

- SÉRGIO BRAGATTE -

**TUTELA ANTECIPADA NA DEFESA DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE E A RESPONSABILIDADE DOS
MEIOS DE COMUNICAÇÃO**

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA – PUC/SP

SÃO PAULO - 2005

- SÉRGIO BRAGATTE -

**TUTELA ANTECIPADA NA DEFESA DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE E A RESPONSABILIDADE DOS
MEIOS DE COMUNICAÇÃO**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de Direito das Relações Sociais, subárea Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Doutor Nelson Nery Júnior.

SÃO PAULO

2005

BANCA EXAMINADORA

1) _____

2) _____

3) _____

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação ao meu filho, Sérgio Filho, para que possa extrair da conclusão deste trabalho a mesma lição que aprendi com meus pais e sempre seja o “meu menino maluquinho”.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Nelson Nery Júnior que, com sua paciência e sabedoria, conduziu a feitura deste trabalho.

À minha companheira, Marisa, sempre solidária nos momentos mais difíceis.

Aos meus pais, Ezio e Geni, pela lição de se buscar o sonho apenas com honestidade e muito trabalho, não obstante os percalços da vida.

Ao meu irmão, à minha cunhada e aos meus sobrinhos, José Carlos, Isabel, Guilherme e Gabriel, pelas alegrias da convivência em família.

Ao meu amigo, Aton Fon Filho, pela lição de coerência entre a prática e o discurso.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS

DEDICATÓRIA

LISTA DE ABREVIATURAS

RESUMO

ABSTRACT

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 15 |
| 2. MOTIVAÇÃO | 8 |
| 3. O DIREITO À INFORMAÇÃO DIANTE DOS DIVERSOS INSTITUTOS LEGAIS | 20 |
| 4. INTERVENÇÃO ESTATAL COM FINS DE DELIMITAÇÕES DE DIREITOS E NÃO CENSURA | 27 |
| 5. LIBERDADE DE PENSAMENTO E EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO X DIREITO DE IMAGEM, DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO À HONRA | 31 |
| 5.1 Direito à honra | 36 |
| 5.2 Direito à imagem | 38 |
| 5.3 Direito à privacidade (vida privada) e à intimidade | 45 |
| 6. POSITIVAÇÃO DA COMUNICAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO | 53 |
| 7. DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE..... | 57 |
| 8. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO | 59 |
| 8.1 Liberdade de expressão – defesa dos direitos da personalidade – atuação do poder judiciário | 63 |

| | |
|--|------------|
| 9. CONDOTA ANTIJURÍDICA, CULPA E NEXO CAUSAL | 75 |
| 9.1 A antijuricidade e o dano | 75 |
| 9.2 Culpa | 85 |
| 9.3 Nexo de causalidade | 90 |
| 10 – FORMAS DE REPARAÇÃO | 93 |
| 11-CONCEITO DE JUSTIÇA EFICAZ | 99 |
| 12- TUTELA DE URGÊNCIA | 102 |
| 12.1 –Tutela inibitória, tutela cautelar, tutela antecipatória – dualidade de provimento de antecipação da tutela na hipótese das ações de defesa e direito de imagem | 105 |
| 12.2 – Ato ilícito | 111 |
| 12.3 –Dispensa da comprovação de dano | 114 |
| 12.4 – Ação – cognição e tutela inibitória na defesa do direito de imagem.... | 116 |
| 12.5 Dano à imagem e provimento da urgência – conteúdo do provimento de urgência na proteção do direito não patrimonial – Das disposições do artigo 461/CPC | 124 |
| 12.6 Cases e o desdobramento diante da doutrina e jurisprudência..... | 130 |
| 13-CONCLUSÃO..... | 141 |
| 14 –BIBLIOGRAFIA | 145 |

ABREVIATURAS

A.

| | |
|--------|--|
| A. | autor (da ação judicial) |
| AA. | Autores (da ação judicial) |
| AA.VV. | autores vários |
| ABNT | Associação Brasileira de Normas Técnicas |
| a.C. | antes de Cristo |
| ac. | acórdão |
| aC | apelação cível |
| ACOR | ação cível originária |
| ACP | ação civil pública |
| ADC | ação direta de constitucionalidade |
| ADCT | ato das disposições constitucionais transitórias |
| ADI | ação declaratória incidental |
| ADIn | ação direta de inconstitucionalidade |
| AI | ato institucional |
| Amp. | Ampliado (a) |
| Ap | apelação |
| APn | ação penal |
| Art. | Artigo |
| Aum. | Aumentado (a) |

B.

| | |
|-------|-------------------------|
| BACEN | Banco Central do Brasil |
|-------|-------------------------|

C.

| | |
|---------|--|
| CADE | Conselho Administrativo de Defesa Econômica |
| Câm. | Câmara |
| Can. | Cânome (artigo do CDCan) |
| Cap. | Capítulo |
| Cass. | Cassação |
| c/c | combinado com |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90) |
| CEI | Comissão Estadual de Inquérito (parlamentar) |
| CF | Constituição Federal (CF de 5-10-1988) |
| c.f. | conforme |
| cit. | Citado;citação |
| CTL | Consolidação das Leis do Trabalho (DL 5.542/43) |
| col. | Coluna |
| Coment. | Comentários |
| Conf. | Confrontar |
| const. | Contituição; cosnstitucional |
| Coord | coordenador; coordenação |
| CP | Código Penal (DL 2.848/40) |
| CPC | Código de Processo Civil (L 5.869/73) |
| CPI | Comissão Parlamentar de Inquérito (federal ou municipal) |
| Crim. | Criminal |
| CVM | Comissão de valores Mobiliários |

