

**FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO**

MICHELE SAURA FELIX DA SILVA GOMES

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA IMPRENSA

**GUARAPARI
2017**

MICHELE SAURA FELIX DA SILVA GOMES

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA IMPRENSA

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso no Curso de Direito da Faculdade Doctum de Guarapari, como requisito para obtenção de Título de Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Esp. Ricardo José da Silva Silveira

**GUARAPARI
2017**

MICHELE SAURA FELIX DA SILVA GOMES

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA IMPRENSA

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Doctum de Guarapari como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de dezembro de 2017

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Esp. Ricardo José da Silva Silveira

Prof. Avaliador

Prof. Avaliador

FACULDADE DOCTUM DE GUARAPARI
REDE DE ENSINO DOCTUM
CURSO DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA IMPRENSA

Michele Saura Félix da Silva Gomes
michelesaura@hotmail.com
Graduanda em Direito
(autora do artigo)

Prof. Esp. Ricardo José da Silva Silveira
ricardosilveira.prof@gmail.com
Especialista em Direito do Estado
(orientador)

RESUMO

Este artigo visa demonstrar como ocorre a responsabilização civil decorrente de eventual violação ao direito à personalidade pelos profissionais e veículos de comunicação. Trata dos limites trazidos pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais para o exercício da liberdade de imprensa, verificados através de pesquisa bibliográfica descritiva de fontes secundárias com revisão literária dentre doutrinas que tratam sobre os Direitos Constitucionais (Liberdade de Imprensa e Direitos da Personalidade) e seus conflitos, bem como a Responsabilidade no âmbito do Direito Civil, consultando também as jurisprudências e artigos recentes acerca do tema. Por fim, apresenta os parâmetros trazidos pela doutrina para quantificação do dano moral decorrente do conflito em estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade. Liberdade de Imprensa. Conflito entre Direitos Fundamentais. Responsabilidade Civil Subjetiva. Dano Moral.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo busca fazer uma reflexão sobre o aparente conflito existente no exercício da liberdade de imprensa com os direitos da personalidade, visando esclarecer quais são os limites para este exercício, a fim de que não haja responsabilização civil do profissional e/ou dos veículos de comunicação e, principalmente, que não sejam lesados os direitos constitucionais da personalidade, entendidos como os direitos à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem.

A dificuldade de delimitar até aonde vai a necessidade da atuação livre da imprensa, a fim de garantir uma democracia de bases sólidas, e os direitos dos indivíduos de protegerem informações que integram sua personalidade, despertou o interesse desta pesquisa, que buscou argumentos na jurisprudência atual, bem como em artigos publicados sobre este conflito e o posicionamento de doutrinadores dos Direitos Civil e Constitucional sobre o tema.

São citados os posicionamentos de alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal em julgados e estudos publicados por eles, em especial os posicionamentos de Carlos Ayres Britto, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, além de utilizada doutrinas de autores considerados referências nos temas do Direito Constitucional e Civil, como Maria Helena Diniz e Sérgio Cavaleiri Filho. Também se utilizou como referência bibliográfica outros trabalhos acadêmicos realizados com o mesmo tema.

Além de explicar e conceituar os direitos fundamentais abordados (direitos da personalidade e da liberdade de imprensa) e os pormenores das questões que envolvem o conflito desses direitos, inclusive relacionando-os com a dignidade da pessoa humana, o estudo traz os métodos sugeridos por renomados juristas para a interpretação normativa mais adequada.

Por fim, explana-se sobre conceitos da Responsabilidade Civil e as hipóteses em que surge a responsabilidade civil dos atores causadores de danos extrapatrimoniais, bem como a forma de aferir o alcance que a reparação do dano moral deve ter, de acordo com suas características.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Konrad Hesse, citado por Paulo Bonavides (2004, p.560), os direitos fundamentais almejam “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”.

Os direitos fundamentais¹ foram afirmados a partir dos Estados Constitucionais ou Estados modernos, após as Revoluções da segunda metade do século XVIII, buscando garantir a existência digna da pessoa humana.

Existem algumas particularidades dos direitos fundamentais na doutrina, que alguns autores nomeiam atributos. Cláudio Lembo (2007) lista os seguintes: Historicidade - segundo ele, esses direitos nasceram no curso da história da humanidade, em processo de evolução, ressaltando que são tipicamente ocidentais; Universalidade; Limitabilidade - os direitos de um indivíduo são limitados pelos direitos dos outros indivíduos e da coletividade em que está inserido; Concorrência - os direitos podem ser exercidos concorrentemente, ou seja, um direito não afasta outro, como é o caso dos direitos abordados no presente trabalho e; Irrenunciabilidade- o indivíduo pode não exercê-lo, mas não pode renunciá-lo. (p. 163)

Após o final da 2ª Guerra Mundial e o contato da humanidade com as maiores atrocidades cometidas até então, entrou em pauta a “dignidade da pessoa humana” nos discursos políticos mundiais e, por consequência, esta passou de um “valor moral” para um “valor jurídico”, sendo inserida em diversos tratados e documentos internacionais, bem como nas Constituições dos Estados democráticos. No Brasil, a

¹Eles podem ser divididos didática e historicamente em gerações ou dimensões. A doutrina majoritária afirma a existência de três dimensões, que foram pautadas quase profeticamente pela institucionalização do lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade (Bonavides, 2004). **Direitos fundamentais de 1ª Dimensão** – São direitos considerados negativos ou de defesa, que impuseram limites à atuação estatal sobre a vida individual de seus cidadãos. Referem-se às liberdades; **Direitos fundamentais de 2ª Dimensão** – Surgiram a partir do fim da 1ª Guerra, em virtude da super-exploração dos trabalhadores nas relações capitalistas, levando-os a lutarem, principalmente, pelo direito à igualdade. **Direitos fundamentais de 3ª Dimensão** – Nasceram com o término da 2ª Guerra Mundial, frente os horrores apresentados à humanidade pela Alemanha nazista contra alguns grupos étnicos, especialmente os judeus, visando a proteção da coletividade (fraternidade). **Direitos fundamentais de 4ª e 5ª dimensões** – Existe uma forte divergência doutrinária sobre a existência destas dimensões, as quais defende Paulo Bonavides. Para ele, os direitos de 4ª dimensão seriam os direitos fundamentais ligados à democracia, à informação e ao pluralismo.

