direito de arena está garantido no art. 5º, XXVIII, *a*, da Constituição Federal de 1988, que assegura, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humanas, inclusive em atividades desportivas. Em consonância com esse preceito, o art. 42 da Lei nº 9.615/1998 prevê que as entidades de prática desportiva possuem o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos que “salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, com mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais, participantes do espetáculo ou evento”. Ausente nos autos prova de que as partes tenham convencionado no sentido de retirar do atleta o direito de participar dos ganhos obtidos com a divulgação da imagem dos jogos de futebol que contaram com a sua presença e, considerando o princípio da continuidade da prestação de serviços, a presunção é de que ele tenha participado de todos os jogos do clube, cuja imagem foi produzida ou reproduzida, competindo ao demandado provar possíveis ausências do atleta nos eventos desportivos, o que não se verificou. Assim, defere-se ao atleta, a título de direito de arena, o pagamento da fração de 1/14 (considerando-se o número de atletas que podem participar de um jogo de futebol) do percentual de 20% incidente sobre o preço total das autorizações concedidas pelo Clube, durante todo o período contratual, para transmissão ou retransmissão de imagem de eventos desportivos, conforme se apurar em liquidação de sentença³⁹.

O direito de arena era previsto pela lei de direitos autorais (Lei nº 5.988, de 14.12.1973). Por isso, era considerado um direito “conexo”, “vizinho” ao direito do autor. Todavia, a Lei nº 5.988 foi inteiramente revogada pela Lei nº 9.610, de 1988 (nova lei de direitos autorais), que omitiu a previsão do direito de arena, por entender o legislador não ser apropriada a inserção dessa matéria na legislação pertinente ao direito autoral. Em consequência desses fatos, coube à Lei nº 9.615, de 1988 (Lei Pelé), incluir expressamente o direito de arena na regulação da atividade do atleta profissional de futebol⁴⁰. Não faz sentido, portanto, continuar a qualificar o direito de arena como “conexo” ou “vizinho” ao do autor. O direito de arena não se avizinha do direito do autor, pois, enquanto o primeiro deriva do direito à imagem, o direito do autor emerge como reflexo da personalidade do homem, como criador de obra intelectual. Direitos autorais não guardam pertinência com a exploração da imagem da pessoa.

³⁹ Ac. TRT-3ª Reg. – 2ª T. – Proc. RO 2479/02, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros. *In*: BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*, *cit.*, p. 252-253.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do autor*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 161.

Do exposto, decorre a nítida distinção entre direito à imagem e direito de arena. No primeiro (imagem), o titular do direito é o próprio atleta: trata-se de direito inerente à personalidade, que nasce com a pessoa natural. Daí caber ao atleta, e só a ele, o direito de autorizar a divulgação de sua imagem. Já no segundo (arena), o titular é a associação desportiva, à qual cabe, como empregadora, o direito de explorar a imagem do coletivo dos atletas, assumindo, porém, o encargo de distribuir entre eles a quota correspondente ao valor da autorização para a transmissão do espetáculo.

O direito de imagem, garantido pela Constituição, não possui necessariamente vinculação com o contrato de trabalho do atleta, do que decorre a possibilidade, para qualquer pessoa, de negociar a cessão de sua imagem. Já o direito de arena é previsto por uma cláusula do contrato de trabalho e só se concretiza por força da realização do evento esportivo⁴¹.

As diferenças entre o direito à imagem e o direito de arena estão claramente delineadas no acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho do Paraná (9ª Região), transcrito adiante:

ATLETA PROFISSIONAL – DIREITO DE IMAGEM X DIREITO DE ARENA – O direito de imagem e o de arena não se confundem para fins de remuneração do empregado. O primeiro se dá pelo uso de uma imagem criada pelo atleta perante a sociedade, direito que lhe pertence e que pode negociar com o clube empregador sua exploração. O segundo, o direito de arena, decorre da obrigatória exploração a que o atleta se submete nas apresentações públicas, pelas quais faz jus ao recebimento de ao menos 20% do valor arrecadado e distribuído entre os atletas. No direito de arena está incluída a exploração da imagem, mas contratos distintos podem ser celebrados para exploração de imagem. A exploração da imagem do atleta, pactuada através do contrato de direito de imagem, decorre de sua condição pessoal, personalíssima (cuja inviolabilidade é assegurada constitucionalmente – art. 5º, X), da “marca” do jogador, e que é cedida durante o contrato de trabalho ao empregador mediante contraprestação pecuniária. A imagem do atleta tem valoração pecuniária maior ou menor, conforme a relevância de sua posição perante o público e a sociedade, o que reverte em proveito do clube que explora a presença do profissional em seus quadros.

⁴¹ SCANDOLARA, Cláudio *et al.* Direito de imagem e direito de arena do jogador de futebol. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HD Editora, nº 333, p. 72 e ss., set. 2011.

5. Os Princípios de Igualdade e de Proporcionalidade

Como se vê, a liberdade de expressão pode colidir com o direito à honra e à imagem. Como solucionar o conflito?

A questão do conflito entre os direitos fundamentais pressupõe a aplicação dos princípios de razoabilidade e de proporcionalidade.

5.1. O Princípio da Razoabilidade

A ação humana não é regida por esquemas formais abstratos. A solução dos problemas práticos da existência humana pressupõe a lógica do razoável. Como os problemas jurídicos são dos mais relevantes entre os problemas de existência humana, há que se afastar a lógica formal quando se enfrenta problema desta natureza. Trata-se de aplicar a lógica do razoável, compatível com a realidade social na qual atua. O desarrazoado é inaceitável. A lógica do razoável leva em conta a situação pessoal do sujeito atingido pela aplicação da norma. A razoabilidade é aferida em função do conteúdo, não da forma. Uma solução jurídica é razoável quando material ou substantivamente aceitável, nos limites do racional, referenciada ao conceito de aceitabilidade racional, de que fala Aulis Aarnio⁴².

Proíbe-se a distinção que não assente num fundamento razoável. A distinção é lícita, desde que razoável, não arbitrária. A distinção é aceitável, é plenamente justificável quando não discriminatória, podendo mesmo ser fator de igualdade.

Para estabelecer as distinções justificáveis, cabe atentar para as diferenças e semelhanças essenciais existentes na sociedade. Dois critérios são assentados pela doutrina: o primeiro manda atender “à existência de um fundamento razoável, de tal forma que é contrária à igualdade perante a lei a diferença ou identidade de tratamento que não se baseie num fundamento razoável; o segundo critério é o que decorre da existência do arbítrio”, como preleciona Guilherme Machado Dray⁴³.

O que ressalta nesta visão do princípio de igualdade é a vedação geral do arbítrio, isto é, a proibição de medidas legislativas arbitrárias. Entende-se por arbitrária a lei que trate desigualmente situações objetivamente iguais ou igualmente situações objetivamente desiguais, sem que haja uma razão que justifique a diferença ou a identidade de tratamento. Deve haver uma igualdade proporcional.

5.2. O Princípio da Proporcionalidade

O princípio de proporcionalidade não se restringe ao terreno da aferição de razoabilidade das restrições estabelecidas por lei. Ele foi invocado inicialmente para justificar a imposição de restrição a determinados direitos, hipóteses em que se averiguava a adequação dos meios empregados para a consecução dos objetivos

⁴² AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable – la justification en droit*. Trad. Geneviève Warland, Paris: LGDJ, 1992, p. 230 e ss.