D.

| | |
|------|------------------|
| D | Decreto |
| d.C. | depois de Cristo |

| | |
|------|--|
| Dep. | Deputado |
| Des. | Desembargador |
| dir. | Diretor, direção |
| DJE | Diário Oficial da Justiça do Estado |
| DJU | Diário Oficial da Justiça da União |
| DL | decreto-lei |
| Dleg | decreto legislativo |
| DOE | Diário Oficial do Estado (seguida da sigla do Estado-Membro) |
| DOU | Diário Oficial da União |
| DPDC | Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor |

E.

| | |
|-------------|--|
| EC | emenda constitucional |
| ECA | Estatuto da Criança e do Adolescente L 8.069/90) |
| ECR | emenda constitucional de revisão |
| ed. | Edição |
| <i>e.g.</i> | <i>exempli gratia</i> |
| em. | ementa; ementário |
| est. | estadual |
| Exeg. | Exegese |

F.

| | |
|------|---------|
| fed. | Federal |
|------|---------|

H.

| | |
|-----------|----------------------|
| <i>HC</i> | <i>habeas corpus</i> |
| <i>HD</i> | <i>habeas data</i> |

I.

| | |
|------|--|
| INPI | Instituto Nacional da Propriedade Industrial |
| IP | inquérito policial |
| IPM | inquérito policial militar |

J

j. julgado em

L

| | |
|------------------|--|
| L | Lei Federal |
| LC | Lei Complementar Federal |
| LCE | Lei Complementar Estadual (seguida da sigla do Estado-Membro) |
| LD | Lei Delegada |
| LE | Lei Estadual |
| LM | Lei Municipal (seguida do nome do município e sigla do Estado a que pertence) |
| loc. | Local |
| LOM pertence) | Lei Orgânica do Município (seguida do nome do município respectivo e do Estado a que |

M

| | |
|------|--|
| MEC | Ministério de Estado da Educação e do Desporto |
| Min. | Ministério |

MP medida provisória ou Ministério Público
m.v. maioria de votos

N

n. número

O

ob. Obra
obs. Observação
org. organizador; organização
org. jud. Organização judiciária

P

p. página (s)
PA processo administrativo
par. ou § parágrafo
par. ún. Parágrafo único
p. ex. Por exemplo
princ. Princípio; princípios
proc. processo; processual
Prov. Provimento

R

R. réu
Res. Resolução
resp. responsável
ret. retificação; retificado
rev. revista
RR. réus

S

s/ sobre
s.d. sem data
s.e. sem editor
SE sentença estrangeira
Seç. seção
Sen. Senador
s.l. sem local
s.n. sem nome
s/n sem número
SNDC Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
SNDE Secretaria Nacional de Direito Econômico
ss. seguintes
STF Supremo Tribunal Federal
STJ Superior Tribunal de Justiça
STM Superior Tribunal Militar
supl. Suplemento

T

T. Turma
t. tomo

| | |
|-----------|--|
| TA | Tribunal de Alçada (seguida da matéria de competência e da sigla do Estado. p. ex., 2º |
| TACivSP | = Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo) |
| tb. | Também |
| TFR | Tribunal Federal de Recursos |
| Tít. | Título |
| TJ | Tribunal de Justiça (seguida da sigla do Estado; p.ex.,TJRJ = Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) |
| trad. | Tradução; tradutor |
| Trat. | tratado |
| TRF | Tribunal Regional Federal (seguida da região, p. ex.: TRF-2ª) |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho (seguida da região, p. ex.: TRT-1ª) |
| ts. tomos | |
| TSE | Tribunal Superior Eleitoral |
| TST | Tribunal Superior do Trabalho |

U

| | |
|------|-------------------------|
| Ult. | Ulterior; ulteriormente |
| Un. | Unânime; único |

V

| | |
|------|---------------------|
| v. | ver; veja; volume |
| v.g. | <i>verbi gratia</i> |
| vs. | volumes |
| v.u. | votação unânime |

*“Condição para o homem libertar-se da opressão
e desenvolver livremente a sua personalidade
é o conhecimento”*

Platão

*“É, pois, o homem mais comunicativo que qualquer outro animal gregário,
como o grou, a formiga, e a abelha. Isto considerando, diz Salomão no Eclesiaste, IV, 9:
Melhor é ser dois que um, por terem o proveito da mútua sociedade.”*

São Tomás de Aquino

RESUMO

O presente trabalho objetivou reunir dois pontos importantes acerca da defesa dos direitos da personalidade: (i) a responsabilidade dos meios de comunicação e (ii) a concessão da tutela de urgência nos casos de ofensa, quando verificada a conduta ilegal dos instrumentos de mídia. Os direitos de personalidade ainda estão por conquistar seu espaço no direito brasileiro. O Poder Judiciário não se encontra aparelhado para, no tempo certo, coibir a conduta lesiva aos direitos da personalidade, em especial, a imagem. Constatamos que o direito, notadamente o direito brasileiro no que diz respeito à responsabilidade civil, caminha a passos lentos, sempre vislumbrando ao seu final a existência de um dano, como se a questão material fosse a mais importante a ser satisfeita. Constatamos que, por vezes, a reparabilidade das agressões ao direito de personalidade é deixada à margem valorizando-se a reparação pecuniária do dano, como se tudo se resolvesse com “perdas e danos”. Nossos doutrinadores, que se atreveram a comentar os dispositivos sobre a CF, ao tratarem dos direitos de personalidade, pouco, senão nada, falaram sobre ele. Faltou-nos, portanto, o princípio, de modo que estamos partindo claudicante do meio para ao fim. O modelo econômico, que protege o capital, pouco avança no sentido de atribuir a responsabilidade do dano àquele que lucra com o risco, sempre revertendo à vítima a obrigação de apontar onde reside a responsabilidade, em que proporção e qual o “tamanho” do dano. Quando verificado conflito ao direito de expressão e de informação, há que ser aplicada a regra do *balancing of interest*, ou o “juízo da ponderação”¹, merecendo cada caso em concreto a sua devida apreciação, considerando-se os valores sociais, históricos, políticos e culturais. No “juízo de ponderação” há que se confrontar os valores em jogo para decidir, conforme circunstâncias, de modo a que “qual deles” e “em que medida”, poderá ser sacrificado. À adequada defesa dos direitos de personalidade, notadamente quando violados pelos instrumentos de mídia, seria conveniente que a lei condicionasse os instrumento de mídia à demonstração de um interesse superior da comunidade, de modo a prevalecer sobre a intimidade. Há que ser observada a prevalência dos direitos da personalidade, em detrimento do direito à informação e da liberdade de expressão, exceto em situações em que o interesse da coletividade seja superior.