Constituição Federal de 1988 instituiu como um dos fundamentos da República adignidade da pessoa humana:

Art.1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - **a dignidade da pessoa humana**; (...) (CF/88, grifo nosso)

Observe-se que a dignidade da pessoa humana não é parte dos direitos fundamentais, que estão elencados no art. 5º da C.F., mas é fundamento (positivado) da República Brasileira, bem como dos Direitos Humanos (Declaração de Viena – 1993 apud BARROSO, 2010, p.18). Deve ser visto não apenas como uma regra, uma norma, mas como um **princípio**, orientando a aplicação da norma. Assim, quando uma norma constitucional é incompatível com este valor-princípio-norma, deve-se paralisar sua aplicação. Da mesma forma, quando uma ação ou omissão de particular está em desacordo com a dignidade da pessoa humana, deve ser considerada ilícita.(BARROSO, 2010, p. 13).

[...] a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente ao contrário, ela é o **parâmetro da ponderação**, em caso de concorrência entre direitos fundamentais. (grifo nosso, idem, p. 14)

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu estudo sobre a Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional (2010) observou que o conceito de dignidade da pessoa humana como é utilizado hoje derivou da ideia de Immanuel Kant, que dizia que quando coisas não pudessem ser trocadas por outras coisas equivalentes e não possuíssem um preço, ou seja, estivessem acima de todo preço, possuiriam dignidade (honror). Tal lição é citada também por Cavaliere (2014, p. 107).

Visando dar uma definição de conteúdo mínimo, menos abstrato, ao termo, a fim de evitar sua inaplicabilidade jurídica e, ainda, um conceito que fosse laico, politicamente neutro e universal, Barroso listou três elementos que considerou essenciais à dignidade da pessoa humana: o **valor intrínseco**, **autonomia** e o **valor social** da pessoa humana.

O valor intrínseco é aquilo que difere o homem das outras espécies vivas, como a inteligência, a sensibilidade e a comunicação (p.22), do qual derivam diversos

direitos fundamentais, como o direito à vida (que envolve questões como aborto e pena de morte), à igualdade (pois todos têm o mesmo valor intrínseco) e o direito à integridade moral ou psíquica “domínio no qual estão abrangidos o direito de ser reconhecido como pessoa, assim como os direitos ao nome, à privacidade, à honra e à imagem”. (p.23).

A autonomia, que está ligada à ideia de autodeterminação, ao direito de o indivíduo fazer suas escolhas existenciais e de participar da tomada de decisões na organização social (democracia).

Por fim, o valor comunitário diz respeito não ao indivíduo, mas aos valores comuns à comunidade em que está inserido. É um elemento que restringe a liberdade individual considerando a proteção do próprio indivíduo, os direitos de terceiros e valores sociais, tais como a solidariedade. “Isso vale para situações como defesa da vida, repressão à pedofilia ou cerceamento da liberdade de expressão em casos de calúnia ou *hate speech*” (discursos de ódio). (p.28-29)

No Brasil, como regra geral, a invocação da dignidade humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico. Existe uma forte razão para que seja assim. É que com o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais, muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato da dignidade humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica. Diante disso, a dignidade acaba sendo citada apenas em reforço. No constitucionalismo brasileiro, seu principal âmbito de incidência se dará em situações de ambiguidade de linguagem – como parâmetro para escolha de uma solução e não de outra, em função da que melhor realize a dignidade –, de lacuna normativa – para integração da ordem jurídica em situações, por exemplo, como a das uniões homoafetivas –, de colisões de normas constitucionais e direitos fundamentais – como, por exemplo, entre liberdade de expressão, de um lado, e direito ao reconhecimento e à não-discriminação, de outro – e nas de desacordo moral razoável, como elemento argumentativo da construção justa. (p.30-31)

Assim, de acordo com Barroso, a dignidade da pessoa humana pode ser utilizada para analisar casos em que direitos fundamentais estão em colisão, como nos casos que envolvem o presente estudo, servindo de parâmetro para julgamentos.

2.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

É importante salientar que os direitos da personalidade não se restringem necessariamente ao que está positivado e, ainda, que se pode considerar ofensa a estes direitos sempre que a dignidade da pessoa humana se mostre atingida.

Os direitos da personalidade dizem respeito à dignidade humana e sofrem variações de acordo com o tempo e o espaço, mas sempre serão passíveis de reconhecimento, independentemente da norma jurídica que os declare. (SOUZA, 2002, p. 04)

Segundo Maria Helena Diniz (2008, p.72), a personalidade é um dos primeiros bens a pertencerem ao indivíduo, que lhe permite ser o que é, em que se apoiam seus direitos e deveres e serve de critério para “aferir, adquirir e ordenar outros bens”. Assim, não seria possível dizer que uma pessoa tem direito à personalidade, mas sim que a personalidade tem um conjunto de bens tuteláveis, chamados direitos da personalidade, conforme ensina Souza (2002, p.02). Para Diniz, os direitos da personalidade são:

Direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra recato, segredo pessoal, profissional e doméstico imagem, identidade pessoal, familiar e social). (DINIZ, 2002, p. 135)

Os direitos à privacidade e à intimidade foram defendidos na Declaração dos Direitos Humanos, em 1948:

Art. XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques a sua honra e reputação. Toda a pessoa tem o direito de proteção da lei contra tais interferências e ataques.

Há vasta diversidade de conceituação e classificação do que são os Direitos da Personalidade. Neste trabalho, será utilizada, de forma a simplificar, a ideia de que os direitos da personalidade são aqueles trazidos no Inciso X do Art. 5º pela Constituição Federal Brasileira (GONÇALVES, 2010, p. 387):

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

A intimidade, segundo José Afonso da Silva, abrange a inviolabilidade de domicílio, da correspondência e o segredo profissional (2005, p. 207).

Quanto à privacidade, existe uma divergência doutrinária sobre seu conteúdo. Alguns autores consideram que a intimidade está inserida na privacidade, que seria mais abrangente. Para Sérgio Cavalieri Filho, a privacidade, é o direito de estar só. Já Silva nos explica que:

A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição. (2005, p.208)

Conforme ensina Sérgio Iglesias Nunes de Souza (2002), a honra tem dois aspectos a serem considerados. O subjetivo, interno, é o sentimento que a pessoa tem de ser honrado, digno. O externo ou objetivo é a reputação do indivíduo ou o reconhecimento das pessoas quanto à honra do indivíduo.