⁴³ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 21.

pretendidos. Neste sentido, inspira o princípio da proibição do excesso, de que fala Canotilho⁴⁴. Cuidava-se de aferir a razoabilidade de medidas que acarretam limitações a direitos interferindo na esfera de liberdade das pessoas. As restrições só são admitidas quando apropriadas, exigíveis e aplicadas na justa medida. Estes são os atributos que identificam o *cânon* de proporcionalidade em sentido amplo: a) adequação (*Geeignetheit*) da medida ao fim almejado; b) necessidade (*Erforderlichkeit*) da restrição para garantir a efetividade do direito; c) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), que permite a ponderação entre o peso da restrição e o resultado colimado⁴⁵. O princípio de proporcionalidade, como “princípio dos princípios”, atua como “ordenador do direito”, ensejando a composição de conflitos entre as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais. É ele que proporciona uma “solução de compromisso”, pela qual se dá prevalência a um dos princípios em conflito, mais ajustado à hipótese concreta, sem, contudo, anular o outro (os outros), que será afetado em parte mínima, respeitado o “núcleo essencial” em que se aloja o respeito ao valor da dignidade da pessoa humana. Embora não expressamente reconhecido pelo ordenamento constitucional brasileiro, o princípio de proporcionalidade é ínsito à formulação teórica da organização do Estado democrático de direito⁴⁶.

A aplicação do princípio de proporcionalidade tem sido condenada por certos doutrinadores, porque apresentaria inevitável caráter irracional e subjetivo. Segundo essa crítica, o princípio de proporcionalidade não comporta aplicação racional. Ele constitui apenas um argumento formal, vazio; é somente uma metáfora, que carece de qualquer ponto de referência objetivo, que apenas oculta as avaliações subjetivas e irracionais do juiz, cuja tarefa, na hipótese concreta, não pode ser explicada nem controlada por meio de critérios jurídicos. Toda aplicação do princípio de proporcionalidade, segundo esta crítica, é arbitrária e incontrolável. Toda fundamentação jurídica construída com base neste princípio não passa de um artifício de camuflagem de uma decisão tomada com base em razões emocionais, políticas ou de qualquer outra índole, porém, em qualquer caso, alheias ao direito.

A objeção, contudo, não convence, porque, ao aprofundar o exame das normas de colisão, o juiz não se limita a declarar que as disposições legais são proporcionadas ou desproporcionadas: desce a minúcias, mediante a exposição das razões nas quais apoia o resultado da aplicação dos três subprincípios acima indicados. Convém salientar que as expressões *proporcionado* e *desproporcionado* revestem evidente força persuasiva: o proporcionado parece ajustado ao Direito, enquanto o desproporcionado tende automaticamente a identificar-se com o injusto ou o indevido. É certo, no entanto, que não basta o emprego dos vocábulos *proporcionado* e *desproporcionado* para que a decisão se tenha por fundamentada.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 259 e ss.

⁴⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*. cit., p. 77.

⁴⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito das obrigações e direitos fundamentais: sobre a projeção do princípio da proporcionalidade no direito privado. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1 (jan./jun. 2003). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 535.

Cabe reconhecer que expressões como proporcionalidade, ponderação e equivalentes não passam de metáforas utilizadas pela linguagem jurídica e, portanto, a racionalidade de seu uso argumentativo não deve depender de sua força persuasiva, mas sim de que estejam amparadas em razões convincentes capazes de angariar uma aceitação generalizada e em critérios analíticos plausíveis⁴⁷.

6. Solução do Conflito de Direitos

A colisão de direitos fundamentais se soluciona mediante a determinação da prevalência de um em face de outro. Como leciona Canotilho, “uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro”⁴⁸.

O conflito entre regras jurídicas se resolve no plano da validade. Uma das regras há de ser considerada inválida. A solução do conflito se dá mediante aplicação das regras *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, vale dizer, por invocação dos critérios de cronologia ou de especialidade.

Já a colisão de direitos fundamentais deve ser solucionada de maneira diversa. Quando dois direitos entram em choque, um deles deve ceder perante o outro, mas isso não significa que o direito afastado seja declarado inválido. Diante das circunstâncias do caso concreto, um dos direitos prevalece sobre o outro. A solução da colisão de direitos não exige a declaração de invalidade de direito afastado, tal como ocorre quando se trata da colisão de princípios: como afirma Robert Alexy, nos casos concretos os princípios têm diferente peso e prima o princípio com maior peso, ou seja, na colisão de princípios, afasta-se o critério de validade e entra em jogo o critério de peso, pois o conflito é solucionado através de uma ponderação dos interesses opostos. Nessa ponderação, cuida-se de apurar qual dos direitos, abstratamente da mesma hierarquia, possui maior peso no caso concreto⁴⁹.