¹. Terminologia citada por Claudio Luiz Bueno Godoy. In: *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 117.

ABSTRACT

This work aimed at bringing together two seminal aspects regarding the defense of personal rights: (i) the responsibility of the mass media and (ii) the adoption of speedy judicial action when illegal behavior by the media has been verified. The effective defense of personal rights has yet to conquer its rightful place in Brazilian law. The Brazilian Judiciary is not up to par to – within an adequate and acceptable timeframe – rein in behavior that may assault personal rights, especially those concerned with the image of the person. We have ascertained that the development of new legal recourses in Brazil, notably those regarding civil liability, progress at a snail's pace, always seeking to determine the occurrence of damage, as if material issues were the most vital at being redressed. We have determined that the award of damages by the courts tend take precedence over redressing the wrongful breach of personal rights, as if damages were the ultimate response to such issues. Pundits and scholars who studied and commented on constitutional mechanisms that deal with personal rights have by and large ignored the heart of the matter. We thus lack legal principles to tackle these questions as they should be tackled, leading us to ignore the generating factors and to sort of hobble through these suits, catching them midway and clumsily laboring toward a final and nearly always vitiated resolution. The damages model, centered on monetary compensation, does little to place the blame on those who violated other's rights and who profited from this, unfairly placing on the alleged victim the responsibility of proving wrongdoing and of assessing the value of the damage he or she suffered. When it is established that there is a conflict between the rights of expression and of those who may suffer libel, the situation begs for the application of the rule of balancing of interest, taking into account social, historical, cultural and political values to determine the seriousness of the offense, if any, and if any of these values should be ignored for the fair and just settlement of the issue. To adequately preserve personal rights, legal provisions should hinge on placing on the media the need to show that community or societal interests do require the violation of personal rights to privacy. Personal rights ought to be considered of a higher order – and thus take precedence – to the rights of free expression and information, except when the dissemination of information otherwise considered private can be shown to be of greater societal importance than the personal right to privacy.

1 - INTRODUÇÃO

A comunicação tem sido, nos últimos anos, se não o mais, um dos meios mais eficientes para a propagação de idéias e divulgação de produtos. Toda peça comercial de publicidade e de propaganda² tem como fim a persuasão do receptor da mensagem, utilizando-se, por vezes, da imagem de pessoas.

Nos casos de publicidade com fim comercial, o objetivo do anunciante é a criação de uma realidade virtual, de forma a incluir o produto anunciado no rol de necessidades do consumidor ainda que distante da realidade deste.

No plano das idéias (políticas e/ou religiosas) a intenção não é diferente, os emissores investem na “tarefa de ganhar adesões como um processo de manipulação de palavras (retórica), sentimentos (ambiente) e experiências (eventos) de forma a conseguir adesões de outros.”³ Pretende, assim como em outros meios, levar o receptor ao convencimento de que a idéia veiculada é, dentre outras, a melhor opção para a vida dele.

No plano da imagem, a comunicação é ultra-seletiva. Ao direcionar a mensagem, lança mão de referências locais, fatos e pessoas, com vista a reforçar a opinião

² Nunes, Luiz Antonio Rizzato escreve que não haveria distinção na utilização de ambos os termos, porque tanto a Constituição como a legislação infra-constitucional tratam ambas as palavras como se fossem sinônimos, portanto, não haveria razão para distinção. Não obstante ao posicionamento do Prof. Luiz Antonio, acreditamos que a diferenciação vocabular se faça necessária em consequência da distinção oriunda de entendimentos doutrinários, quando da promulgação do *CDC*, decorreu-se do rigorismo terminológico, baseando-se no uso que fazem alguns ao utilizarem a expressão “publicidade”, para se referir a atividade do comércio (anúncio de produtos, preços, serviços, etc.) e a expressão “propaganda” para divulgação de idéias política e religiosa. Afigura-nos, portanto, o mais correto tratar ambas as expressões com significados distintos.

³ Kotler, Philip. *Marketing*. 3 ed. . São Paulo: Atlas, 1980, p.383.

de interesse deste ou daquele grupo político, econômico, etc., em outras palavras, associa a mensagem ou o produto à credibilidade da imagem utilizada – o inverso é verdadeiro.

Indiscutivelmente, tanto o plano das idéias quanto o das imagens nasce para o mundo empírico por meio dos instrumentos de mídia. Esta atividade, embora utilizada sob a forma de concessão, tem seu caráter privado, estando, na maior parte das vezes, a serviço deste ou daquele grupo de pessoas, conforme o momento histórico.