O autor também ensina sobre a imagem, que é considerada nos dias atuais tanto como imagem-retrato (aspecto físico ou semblante da pessoa), quanto imagem-atributo, que está ligada à honra objetiva, que envolvem seus valores éticos-morais perante a coletividade (idem, p. 83-84). Ressalta, contudo, que outros autores dissociam estes conceitos de imagem e honra, entre eles José Afonso Silva, o qual lembra que a Constituição traz estes termos de forma independente, portanto diferenciados. Sérgio Cavalieri Filho cita Carlos Alberto Bittar, que considera a imagem como o “direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto, etc.), que a individualizam no seio da coletividade.” (2014, p. 137).

O Código Civil Brasileiro trouxe em seu bojo proteção aos direitos da personalidade, dedicando a estes um capítulo com dez artigos.

Dentre as previsões trazidas, estão a **intransmissibilidade** e a **irrenunciabilidade** destes direitos, bem como a vedação à limitação de seu exercício (art. 11). Quanto à intransmissibilidade, existe discussão doutrinária e jurisprudencial sobre este

aspecto². Não obstante, os direitos da personalidade são também **imprescritíveis**, mas o direito à reparação por ofensa a estes sofrem as limitações legais.

O artigo 12 do Código Civil garante o direito à indenização de quem sofrer ameaça ou lesão a direito da personalidade, reforçando a previsão constitucional do Inciso X do art.5º. Os artigos 16 a 19 protegem o nome e pseudônimo usado para atividades lícitas, enquanto os seguintes (20 e 21)³ tratam da imagem, da honra e da vida privada (que compõem os direitos da personalidade).

Sobre o art. 20, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (2004) tece importantes considerações. Tal dispositivo permitiria a qualquer pessoa que proíba a divulgação de fatos ou informações, a seu requerimento, ainda que verdadeiros, a menos que sirvam à “administração da justiça” ou à “manutenção da ordem pública”, conceitos estes vagos que podem dar margem à insegurança jurídica. Além disso, segundo ele, se limitassem a liberdade de imprensa, seriam claramente inconstitucionais, uma vez que a Carta Magna veda expressamente qualquer embaraço à plena liberdade de informação jornalística (art. 220, §1º). Entretanto, o ministro considera sua constitucionalidade nos seguintes moldes:

Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação. (Barroso, 2004)

Assim, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui diversos dispositivos de proteção aos direitos da personalidade, garantida, tanto constitucionalmente quanto no Código Civil, a indenização quando verificada lesão a estes direitos, que são direitos fundamentais, e a violação a estes constitui ofensa à dignidade da pessoa humana, valor primeiro dos Estados democráticos de direito ocidentais.

²Tem sido permitido a pessoas atingidas indiretamente pelo dano reclamá-lo, assim como aos sucessores do ofendido, quando a ofensa tiver ocorrido em vida da vítima (Diniz *apud* Gonçalves, 2010, p. 387). Tal entendimento se baseia na natureza patrimonial que tem a indenização por dano moral, sendo, portanto, transmissível, conforme o art. 943 do Código Civil.

³Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, 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. [...]. (Código Civil 2002, grifos nossos)

2.2 LIBERDADE DE IMPRENSA

2.2.1.História da imprensa

A comunicação é um processo natural do homem e instrumento vital para a manutenção da vida em sociedade. É através dela que o homem transmite os aprendizados adquiridos através de suas experiências às gerações futuras e, assim, acumula conhecimento e evolui. O domínio da escrita permitiu às gerações mais distantes no tempo o contato com sua história e de suas civilizações.

Pode-se considerar que a invenção da prensa de Gutemberg, em 1438, na França, iniciou a comunicação em massa. Nesta época, surgiram os primeiros jornais impressos(de até 16 páginas) e a chamada “imprensa”. Na segunda metade do século 20, já a televisão vinculava imagens ao que antes eram apenas palavras e sua popularização levou informação atual a quase todas as residências dos países mais “civilizados”. (NOBLAT, 2002, p.163-172)

Hoje, a internet acabou com a informação centralizada em empresas de comunicação, a comunicação agora é em rede e a rede é intercontinental, a informação é dada ao vivo de qualquer parte do mundo e alcança os cantos mais remotos da terra em segundos. As redes sociais ainda vêm reforçar a realidade desta Aldeia Global, comunicação sem fronteiras em tempo real, impossível contê-la. Todos em todo o mundo são emissores e receptores em potencial de informações.

Fornecer informações confiáveis e imparciais é o papel da imprensa⁴. Quando surge uma notícia, a credibilidade do veículo que a comunica é que vai respaldar o que será descartado ou acatado. A comunicação instantânea tem dificultado a checagem dos fatos e os jornais, com medo de serem lentos demais para noticiar algo podem tropeçar nesta checagem. No entanto, é notável que se um jornal passar a cometer deslizes constantes perderá sua credibilidade em pouco tempo.

⁴O ministro Ayres Britto ressalta que a imprensa é uma atividade, que é o jornalismo, e constitui-se de diversas empresas ou personalidades jurídicas que visam comunicar/transmitir “*informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo do ser, que é o mundo das ocorrências fáticas*” e o pensamento, pesquisa, criação e percepção humana, não a uma ou outra pessoa, mas ao maior número possível de pessoas, caracterizando-se uma instância de comunicação de massa, influenciando pessoas e formando “*o que se convencionou chamar de opinião pública*”. (ADPF 130/D.F.)

2.2.2.A Liberdade de Imprensa na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 não recepcionou a Lei de Imprensa, de 1967, e esta acabou revogada pela ADPF 130, em 2009. Desde então, tramita no Congresso Nacional a PEC 33/2009, que visa trazer regulação da imprensa. Contudo, existe a discussão sobre sua necessidade e viabilidade sob a preocupação de servir de instrumento para censura. Outra dificuldade para sua apreciação é relativa à hierarquia de leis, pois, se a Constituição Federal trata da liberdade de imprensa e veda leis que causem a ela qualquer “embaraço”, uma lei infraconstitucional não poderia limitar a atuação desta.

Contudo, a Constituição Federal traz garantia completa à liberdade do exercício profissional da imprensa e dedica à Comunicação Social um capítulo que, em poucos artigos, dão base ao direito fundamental de informar e ser informado, à liberdade de expressão e de imprensa.