Com esta hipótese não se confunde aquela em que a solução do conflito entre direitos fundamentais é dada pelo próprio legislador, como ocorre quando o texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos. Por exemplo: o direito ao sigilo de correspondência e das comunicações pode ser violado por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (Constituição de 1988, art. 5º, inciso XII; Lei nº 9.296, de 24.07.1996); a liberdade de expressão e de informação (Constituição, art. 5º, IX) é disciplinada pela Lei nº 5.250, de 09.02.1967 (Lei de Imprensa); o direito à privacidade (Constituição, art. 5º, X) é protegido pela Lei nº 7.232, de 1984 (Lei de Informática), que regula o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados. Nestes casos, observada a reserva de lei, a solução do conflito é dada pelo próprio legislador.

⁴⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 163-171.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1140.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 89-90.

Não é o que ocorre, na prática, na maior parte dos casos, em que o exercício de um direito fundamental por um titular colide com o direito fundamental de outro titular, como, por exemplo: a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, não sujeita à censura ou licença (Constituição, art. 5º, IX), pode colidir com outro direito assegurado pela Constituição, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (Constituição, art. 5º, X). Nestes casos, em que a colisão de direitos fundamentais não está confiada à reserva de lei, “a solução fica por conta dos juízes ou tribunais”, como esclarece Edilson Pereira de Farias⁵⁰.

No caso específico da colisão entre a liberdade de expressão e o direito à honra e à imagem, José Luís Concepción Rodríguez assim se expressa:

Caso se produza uma colisão entre o direito à honra e à liberdade de expressão, faz-se necessário proceder à ponderação do valor de cada um desses direitos em jogo, segundo as circunstâncias de cada caso, verificando mediante essa ponderação se a intromissão na honra é ou não justificada no exercício da liberdade de expressão⁵¹.

Sem dúvida, a solução do problema da colisão entre direitos fundamentais se dá pela utilização da técnica da ponderação.

A etimologia do vocábulo *ponderação* indica que ele deriva do lat. *pondus*, *ponderis*, que significa basicamente peso, carga. Este substantivo é cognato de *pendo*, *pendere*, verbo que se traduz por pesar, ponderar, examinar, estimar. Ponderar equivale, portanto, a sopesar, a avaliar, a estimar comparativamente⁵². São ponderados os direitos em presença, prevalecendo um deles perante o outro, diante das circunstâncias do caso concreto. Fica claro, desde logo, que, como leciona Vieira de Andrade, “a solução dos conflitos (...) não pode ser resolvida através de uma preferência abstrata, com o mero recurso à ideia hierárquica dos valores constitucionais”⁵³.

A última observação merece atenção especial, porque certa corrente doutrinária defende a existência de uma hierarquia interna no subsistema que, em caso de colisão entre direitos, “devem prevalecer aqueles direitos que protegem o indivíduo e sua dignidade, que mais contribuem para o pleno desenvolvimento de sua dignidade, que se possam aplicar a um número mais amplo de titulares, que satisfaçam necessidades radicais”⁵⁴.

⁵⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 119.

⁵¹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luís. *Honor, intimidad e imagen*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 204.

⁵² Pendo, *In*: ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 4ª ed., Paris: Klincksieck, 2001, p. 494.

⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição*, *cit.*, p. 312.

⁵⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madri: Universidad Carlos III de Madri, 1999, p. 380 e 595.

Inaceitável, porém, é esse alvitre. Inexiste hierarquia entre os direitos fundamentais, pois estes devem ser entendidos sob uma compreensão coexistencial: todos contribuem coordenadamente para alcançar os fins existenciais da pessoa e todos, cada qual em sua medida, caminham na mesma direção⁵⁵. Não se pode afirmar que algum direito tenha valor hierárquico superior aos demais, *prima facie* em abstrato. A primazia de um direito fundamental sobre outro, em caso de colisão, não pode ser nunca resolvida mediante ponderação em abstrato, mas somente em face das peculiaridades do caso concreto.