Assim, um dos mais graves efeitos dos meios de comunicação social refere-se à manipulação deliberada por aqueles que possuem o controle e o poder de seleção. Daí a *necessidade de regulamentação*, não sob a forma de censura ou com restrições de direitos, mas sob a forma de responsabilização pelo abuso do direito ou por divulgação de notícias inexatas ou falsas.

Nesse sentido, faz-se necessária a criação de mecanismos processuais que cumpram, com eficácia, a preservação de pretensões de direito deste *jaez*, justificando a criação de uma malha legislativa, bem como a discussão nos meios acadêmicos, com o fim de assegurar ao cidadão o respeito às liberdades e garantias individuais, consagradas na Constituição Federal e nas diversas Convenção Internacionais de Direitos Humanos, de forma eficaz e célere.

São Tomás de Aquino, já alardeava a necessidade da intervenção estatal, com o fim de se assegurar a paz na relação entre os administrados: “com-efeito, um navio, que se move para diversos lados pelo impulso dos ventos contrários, não chegaria ao fim de destino, se por indústria do piloto não fosse dirigido ao pôrto; mas tem o homem um

fim, para o qual se ordenam toda a sua vida e ação, porquanto age pelo intelecto, que opera manifestamente em vista do fim.”⁴

Assim, procuraremos evidenciar neste trabalho a necessidade de intervenção estatal, com o fim de regular a atividade da comunicação social, não na sua origem, sob a forma de censura, mas considerando o seu resultado lesivo, de modo rápido e efetivo, com o fim de coibir abusos de direitos na violação ao direito de imagem.

Procuraremos na argumentação abranger todos os instrumentos de mídia, ainda que sob pena de tratarmos os assunto de forma incompleta ou superficial.

Ousaremos, em alguns momentos, emitir opiniões que, sob nossa ótica, serão solucionadoras dos problemas, com o fim de provocar discussões e não esgotar o assunto, sempre valendo-se da doutrina especializada no assunto, bem como na legislação atinente à espécie.

⁴ Aquino, São Tomás de. *Dos Príncipes ao Rei de Cipro*. Rio de Janeiro: ABC, 1937, p. 13-14.

2 - MOTIVAÇÃO

A liberdade de informação (e conseqüentemente a disponibilização dos meios de comunicação) como fonte de obtenção de informações tem se configurado, no decorrer da história, fator importante para o desenvolvimento dos instrumentos de mídia (TV, rádio, internet, jornais, etc.). Não é por outro motivo que está calcada em dois princípios norteadores: i) o de informar e ii) o de ser informado.

Na primeira situação, temos a condição de possibilitar o direito de expressar o pensamento⁵ e informar, na segunda situação, verificamos o direito de assimilar e receber as notícias e as opiniões expressas por alguém⁶.

A cadeia de instrumentos de mídia tornou-se complexa, ocupando espaço crescente na sociedade e influenciando, cada vez mais, nas relações entre as pessoas, de forma que, por esta razão, tem sido objeto constante de positivação através de leis infra-constitucionais e dispositivos insertos nas constituições de diferentes países.

No Brasil, o legislador constitucional criou um capítulo especial no que se refere à Comunicação Social, Capítulo V, artigos de 220 a 224, dispondo o artigo 220:

⁵ Essa situação encontra-se traduzida no inciso IV, do artigo 5º da *CRFB*, assegurando a todo o cidadão o direito à livre manifestação de pensamento, entretanto, o legislador constitucional delimitou este direito à identificação da pessoa que se manifesta e no inciso IX, do mesmo artigo, que trata da liberdade de atividade intelectual, independentemente de censura ou licença.

⁶ Diversos são os incisos do artigo 5º da *CRFB* que se referem ao direito de ser informado e ao acesso à notícia, dentre eles, selecionamos três, a título de exemplo : VIII – privação de direitos por crença religiosa, XIV – assegurado o acesso à informação, X – inviolabilidade do domicílio, vida privada, a honra e a imagem da pessoa, etc .

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

Os dispositivos contidos na Constituição Federal, incontestavelmente, enfatizam a liberdade de expressão, de pensamento e do direito à informação, quer de transmissão, quer de recepção. A censura, ou outra qualquer forma de restrição, seria a negação deste direito.

Ora, se não se admitirá a censura, como controlar então, os instrumentos de mídia que, de alguma forma, abusam desse direito, informando mal ou distorcendo a notícia ou o fato, ou, ainda, valendo-se do poder econômico e de propagação de suas ondas, emitindo opiniões de conveniência de alguém ou de algum grupo.

Situamo-nos na corrente doutrinária que entende que os direitos de personalidade são natos, cuja criação independe de qualquer processo legislativo, permanecendo ao Estado somente, a função de sancioná-los e reconhecê-los, de modo a preservá-lo do arbítrio do Poder Público ou de particulares.⁷

⁷ “Consideram, no entanto, que devam ser incluídos como direitos da personalidade apenas os reconhecidos pelo Estado, que lhes dá força jurídica. Não aceitam, pois, a existência de meros direitos inatos, que constituíram exigências de ordem moral, quando situado o observador no plano do direito positivo. Em conclusão, acentuam que todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo: daí sua delimitação no direito positivo em cada caso. Já os naturalistas, como Limongi França, salientam que os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem. São direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição da pessoa humana. Acentuam que, mesmo a concepção de direitos da personalidade adquiridos – de De Cupis e outros, como o direito moral do autor – não os desnatura, porque há sempre o pressuposto da personalidade natural, da qual, neste caso, a obra é prolongamento ou reflexo.” (Azevedo, Filadelfo. In: Bittar, Carlos Aberto. *Os Direitos da Personalidade*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2003, p.7). Idêntico posicionamento tem Edson Ferreira da Silva ao afirmar que “trata-se, pois, de direito inato, bastando o nascimento com vida para que se reconheça à pessoa humana essa aptidão. No entanto, lembra Daniel Coelho que de nada nos valeria o reconhecimento da condição de pessoas sem a outorga de um mínimo de direito, como o de preservação da vida, que é um pré-direito, uma pré-condição para ao exercício de todos os direitos. Destarte, os assim chamados direitos personalíssimos ou direitos de personalidade são esses direitos que integram a própria noção de pessoa, como a vida, a honra, a