O art. 5º, Inciso IV, da Constituição prevê que a manifestação de pensamento é livre sob uma condição: a vedação do anonimato. Qualquer indivíduo pode expressar sua opinião sobre o que quer que seja, desde que se identifique. Contudo, Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 144) afirma que a liberdade de expressão é limitada pelo direito constitucional da inviolabilidade da privacidade.

Cada indivíduo pode, sem dúvida, manifestar seu pensamento, não estando esta opinião, pensamento, vinculada a qualquer compromisso com a realidade ou veracidade dos fatos. Entretanto, a lei penal brasileira prevê como crimes a calúnia, a difamação e a injúria. Além destes crimes previstos no CP, existem também restrições quanto a esta liberdade no Código Civil e as implicações nas violações, a responsabilidade civil por danos morais e materiais decorrentes destas, serão tratadas adiante neste trabalho.

Outra liberdade garantida no art. 5º que enseja sobre a liberdade de imprensa é a vedação à temida censura e a independência de licença⁵.

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

Para o ministro Marco Aurélio, a “Liberdade de expressão existe precisamente para proteger as manifestações que incomodam agentes públicos e privados, que são capazes de gerar reflexões e modificar opiniões. Impedir o livre trânsito de ideias é, portanto, ir de encontro ao conteúdo básico da liberdade de expressão” (PINHO, 2014)

Reconhece-se-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e idéias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.

(...) é a mesma função social que fundamenta o condicionamento da sua liberdade, que, agora, se limitará à vedação do anonimato (em matéria não assinada, o diretor do veículo responde), ao direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem e sujeição às penas da lei no caso de ofensa à honra de alguém (art. 5º, IV, V, X), pois nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, nem se admite censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §§ I 9 e 29). (SILVA, 2005, p.247-.248)

O inciso XIV, também do art. 5º, diz que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Cavalieri defende que a limitação existente na liberdade da informação, no direito de informar e de ser informado, é a verdade, afirmando que “Quem informa tem primeiramente compromisso com os fatos tal como ocorreram, compromisso com o fato e não com a sua versão.”

Além disso, a C.F. dedica um capítulo à Comunicação Social, compreendido dos artigos 220 a 224. O art. 220 da Constituição, afirma: “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.”. O parágrafo 1º impede a criação de leis que constituam embaraço à “plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, observados os seguintes direitos fundamentais dispostos no art. 5º: a livre manifestação de pensamento; o direito de resposta; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem; livre exercício profissional; a segurança de acesso à informação e o sigilo da fonte.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, citado por Cavalieri (2014, p. 145), se pronuncia da seguinte maneira sobre este artigo:

Não é verdade que o Constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. [...]

É fácil ver, pois, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, *estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição*. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

O ministro observa que a ressalva feita pelo legislador constituinte se trata de uma “reserva legal qualificada” para que fossem preservados outros direitos individuais, dentre os quais os direitos da personalidade.

2.3.O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Importantes considerações sobre o conflito existente entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade também foram realizadas pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - APDF 130/D.F⁶, em que foi relator.

O julgamento considerou que o bloco de direitos que “dão conteúdo” à liberdade de imprensa precedem o bloco dos direitos da personalidade, os quais incidem posteriormente para assegurar o direito de resposta e “assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa”. Em seu voto, o Ministro Menezes Direito afirmou que “quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição, deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias”.

Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. (...) Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia (...) (ADPF 130, p. 34)

⁶O objetivo da APDF citada era discutir a aplicabilidade de dispositivos contidos na Lei 5250/67, conhecida como Lei de Imprensa, considerando que não foi recebida pela Constituição Federal de 1988.

Para Ayres Britto, a massa a que se destina a comunicação midiática faz o papel de selecionar e ser “antídoto social” contra os abusos e desvios que possam ser cometidos pela imprensa ou seus profissionais a fim de servir ao governo ou desprestigiar instituições democráticas ao bem do mercado. Assim, reforça a liberdade irrestrita que a Constituição dá e deve dar à imprensa:

Lógica encampada pela nossa Constituição de 1988, e prescientemente captada pelo inglês William Pitt (1759/1806), para quem “à imprensa deve tocar o encargo de se corrigir a si própria”; pelo norte-americano Thomas Jefferson (1743/1826), autor da afirmação de que, se lhe fosse dado escolher entre um governo sem jornais e jornais sem um governo, não hesitaria em optar por esta última fórmula, e pelo francês Alexis de Tocqueville (1805/1859), ao sentenciar que, numa democracia, o modo mais eficaz de se combater os excessos de liberdade é com mais liberdade ainda. (ADPF 130, p. 34)

Contudo, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu estudo “Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade” ensina que existem duas formas de interpretação e aplicação das normas legislativas: a subsunção, em que o intérprete aplica o direito previamente legislado ao caso concreto (interpretação tradicional), e a **ponderação**, em que, não sendo possível a aplicação direta da lei, o intérprete irá tentar fazer valer a vontade do legislador, especialmente quanto à efetivação de princípios (interpretação moderna) e direitos fundamentais, que se apresentam frequentemente em conflito.

Considerando que os direitos fundamentais são normas constitucionais e desfrutam da condição de cláusulas pétreas da Constituição Federal (não podendo, assim, serem modificadas em nenhuma hipótese), não há hierarquia entre eles. Não havendo hierarquia, também não pode o legislador optar pela aplicação de um e descartar o outro. Deve-se, ainda, considerar o princípio da unidade constitucional. Deste modo, a ponderação e aplicação deverá se dar de acordo com o caso concreto⁷. (Barroso, 2004).

Segundo Barroso, a ponderação é uma técnica de decisão jurídica dividida em três etapas distintas: a detecção e agrupamento das normas relevantes para solução do caso concreto; exame dos fatos e “*circunstâncias concretas do caso concreto e sua*

⁷ Este não é o posicionamento defendido por Cavalieri, o qual considera, com base nos estudos do ministro Gilmar Mendes, que a ponderação é feita pela própria constituição, a qual “ponderou os valores contrapostos e optou por valores fundamentais da dignidade humana”, cabendo ao intérprete apenas ponderar os limites entre a vida privada e a pública. (CAVALIERI, 2014, p. 148)

interação com os elementos normativos” e, por fim, atribui-se peso aos elementos em disputa, de forma a verificar qual o grupo de normas ou princípio que irá preponderar sobre o caso concreto, graduando a intensidade de aplicação, sob os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O ministro estipulou, na mesma obra (2004), parâmetros para a realização desta interpretação através de ponderação:

A “veracidade dos fatos” é um destes, uma vez que a divulgação de notícias falsas não tem amparo constitucional e os veículos de comunicação têm o dever de checar os fatos a serem publicados. Ele ressalta, entretanto, que esta verdade é uma verdade subjetiva, pois “[p]ara haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade.”