Diante da colisão de direitos, cabe ao intérprete avaliar as razões a favor de um e de outro, a fim de achar o ponto de equilíbrio entre ambos, que seja mais apropriado para o caso concreto. Há, é certo, o risco de cair no puro subjetivismo, que leva a decidir de acordo com as preferências pessoais de cada intérprete. Para conjurar esse risco, a técnica da ponderação deve preencher três requisitos.

Em primeiro lugar, é necessário proceder a uma cuidadosa análise das características do caso em exame, tanto em seus aspectos fáticos como jurídicos, cuidando que a solução possa ser encontrada sem que se sacrifique um valor em face do outro. Deve ser levada em conta a fórmula conhecida como navalha de Occam: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Os seres não devem ser multiplicados além do necessário (nos raciocínios, nas hipóteses).

Em segundo lugar, é preciso determinar qual dos dois direitos é mais digno de proteção, e para evitar a tentação do mero subjetivismo, a escolha deve ser feita não em abstrato, mas sim diante do caso concreto. Para tal fim, há que se determinar o grau em que cada um dos valores em jogo está afetado, dando-se prioridade àquele que revelar aspectos mais próximos ao seu núcleo central de significado.

Em terceiro lugar, cabe lembrar que a técnica da ponderação não dá respostas em termos de sim ou não, porém de mais ou menos. O resultado da ponderação não será necessariamente a prioridade absoluta de um dos valores à custa do completo sacrifício do outro: mediante a aplicação dos princípios de razoabilidade e de proporcionalidade, busca-se encontrar o justo ponto de equilíbrio entre os valores colidentes, de tal maneira que o valor ou bem jurídico sacrificado o seja unicamente na medida necessária para dar efetividade àquele ao qual foi dada prioridade⁵⁶.

Fica claro, em consequência, que o uso da liberdade de expressão por alguém encontra limite nos direitos reconhecidos pela Constituição e, especialmente, no direito à honra, à intimidade e à imagem de outrem.

Por outro lado, cumpre observar que a ponderação de interesses também depara com o limite constituído pelo respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais: existe um “conteúdo mínimo”, que não pode ser violado nem pelo

⁵⁵ DOMINGO, Tomás de. *Conflictos entre derechos fundamentales?* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 377.

⁵⁶ Díez-Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 2ª ed., Cizur Menor: Thomson, 2005, p. 52-54.

legislador nem pelo intérprete⁵⁷. Por força do princípio de proporcionalidade, a restrição deverá respeitar a garantia de um núcleo absoluto, inviolável, a partir do qual a ingerência no direito fundamental não poderá ultrapassar a medida do que seja adequado e necessário, devendo ser fulminada por inválida caso implique o esvaziamento do direito ou interesse em foco⁵⁸.

O valor básico que preside ao labor de criação e interpretação jurídica reside na dignidade da pessoa humana, que representa, sem dúvida, um “*prius* lógico e ontológico para a existência e especificação” dos direitos fundamentais⁵⁹. Este valor é estimado por doutrinadores como o “epicentro axiológico” do ordenamento constitucional⁶⁰, como o “ponto arquimédico do Estado de direito”⁶¹, como o “consenso axiológico-normativo” que obriga ao respeito da pessoa-valor⁶², mas também serve de farol a guiar o aplicador do direito na difícil tarefa de limitar o exercício de um direito fundamental em caso de colisão de direitos, como se lê na “explicação” do Presídio ao art. 1º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice em 7 de dezembro de 2000⁶³.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesse na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.111.

⁵⁸ LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Granada: Comares, 1996, p. 146.

⁵⁹ OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *La dignidad de la persona*. Madri: Dykinson, 2010, p. 286.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 59.

⁶¹ LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Ob. cit., p.102.

⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. cit., p. 47.

⁶³ CARLIER, Jean-Yves; DE SCHUTTER, Olivier (*sous la dir.*). *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Bruxelas: Bruylant, 2002, p. 274.