3 - O DIREITO À INFORMAÇÃO DIANTE DE DIVERSOS INSTITUTOS LEGAIS

O tratamento despendido na Constituição Brasileira tem sua razão de ser, considerando-se os diversos regramentos norteadores das leis em todo o mundo. Quando nos referimos a esses “regramentos norteadores” referimo-nos às declarações universais de direitos do Homem, nas quais, invariavelmente, assegurou-se a liberdade de expressão.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, prevê no artigo 11 “ser livre a manifestação do pensamento e opinião como um dos direitos mais precisos do homem, assegurando a todo homem o direito de falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade, pelo qual deverá responder nos casos determinados pela lei”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, traz em seu artigo 18 o direito à liberdade de religião e à consciência e no artigo 19, prevê “liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, as informações e idéias por qualquer meio de expressão”.

integridade física, a imagem, a privacidade, etc. Menciona ser a ordem jurídica que confere aos entes a qualidade de pessoa, dotando-os de personalidade jurídica, ou seja, da virtualidade de ser sujeito de direitos e de obrigações, e que isto de nada valeria se ao mesmo tempo não lhes assegurasse um mínimo de direito como condição indispensável à aquisição de todos os demais direitos; que o sistema atribui juntamente com a personalidade jurídica, é que constitui a categoria dos direitos de personalidade, quais seja, o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra.” Silva, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*, 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.88.

Em igual termo dispôs o *Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos*, no artigo 19, declarando que ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão (...) 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2º do presente artigo *implicará deveres de responsabilidades especiais*⁸. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem entretanto, ser expressamente previstas em lei, e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.”

Há, ainda, a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, de 1950:

(...) derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidad, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones e sanciones previstas por ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para...” “... la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación e de los derechos ajenos, para

⁸ Grifo meu.

impedir la divulgación de informaciones confidenciales o pra garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.⁹

A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, além de reforçar os conceitos já expressos nas declarações universais, agrega no artigo 13 a possibilidade de intervenção do Estado em espetáculos públicos, visando a proteção da moral da família e da criança.

Em uma sucinta análise dos textos das declarações¹⁰, é possível subtrair o entendimento de que a partir da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* – de 1948 – ascendeu-se a preocupação em se assegurar o direito à liberdade de expressão, conjuntamente com o direito de acesso à informação.

Nas Convenções Européia e Americana, transmite-se a idéia de que o direito à liberdade de expressão é concebido a partir do direito à informação, sendo esta integrante daquela.

Subtrai-se ainda que, embora em todas as Convenções esteja assegurado o direito à livre expressão, seja por qual instrumento de mídia for, o certo é que também verifica-se a necessidade de se estabelecer parâmetros delimitativos, quer aqueles

⁹Paz, Jose Carlos Laguna de. *Regimen Jurídico de la television privada*. Madrid: Marical Pons, 1994, p. 121.

¹⁰ Nessa orientação foram promulgadas as Constituições da Itália, em 1947, e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949. A primeira estabelece, dentre seus princípios fundamentais, que a “República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais onde desenvolver a sua personalidade” (art. 2º). A segunda prescreve, logo no seu primeiro artigo (1.1), que a dignidade do homem é intangível e protegê-la é obrigação de todo poder publico. A Constituição Portuguesa, de 1976, dispõe o seguinte: “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar” (art. 26º, 1). A Constituição Espanhola, por seu turno, no art. 18.1, prescreve que “garante-se o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem”.

de forma a cuidar da segurança nacional, quer aqueles em proteção a imagem, a pessoa, a moral.

Embora seja certo que todas as Declarações, recorridas neste capítulo, são, em sua maioria, emanadas dos países do continente Europeu, parece-nos que foi o Direito americano quem deu a maior contribuição, no sentido de assegurar em texto legal a liberdade de livre expressão.

O sistema jurídico norte-americano, no que se refere a liberdade de expressão, está calcado em dois aspectos importantes de sua cultura: i) a estabilidade e respeitabilidade de seu sistema constitucional, em destaque a 1ª Emenda¹¹ e a 14ª Emenda¹² e ii) a liberdade da palavra.

Luis Gustavo Grandinetti, reproduzindo lição de Jorge Miranda, elenca sete elementos de importância do direito norte-americano:

1º) primeiro grande Estado de tipo europeu fora da Europa; 2º) primeira revolução vitoriosa anticolonial mas com contradições raciais; 3º) primeira mais duradoura constituição escrita; 4º) primeiro Estado Federal; 5º) primeiro sistema de governo presidencial com aplicação da doutrina da separação de poderes; 6º) o respeito à sua Constituição, considera um símbolo nacional; e 7º) a respeitabilidade e o prestígio do Poder

¹¹ 1ª Emenda: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

¹² Seção 1 da 14ª Emenda: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State

Judiciário”. E conclui: todas estas razões são dignas, por si, de uma reflexão mais detalhada, mas, juntas, configuram um sistema jurídico único, caracterizador de uma sociedade culturalmente evoluída e democrática, em que pese a persistência de muitas de suas contradições sociais ainda não resolvidas.¹³