A “licitude no meio empregado na obtenção da informação”, da mesma forma como ocorre na admissibilidade das provas em processos judiciais, deve ser considerada. A violação de correspondências, invasão de domicílio, violações de segredo de justiça em processos judiciais, interceptações de ligações telefônicas clandestinas, obtenção de informação mediante chantagem, violência ou grave ameaça e outros crimes são óbices à legitimidade do exercício da liberdade de imprensa.

“Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia” também é fator importante a ser considerado. Afinal, pessoas públicas, aqui entendidas tanto artistas quanto pessoas que ocupam cargos públicos importantes, têm seus direitos de personalidade defendidos em intensidade mais branda, porém não suprimidos.

Quando o local do fato é público, é provavelmente noticiável. Entretanto, os fatos ocorridos em locais privados têm proteção mais abrangente e podem estar sob tutela do direito à inviolabilidade de domicílio, por exemplo. Portanto, o profissional de mídia deve estar atento a este fator.

A natureza do fato é um dos importantes fatores para seleção do que é noticiável ou não. Desastres naturais, acidentes e crimes são fatos de interesse jornalístico notório e, portanto, podem ser divulgados, ainda que exponha as pessoas neles envolvidos, defende o ministro.

A existência do interesse público na divulgação das informações é presumida, tendo em vista a realidade atual de enorme circulação e volume das mesmas. Barroso explica que cabe ao interessado na não divulgação de algo que demonstre a existência de um interesse privado que prevaleça sobre o interesse público. O mesmo vale para divulgação de fatos relacionados à atuação do poder público, uma vez que a publicidade é um dos princípios que norteiam o direito administrativo e através do qual se dá o controle social das ações dos agentes públicos.

Por fim, Barroso defende que deve se dar “preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação”, quando possível. Contudo há casos em que “não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado”, em especial nas violações ao direito à intimidade, que envolvem fatos que não devem ser tornados públicos.

Em 1986, o alemão Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, já trazia a teoria da ponderação, a qual denominava “sopesamento” como possibilidade de solução para o conflito entre direitos fundamentais. Um dos exemplos utilizados pelo estudioso foi o conflito entre o interesse de um veículo de comunicação em divulgar um documentário acerca de um crime cometido contra sentinelas do muro de Berlim e os direitos de personalidade de um dos acusados pelo crime, que estava próximo de conquistar sua liberdade após cumprir sua pena. Inicialmente, o direito de informar prevalecia. Ele também dividia este processo em três etapas: a detecção do conflito entre princípios que têm o mesmo “valor abstrato”, a verificação de precedência de algum destes valores, que no caso concreto se daria “no caso de uma ‘informação atual sobre atos criminosos’” e a constatação de que “a repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual de informação” que colocasse em risco a ressocialização do autor” feria a proteção da personalidade deste e teria precedência sobre o direito de informar:

Ou seja: uma notícia repetida (T1) , não revestida de interesse atual pela informação (T2) , sobre um grave crime (T3) , e que põe em risco a ressocialização do autor (T4) , é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais. (ALEXY, XXX, p.102)

Nota-se, no caso exemplificador citado, que se a notícia fosse recente, haveria a precedência do direito fundamental de informar e ser informado. Entretanto, no caso

concreto, prevaleceu o direito de personalidade do acusado. Assim, vemos a importância do estudo do caso concreto para a ponderação/sopesamento, não sendo possível estabelecer uma regra que seja válida para todos os casos.

Também quanto ao caso utilizado pelo alemão, pode-se verificar uma tendência moderna do Direito: o Direito ao Esquecimento. Trata-se de um notável conflito entre os direitos fundamentais em estudo: de um lado o direito dos meios de comunicação de informar e da população de ser informada, do outro, os direitos da personalidade dos indivíduos que têm sua imagem sempre associada a algo que desabone sua honra.

No Brasil, este direito foi reforçado pelo Enunciado 53 da VI Jornada de Direito Civil⁸. O que se pretende, conforme ressalta Rogério Tadeu Romano (2017), ao contrário do que muitos invocam, não é o direito a uma amnésia coletiva ou a prescrição do direito à informação (que é imprescritível), mas resguardar o direito de um indivíduo não ter para sempre sua imagem vinculada a um crime, sob pena de instituir uma pena perpétua ao que cometeu ilícito.

No caso de ex-detentos, essa vinculação dificulta sua ressocialização e o resgate de sua dignidade. Débora Pinho (2014) afirma que milhares de decisões judiciais já foram favoráveis à retirada nos sites de busca da internet de referências que vinculam pessoas a notícias desabonadoras. A principal alegação é de que não há lesão ao direito de informar devido à inexistência de interesse público sobre o caso. Outras ordenam a retirada de notícias do ar, no caso de estarem ainda disponíveis em meio eletrônico, com o que diversas discordam e, ainda, algumas exigem a atualização da informação, quando, por exemplo, um acusado é absolvido.

O assunto é tema de discussão não apenas entre juristas brasileiros, mas também na Europa. Na Itália, conforme estudo de Pinho (2014), tem sido decidido pela manutenção das informações divulgadas, porém com atualizações por meio de notas ou links no texto.

⁸ ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Maria Helena Diniz afirma que a responsabilidade civil tem a função de reparar o dano causado a outrem tanto quanto possível, “restituindo o prejudicado ao *statu quo ante*”(2008, p. 07). Ela explica que é uma relação jurídica que aparece como uma sanção civil imposta pela violação de uma norma jurídica, de natureza compensatória e a conceitua da seguinte forma:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (idem, p.35)

Diniz estabelece em sua obra três requisitos da responsabilidade civil: a existência de uma ação, comissiva (algo que não deveria ser feito) ou omissiva (quando o agente deixa de agir quando deveria); a ocorrência de um dano, moral ou patrimonial e; nexos de causalidade entre dano e ação.

A ação pode ser um “ato humano comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, (...) gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”. Observe-se que o ato pode ser ilícito, baseando-se a responsabilidade (subjetiva) na ideia de culpa, ou lícito, fundada no risco.(p. 37-39). No caso do conflito entre os direitos fundamentais em estudo, a responsabilidade civil será, em regra, subjetiva, devendo existir, portanto, culpa⁹ do agente.

O ato ilícito (que está em desacordo com a lei) dá causa à responsabilidade civil e sujeita os bens do responsável pelo dano à reparação deste (art. 927, CC). Quando há mais de um autor do dano, eles respondem solidariamente, o que possibilita ao lesado mover a ação contra qualquer um dos atores ou todos ao mesmo tempo (art. 275, CC).

O dano é o elemento considerado principal no surgimento de uma responsabilidade civil, tendo em vista que, como bem observa Sérgio Cavaleiri Filho, existe responsabilidade civil sem culpa (objetiva), entretanto não existe sem um dano, do qual advém a necessidade de reparar (2014, p. 92).O dano pode ser

⁹ A culpa *lato sensu* refere tanto ao dolo (quando há a intenção de causar o dano) quanto à culpa *stricto sensu*, que pode ser causada por negligência ou imprudência, pela falta do cuidado que o agente deveria ter.

patrimonial/material ou extrapatrimonial/ moral. Para Diniz, a classificação vai depender dos efeitos da lesão jurídica e não da natureza do direito danificado, pois um prejuízo de natureza econômica pode resultar em perda de ordem moral e vice versa, assim como pode ocorrer de a ofensa a um só direito resultar em lesões de natureza patrimonial e moral ao mesmo tempo. A autora afirma que a reparação não constitui um valor para a dor causada, mas uma forma de atenuar, em parte, as “consequências do prejuízo”, de natureza compensatória.

Já Sergio Cavalieri Filho defende que a indenização por dano moral também deve ter caráter punitivo, afirmando que este é admitido por boa parte da doutrina e jurisprudência e defendida por André Gustavo Correa de Andrade, o qual considera que esta concepção estaria respaldada pelos princípios constitucionais, principalmente os que guardam os indivíduos de “toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito.” Ele considera que a indenização punitiva deve prevalecer quando houver dolo ou culpa grave do ofensor, quando o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou quando esta for uma prática reiterada sua.

3.1.DANO MORAL

Para Cavaleiri, os danos morais estão fundamentados na dignidade da pessoa humana, o que denomina “direito subjetivo constitucional à dignidade”, que engloba, entre outros, os direitos da personalidade ora estudados (direitos à honra, à intimidade, à privacidade) (2014, p. 106).

Assim, à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em **sentido estrito** dano moral é *violação do direito à dignidade*. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do *direito à dignidade* que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.

[...]

Em sentido amplo, dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade. [...] A personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens. Nessa categoria incluem-se também os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, filosóficas, direitos autorais.[...] (idem, p. 106-109)

É pacífico o entendimento de que a vítima de dano moral pode ser tanto pessoa física quanto jurídica.

Diniz considera que o dano moral pode ser direto ou indireto. Os danos causados pela lesão aos direitos da personalidade¹⁰, aos atributos da pessoa ou à dignidade da pessoa humana são considerados diretos. Já os indiretos são os atos que lesionam bens patrimoniais, que, contudo, causam prejuízo não patrimonial, como por exemplo a perda de um anel de noivado ou outro objeto que tenha valor afetivo. (Diniz, 2008, p. 91-92)

Contudo, Cavalieri considera que o dano moral é a agressão aos bens que integram a personalidade, com “existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente”. (2014, p. 107)

3.2 DANO MATERIAL - CUMULATIVIDADE E INCIDÊNCIA

Vale ressaltar que, apesar de ser mais comum o dano moral nos casos de ofensa aos direitos de personalidade, esta pode incidir também sobre o patrimônio do lesado, como nos casos em que a vítima fica impossibilitada ou tem dificuldade para exercer sua atividade profissional.

Antes da constituição de 88, havia um entendimento de que o dano material absorveria o moral, afastando sua reparação. Não obstante, é perfeitamente possível a condenação por danos morais e materiais, cumulativamente, conforme consolidou entendimento o Superior Tribunal de Justiça em sua jurisprudência, bem como na edição da Sumula 37¹¹. Os incisos V e X do artigo 5º da constituição federal também deixam clara esta possibilidade¹². (Cavalieri, 2014, p. 110)

¹⁰Maria Helena Diniz, em sua obra “Curso de Direito Civil Brasileiro”, considera como direitos da personalidade a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos e a própria imagem, utilizando um leque mais abrangente do que a adotada no presente trabalho, que se ateve aos dispostos no Inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

¹¹ São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

¹²V - 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, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

3.3. LIMITES PARA CONFIGURAÇÃO DO DANO

Importante verificar a configuração do dano moral, a fim de evitar uma “indústria” do dano moral, em que se busca com meros aborrecimentos indenizações milionárias. Cavaleiri ensina que “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação” precisam interferir no “comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.” (idem. P.111). Para ele, a presunção de dano moral pela simples comprovação do fato somente pode se dar quando este tem conhecida capacidade de causar dano, “o que se apura por um juízo de experiência”. (p.117)

Cavaliere cita a observação de Anderson Schreiber:

O juiz não observa simplesmente a notícia e a partir dela extrai a ilação de que tenha ou não causado dano à honra da vítima. Ao contrário, o juiz observa a notícia e verifica, objetiva e concretamente, se sua veiculação lesa a honra da vítima, perquirindo, por exemplo, se a notícia emprega contra o autor da demanda expressões difamatórias, se alude ao seu caráter, se lhe dirige ofensa pessoal. Eis como se prova a lesão e, portanto, o dano. Se a vítima se lamentará do fato, se sofrerá com ele, ou se lhe demonstrará indiferença são questões subjetivas que podem, no máximo, servir de indícios da intensidade do dano para fins de sua quantificação, mas não interferem tecnicamente na sua reparação. (Cavaliere, 2014, p. 117).

Deve-se lembrar que o juiz é uma pessoa que está inserida na sociedade e possui a capacidade comum ao cidadão de distinguir quando existe uma clara intenção de ofensa e, portanto, verificar a existência de dano aos direitos da personalidade.