A doutrina e a jurisprudência americana sistematizou as situações de ofensa à liberdade de expressão, distinguindo-a em 5 grupos: *defamation intrusion*, *private-facts invasion of privacy false light* e *appropriation invasion of privacy*.¹⁴

Apenas na *defamation* e na *appropriation* não há referência à maneira *altamente ofensiva* (*highly offensive*) da violação; nas demais é indispensável tal prova. A *false light* é a menos relacionada à privacidade; não se baseia na violação de um segredo, mas na falsa impressão criada. Na ação por *private facts* o fato é verdadeiro, contrariamente ao que ocorre na *defamation* e na *false light*, mas mesmo assim não podia ser divulgado por não ser de interesse público.¹⁵

deprive any person of life, liberty or propetu, without due process of law; nor deny to anu person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

¹³ Grandinetti, Luis Gustavo. *Manual de Direito Constitucional*. Apud *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. São Paulo: Renovar, 1998, p.252.

¹⁴ “*Defamation* é a difamação: a afirmação mentirosa que viola o bom nome da pessoa. Sua base é a dignidade da pessoa. Inclui as noções de *libel* e *slander*. *Libel* é a *defamation* feita por escrito ou qualquer outra forma não efêmera. *Slander* é a *defamation* irrogada de modo efêmero, oralmente. Adotando um conceito mais sintético, depois de examinar várias definições, *Kenneth P. Norwick* e *Jerry Simon Chasen* definiram-na como uma afirmação tendente a injuriar a reputação alheia. *Intrusion* é a intromissão física ou por qualquer outro meio, intencional, na solidão ou isolamento de outrem, ou em seus assuntos privados, de maneira altamente ofensiva para uma pessoa razoável (homem médio). *Private-facts invasion of privacy* consiste na divulgação de informação privada, que não seja do legítimo interesse do público, de maneira altamente ofensiva. *False light invasion of privacy* consiste na divulgação de uma falsa impressão de outrem de maneira altamente ofensiva, de acordo com a definição de Ellen Alderman e Caroline Kennedy. Já *Norwick* e *Chasen* adotam o conceito: “submeter publicamente alguém a um falsa impressão de maneira altamente ofensiva para uma pessoa razoável ou para uma pessoa de sensibilidade normal”. *Appropriation invasion of privacy* é o uso não autorizado do nome, da forma ou da imagem de outrem com o fim de obter uma vantagem. *Norwick* e *Chasen* aludem a um benefício comercial”. Grandinetti, Luis Gustavo. *Op.cit.*, p. 263-264.

¹⁵ *Ibidem*. p. 264.

Assim, ainda que o direito norte-americano, em alguns casos, mostre-se falho ou inerte, o certo é que se obteve naquele país uma ingerência estatal no direito de expressão, sem contudo suprimi-lo das garantias e liberdade individuais¹⁶.

O direito à informação, enquanto direito constitucionalmente assegurado, não pode ser confundido com a satisfação da curiosidade do público que alimenta, não raro, os altos índices de audiência. Tampouco esse direito pode justificar as ações de uma determinada vertente da mídia, a qual não se furta em relacionar os acontecimentos noticiados com a vida privada de cidadãos, que muitas vezes sequer encontram-se diretamente envolvidos nos fatos divulgados.

De certa forma, toda informação tem alguma utilidade, na medida em que contribui para que conheçamos mais da realidade a nossa volta, sobre o padrão ético da sociedade em que vivemos. As condutas boas ou más das outras pessoas no suscitam reflexões e contribuem para o nosso aprendizado. De algum forma, enriquecemo-nos também com as experiências alheias.¹⁷

¹⁶ Um caso que envolve essa questão e que tornou-se bastante popular, tanto nos EUA quanto no Brasil, foi o da charge, publicada em uma das revistas de Lary Flint (Hustler Magazine), que mostrava o reverendo Falwell mantendo relações sexuais com a sua mãe. O episódio transformou-se, inclusive em filme, divulgado no Brasil com o título *O Estado contra Lary Flint*.

Tal como demonstra o filme, a Suprema Corte norte americana entendeu pela inexistência da *defamation*, posto que o desenho não constituía uma atribuição de fato (“*could not reasonably have been interpreted as stating actual facts about the public figure involved*”), mas assegurou o direito à indenização, caso assim pretendesse o Reverendo, em razão do sofrimento emocional intencionalmente provocado.

¹⁷ Silva, Edson Ferreira da. *Op. cit.*, p. 88.

Há que se verificar o grau de utilidade da informação, de modo a ser possível mostrar a conciliação entre o interesse geral e a preservação do direito da personalidade.

Essa definição de parâmetros do direito à liberdade de expressão é função inerente ao Estado, enquanto agente regulador e pacificador das relações entre as pessoas.

4 - INTERVENÇÃO ESTATAL COM FINS DE DELIMITAÇÃO DE DIREITOS E NÃO CENSURA

Conforme já argumentamos, os regramentos norteadores do direito à informação e à livre expressão, seja por qual instrumento de mídia for, acentua a necessidade de se identificar parâmetros reguladores ao que denominamos *direitos alheios: intimidade, imagem, reputação, moral, etc.*

Nesse sentido, vislumbramos nas medidas de urgência, notadamente aquela prevista no artigo 461/CPC, a forma eficaz, se observados os princípios da legalidade e do devido processo legal de se delimitar o campo de atuação dos meios de comunicação de massa.