Maria Helena Diniz (2008, p. 157-158) cita como exemplos que constituem ofensa **ao direito à intimidade**, entre outros, a instalação de aparelhos para captação clandestina de conversas e imagens, assédio de paparazzi, que procuram violar privacidade e intimidade de pessoas famosas, intrusões injustificadas no isolamento de uma pessoa, observando-a ou seguindo-a, etc., casos estes que constituem dano e merecem ressarcimento.

A honra pode ser afetada pela calúnia (falsa imputação de crime), pela difamação (imputação de fato ofensivo à reputação) e pela injúria (ofensa à dignidade ou decoro – honra subjetiva), crimes previstos no Código Penal brasileiro, que, assim como a Constituição, garante a retratação pelos meios de comunicação quando utilizado na ofensa.

O Código Civil garante, no art. 953, reparação do dano resultado por estas práticas delituosas contra a honra, ainda que não consiga o ofendido provar o dano material causado, hipótese em que o juiz deverá “fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”. Há uma proposta de alteração em trâmite deste dispositivo, que passaria a prever expressamente a reparação do dano moral, pois, segundo a proposta, a redação atual dá margem à interpretação de que a indenização pelo dano moral somente caberia quando não constatado o dano material, caso a ser estudado adiante.

Diniz lembra que quando uma notícia se baseia em informações de inquérito policial, sindicância ou inquérito judicial, por ser de interesse coletivo, não configura dano moral.(2008, p. 146). Salienta, ainda, que: “A procedência da ação cível não requer condenação criminal, exige, tão-somente, que se reconheça a ofensa à honra no cível.” (p. 150)

O direito de publicar ou divulgar sua **imagem** é de seu titular, dependendo de sua autorização, ainda que presumida. (Diniz, 2008, p. 165). Uma vez dado o consentimento, nada impede que o mesmo seja retirado, ainda que tenha que responder pelos danos que causar com este ato. Segundo Diniz, “o atentado à imagem compreende a reprodução não autorizada de fotografia e de biografia” (p. 166). Ela salienta que as matérias jornalísticas não devem deturpar o contexto do conjunto imagem-legenda, “induzindo o leitor em erro, dando-lhe uma falsa impressão da realidade” (p. 170). Contudo, observa que há uma relativização do direito à imagem quando: a) se tratar de pessoa notória; b) se referir a exercício de cargo público (salvo se na sua intimidade); c) se procura atender à administração ou serviço da justiça; d) para assegurar a segurança nacional (procurado da polícia, p. ex.); e) atende ao interesse público, aos fins culturais, científicos e didáticos (imagem de conferências, inaugurações, exposições, etc); f) havendo necessidade de resguardar a saúde pública; g) interesse histórico; h) quando a pessoa for tão-somente parte do cenário (show, desfile, praça pública, etc), sem que haja destaque; i) Identificação compulsória (documento de identificação)

Diniz cita o Enunciado nº 279 do CJF, aprovado na IV Jornada do Direito Civil:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo

acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Contudo, vale ressaltar que a utilização não autorizada de imagem não consentida para “fins comerciais, econômicos e publicitários, enseja indenização por dano moral independentemente da demonstração de prejuízo e ainda que se trate de pessoa pública. O dano é a própria utilização indevida da imagem” (CAVALIERI, 2014, p. 139).

3.4 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO

Embora existam algumas problemáticas levantadas acerca da fixação do valor a ser pago nas indenizações por dano moral, alguns dos quais são listados por Maria Helena Diniz, tal como a efemeridade do dano, incerteza quanto à existência, extensão, avaliação pecuniária do dano, ao número de lesados, enriquecimento sem causa e outros, a apreciação e fixação do quantum da indenização seguirá a objetividade exigida das decisões judiciais.

Portanto, ao fixar o quantum da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação. [...] Além disso, sua decisão será examinada pelas instâncias superiores, e a fixação da indenização por arbitramento ou por liquidação por artigos está autorizada por lei [...] Assim sendo, não há que se falar em excessivo poder concedido ao juiz. (Diniz, 2008, p. 96)

Sérgio Cavalieri Filho também considera o arbitramento a forma mais eficiente para fixação do dano moral, para o qual o juiz deverá considerar a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor. Diniz, por sua vez, ensina:

Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação, a ele ligado, muito comum na indenização dos danos. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). (idem, p.98)

A lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) trazia alguns valores mínimos e máximos para arbitramento nos casos de responsabilização civil por danos morais, o que poderia servir de parâmetro para balizar decisão judicial, especialmente nos casos culposos (culpa *strictu sensu*). Diniz sugere que o arbitramento pode se orientar pelo disposto

nos artigos 84 do Código de Telecomunicações¹³ e o art. 53 da Lei nº 5250/67¹⁴ (Lei de Imprensa).

Contudo, o STJ já editou Súmula (281) afirmando que a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de imprensa.

Sérgio Cavaleiri Filho (2014) cita o voto do Ministro Carlos Alberto Direito no julgamento ocorrido quando ainda era desembargador do TJRJ, que trata da tutela trazida pela Constituição Federal de 1988 aos direitos de personalidade:

Com essa disciplina, a Constituição criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente de violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao Direito civil comum, e não a qualquer lei especial. Isto quer dizer, muito objetivamente que não se postula mais a reparação por violação dos direitos de personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório. [...] (p.124)

Entretanto, Cavaleiri ressalta que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano “o mais completamente possível, e nada mais”, seguindo o critério da razoabilidade, a fim de evitar o enriquecimento sem causa, o que causaria novo dano. (idem, p.125)

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia em, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (idem, p. 125)

Maria Helena Diniz propõe como regras para avaliação do dano moral: a) Que sejam evitadas indenizações simbólicas ou que deem causa ao enriquecimento ilícito; b) Que não haja tarifação; c) que o montante indenizatório seja diferenciado de acordo com a gravidade, extensão e natureza da lesão; d) que seja verificada a repercussão

¹³ “[...] na estimação do dano moral, deve-se levar em conta, notadamente, a posição social ou política do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa”. (Diniz, 2008, p. 100)

¹⁴ Se deve considerar: a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido, a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtido pelo ofendido. (idem, p. 100-101)

provocada e as circunstâncias fáticas; e) que ser atente às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta; f) que seja averiguada a situação econômica anterior e posterior do ator lesante, bem como o benefício econômico alcançado pela ilícito; g) apuração do real prejuízo, considerando a perda de uma chance; h) considerar a realidade econômica do país; i) que seja verificado o grau de culpa do lesante e seu nível cultural; j) ter como base prova firme e convincente do dano; k) analisar aspectos pessoais do lesado (efeitos psicológicos do dano, intensidade, grau de educação, posição social ou política, etc) , l) harmonização entre casos semelhantes; m) busca de equidade e caráter educador da pena aplicada. (Diniz, 2008, p. 101-102)

Para corroborar com os entendimentos ora expostos, remete-se, por fim, à decisão do Ministro Celso de Mello no julgamento do “Caso Escola Base”, mencionado por Cavalieri (2014, p. 150-151), o qual considerou que serve de parâmetro para todos os casos que enfrentem esta questão.