Isso se mostra fundamental, na medida em que os instrumentos de mídia hoje estão se propagando acelerada e globalizadamente, ou seja, as informações atingem o receptor com velocidade e proporção territorial inimagináveis. Basta citarmos como exemplo a internet, por meio da qual a divulgação de uma determinada informação atravessa o mundo em segundos.

É certo que na televisão os índices de audiência e, conseqüentemente, a abrangência de espectadores medida por esses índices, possibilitam uma projeção de alcance das mensagens veiculadas. Apesar disso, podemos afirmar que sendo divulgada uma informação inverídica, sua eventual retratação, difundida em outro

horário que não aquele da informação original, ainda que propagada em tempo igual à da ofensa, não terá força de reparação¹⁸.

Em consequência disso, defendemos a necessidade da regulamentação estatal no exercício dos meios de comunicação de massa, não sem reservas, pois, como nos mostra a história, a intervenção estatal nas mídias corre em estreito paralelo com o que chamamos de *censura*. A censura, própria dos regimes autoritários, põe os instrumentos de mídia a serviço de seus interesses.

Resta-nos ainda uma pergunta sobre as tendências no poder de seleção das notícias: quem realiza esta seleção? Responder a esta pergunta coloca em evidência que quem controla a informação possui em suas mãos uma força de influência que chega a ser sem limites. Vale lembrar, com razão, como a imprensa escrita chegou a ser chamada de o “quarto poder” de uma nação. Que se pode dizer hoje do poder imenso persuasivo da televisão ?¹⁹

Resta esclarecer, entretanto, que, a seleção de notícia e o direcionamento da informação não são privilégios apenas de regimes autoritários, mas também, se dá, sob a forma mais daninha, nos regimes democráticos.

Desta maneira chegamos às seguintes conclusões: se as pessoas se comunicam mal, vivem mal. Aquele que é isolado pelos meios de comunicação, é excluído

¹⁸ O conceito de reparação, indenizabilidade e ressarcimento será objeto de nossos comentários mais adiante, especificamente no capítulo 10.

¹⁹ Casado, Alfredo. *Os Meios de Comunicação Social* – e sua influência sobre o indivíduo e a sociedade. São Paulo: Cidade Nova, 1987, p. 19-20.

e condenando ao ostracismo social. Quem usa do poder da informação para alienar o indivíduo da realidade; quem utiliza a notícia com objetivo de entorpecer e narcotizar os vários grupos sociais, comete um pecado de mentalização unidirecional e atenta contra a liberdade da pessoa e contra seu direito de ser bem informado.

A má utilização da informação, tratada por diversos especialistas das mais diferentes áreas, vem reforçar a necessidade da delimitação de parâmetros à atuação dos instrumentos de mídia, já que a disseminação da cultura de massa, não raramente, é posta a serviço deste ou daquele interesse individual.

Freqüentemente, em nossa atualidade, encontramos uma multidão de pessoas consideradas consumidoras, que adotam modos de vida segundo regras ditadas pelos instrumentos de mídia. Em virtude de “alimentarem” e serem “nutridas” por aqueles que detêm os instrumentos de mídia, essas pessoas poderiam ser definidas como “homens e mulheres de massa”.

Assim, corroborando o argumento de Cassado²⁰ acerca do poder alienante dos meios de comunicação de massa, consideramos imperioso o estabelecimento de mecanismos de punição, penal ou de responsabilidade civil, aos infratores dos princípios fundamentais definidos nas tantas declarações universais se verificado o exercício abusivo do direito.

É o Estado que “deve assegurar a livre expressão sob uma nova dimensão participativa e pluralista, visando o aperfeiçoamento da democracia, fundada não

²⁰ *Ibidem.*

apenas na liberdade, mas nos seus valores fundamentais de igualdade e dignidade da pessoa humana.”²¹

Hoje, para lançar uma idéia ao debate público é preciso mais do que a simples liberdade de não ser impedido de manifestar de manifestar a opinião, sendo necessário o suporte de algum meio de comunicação social, nem sempre disposto a divulgar idéias eventualmente contrárias às de seu próprio grupo²².

Portanto, há que existir uma efetiva intervenção estatal, *não sob a forma de censura*, mas valendo-se de mecanismos eficazes e efetivos de definição de responsabilidade dos instrumentos de mídia, de forma a reparar, indenizar ou ressarcir eventuais danos provocados a terceiros, que venham a ter seus direitos ofendidos por informações ou opiniões veiculadas.

²¹ Fontes Jr., João Bosco Araújo. *Liberdade e Limites na Atividade de Rádio e Televisão*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 43.

²² *Ibidem*. p. 42

5 - LIBERDADE DE PENSAMENTO E EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO X DIREITO DE IMAGEM, DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO À HONRA

A liberdade de pensamento divide-se em duas concepções: i) “atividade intelectual íntima e impenetrável, própria dos seres racionais e ii) aquela que a entende enquanto liberdade de convicção, geralmente ligada à liberdade de crença religiosa”²³.

Em outras palavras, liberdade de pensamento se traduz em duas instâncias: a primeira diz respeito à sua capacidade de pensar e formar opinião sobre um determinado fato da vida, e a segunda na possibilidade de exteriorização deste pensamento através de palavras, sinais ou imagens, que nada mais são do que a expressão do pensamento.

Obviamente a capacidade de pensar e de formar opinião é fruto de um processo de subsunção de valores àquele fato em foco, ou seja, um fato apenas poderá ter diferentes análises e conclusões, se e quando focados por indivíduos distintos, posto que possuidores de valores distintos.

Essa formatação de valores é resultado, pois, do conteúdo de informações e vivência próprias de cada indivíduo.