CASO ESCOLA BASE. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO, PELO MÉTODO DA PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. O EXERCÍCIO ABUSIVO DA LIBERDADE DE INFORMAR, DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME AO PATRIMÔNIO MORAL/MATERIAL E À DIGNIDADE DA PESSOA LESADA, ASSEGURA, AO OFENDIDO, O DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL, POR EFEITO DO QUE DETERMINA A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (CF, ART. 5º, INCISOS V E X). INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE INDEVIDA RESTRIÇÃO JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 52 E DO ART. 56, AMBOS DA LEI DE IMPRENSA, POR INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. AMPLA REPARABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXAME SOBERANO DOS FATOS E PROVAS EFETUADO PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.- O reconhecimento "a posteriori" da responsabilidade civil, em regular processo judicial de que resulte a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e à imagem da pessoa injustamente ofendida, não transgredir os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em cláusula expressa (CF, art. 5º, V e X), a reparabilidade patrimonial de tais gravames, quando caracterizado o exercício abusivo, pelo órgão de comunicação social, da liberdade de informação. Doutrina.- A Constituição da República, embora garanta o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe, no entanto, como requisito legitimador de sua prática, a necessária observância de parâmetros - dentre os quais avultam, por seu relevo, os

direitos da personalidade - expressamente referidos no próprio texto constitucional (CF, art. 220, § 1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto. (CAVALIERI, 2014, p. 151)

O julgado reforça o entendimento majoritário de que o direito ao livre exercício da imprensa não é absoluto e que, havendo lesão os direitos da personalidade, é necessária aplicação de reparação civil ao ofendido, a qual não está limitada pela Lei de Imprensa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, pode-se verificar claramente que foi fundamental que o ordenamento jurídico trouxesse de forma positivada os direitos fundamentais, conquistados ao longo da história, a fim de evitar, tanto em relação aos Estados quanto entre particulares, que tais direitos fossem suprimidos ou desrespeitados.

A dignidade da pessoa humana, fundamento dos estados democráticos ocidentais e da República Federativa Brasileira, inclui os direitos da personalidade (vida privada, intimidade, honra e imagem) e a liberdade de imprensa. É possível se deduzir que lesar aos direitos da personalidade implica lesão à dignidade da pessoa humana e tal conduta deve ser sempre condenada.

Para muitos juristas, a liberdade de imprensa não deve sofrer qualquer intervenção ou limitação legal. Contudo, outros defendem a ideia de que a liberdade de imprensa, expressa pela liberdade de expressão e direito de informar e ser informado, está limitada constitucionalmente pela necessidade de observação dos direitos à personalidade.

Da mesma forma entendem os doutrinadores do Direito Civil, que entre outros parâmetros, têm que a intimidade e a privacidade não devem ser violadas e expostas ao público, ainda que sejam de pessoas públicas, a menos que o fato seja relacionado diretamente à função que exercem, por exemplo.

Por fim, existem critérios objetivos propostos para que se fortaleça a segurança jurídica na verificação da existência de dano moral e também de sua quantificação, a

fim de, ao mesmo tempo, não deixar ileso o que ofende e não causar enriquecimento ilícito ao ofendido.

Como vimos, a liberdade de imprensa não tem caráter absoluto e deve o julgador utilizar o método da ponderação para analisar, no caso concreto, qual dos princípios em conflito se sobressai. Quando existe um abuso no exercício da liberdade de imprensa e ofensa injustificada a algum dos direitos da personalidade, deve ser imposta punitivamente ao ofensor e compensatoriamente ao ofendido uma indenização decorrente de dano moral, cujo arbitramento de quantificação não está limitado pela Lei de Imprensa, revogada, ou outro diploma legal, mas depende da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Cabe salientar que a aplicação de sanção “a posteriori” é a medida mais eficaz para evitar abusos por parte dos profissionais da imprensa sem recair em censura prévia, que limitaria não apenas a liberdade de imprensa, mas a democracia como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005. P. 15, cit OLIVEIRA e RENAULT, *Ariete Pontes de, Luiz Otávio Linhares. A (in)Efetividade do Direito Fundamental à Reparação por Danos Injustos no Plano do Direito do Trabalho. Tópicos contemporâneos de Direito do Trabalho: reflexões e críticas, Vol. I. São Paulo, LTr, 2015*

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2015

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/-Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>, acesso em 17 de outubro de 2017, às 15h18.

_____. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação**. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 03 de outubro de 2017, às 23h30.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Edição. Atual. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL, **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm - acesso em 19/10/2017

BRASIL. **Código de ética dos jornalistas brasileiros**. Federação Nacional dos Jornalistas, 2007. Disponível em: <http://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2016/08/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros-1.pdf>. Acesso em 08 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF130-7 D.F. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, D.F., 30 de abril de 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 03 de outubro de 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil/** Sergio Cavaliere Filho. 11. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º volume: responsabilidade civil / Maria Helena Diniz – 22. Ed. Ver. Atual. E ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007 – São Paulo: Saraiva, 2008.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos** / Cláudio Lembo. -Barueri, SP: Manole, 2007.

NOBLAT, Ricardo. **A arte de fazer um jornaldiário** / Ricardo Noblat – São Paulo: Contexto, 2002 – (Coleção comunicação), 174p.

PINHO, Débora. **Liberdade de imprensa e privacidade: princípios em colisão**. Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862. Teresina, ano 19, n. 3913, 19 mar, 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/27053>. Acesso em 03 de outubro de 2017

ROMANO, Rogério Tadeu. **Direito ao esquecimento e liberdade de imprensa**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5168, 25 ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59942>>. Acesso em 03 de outubro de 2017.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade/** Sergio Iglesias Nunes de Souza. - Barueri, SP: Manole, 2002.

UNIC, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>, acesso em 07 de novembro de 2017, às 14h30.