Pontes de Miranda escreve que “é pela liberdade da ‘psique’ que começam as liberdades, se queremos considerá-las quanto à sua importância humana. Se não pode pensar e julgar com liberdade, que se há de entender por liberdade de ir, ficar e

²³ *Ibidem*, p. 44.

vir, de fazer e não fazer. Se falta liberdade de pensamento, todas as outras liberdades humanas estão sacrificadas, desde os fundamentos. Foram os alicerces mesmos que cederam. Todo o edifício tem de ruir e, se consultamos a história, saberemos quanto é recente a liberdade de pensamento”.²⁴

Pode parecer, num primeiro momento, que somente a manifestação concreta do pensamento mereceria guarida do direito, entretanto, entendemos que ambas as situações - liberdade de pensamento e liberdade de manifestação - merecem tratamento no mundo jurídico²⁵.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido. STJ – Recurso Especial nº 355392/RJ – 3ª Turma – J. 26/03/2002 – Rel. Min. Nancy Adrighi – *Dano moral. Reparação. Critérios para fixação do valor. Condenação anterior, em quantia menor*. Por outro lado, a proibição de publicação de notícias contraria a Lei de Imprensa na decisão que proíbe o semanário de publicar quaisquer notícias envolvendo o nome da empresa autora, referida em anterior edição como sendo participante de negócios bancários fraudulentos. Art. 1º da Lei de Imprensa. Recurso conhecido e provido. STJ – Recurso Especial nº 316333/SE – 4ª Turma – J. 18/09/2001 – rel. Min. Ruy Rosado - IMPRENSA. Esse impasse seria solucionado com a promulgação de um lei específica, regulando a responsabilidade civil, em caso de violação de direito, no exercício da liberdade de expressão. Essa lei, mais específica, haveria de ser aplicada em detrimento da norma genérica do artigo 159 do Código Civil, dando possibilidade ao ofendido de obter reparação de quem fez as declarações ao jornal ou concedeu a entrevista, não estando adstrito a buscá-la exclusivamente junto a quem as divulgou. Súmula 221. STJ – Recurso Especial nº 172100/DF – 3ª Turma – J. 01/06/2000 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro - Danos morais. Lei de imprensa. Direito comum. Legitimidade passiva. Existindo STJ - Habeas Corpus nº 15155/RS – 5ª Turma – J. 18/12/2001 – Rel. Min. Gilson Dipp - CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PRÁTICA DE RACISMO. EDIÇÃO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDÉIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATÓRIAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO Habeas Corpus DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SE TRATAR DE PRÁTICA DE RACISMO, OU NÃO. ARGUMENTO DE QUE OS JUDEUS NÃO SERIAM RAÇA. SENTIDO DO TERMO E DAS AFIRMAÇÕES FEITAS NO ACÓRDÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. RACISMO QUE NÃO PODE SER ABSTRAÍDO. PRÁTICA, INCITAÇÃO E INDUZIMENTO QUE NÃO DEVEM SER DIFERENCIADOS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE RACISMO. CRIME FORMAL. IMPRESCRITIBILIDADE QUE NÃO PODE SER AFASTADA. ORDEM DENEGADA. I. O é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito - se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito do judeus - se os mesmos seriam raça, ou não - tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois

A primeira, estaria adstrita ao direito à informação. Ora, a informação é primordial formação da convicção do indivíduo, por conseguinte sua opinião, que, poderá ou não, ser externada. Assim, se a notícia é falsa, influenciará no modo de pensar do indivíduo. Portanto, a notícia tem que ser verdadeira, de modo a proporcionar a formação de uma opinião livre e esclarecida. Nesse sentido é que se justifica a confecção de regras punitivas àqueles que difundem notícias falsas²⁶.

seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o julgador da instância ordinária efetivamente "quis dizer" nesta ou naquela afirmação feita no *decisum* II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta. III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração. IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado. V. Ordem denegada.

STJ – Habeas Corpus nº 15226/SP – 6ª Turma – J. 04/10/2001 – Rel. Min. Hamilton Carvalhido - HABEAS CORPUS. CRIME DE DIFAMAÇÃO. IDENTIDADE DE FATO. DECISÕES CONFLITANTES. IMUNIDADE PARLAMENTAR. CARACTERIZAÇÃO. 1. A continência, de que é expressão o concurso formal de delitos, é fato processual que determina a unidade de processo ou pelo menos de julgamento, obrigatoriamente, salvo quando a unidade se faça impossível. 2. A possibilidade da unificação das penas em sede de execução, prevista no artigo 82 do Código de Processo Penal, não pode e não deve ser invocada como razão jurídica a autorizar a inobservância do mandamento legal da unidade do processo e julgamento, nos casos de continência (artigo 79 do Código de Processo Penal), mormente quando conseqüencializa [*sic*], à luz de decisão antagônica, irremediável prejuízo ao réu. 3. Certamente, tal unidade de processo não se oferece ao talante da Acusação Pública, que tem o dever de oferecer denúncia obediente ao efeito processual da continência. 4. Resultando irrecuperável prejuízo ao paciente, deve prevalecer, em obséquio dos direitos da pessoa humana, sobretudo do direito à liberdade, o *decisum* absolutório, na força da manifesta nulidade que grava o decreto condenatório, pela violação das regras insculpidas nos artigos 77, inciso II e 79 do Código de Processo Penal, que obrigam a unidade do processo. 5. Ordem concedida.

²⁶ O significado de "falso" (datado do séc. XIII -cf. FichIVPM) caracteriza o que é: **1** contrário à realidade ou à verdade; inexato, sem fundamento; algo **2** em que há mentira, fingimento, dolo; **3** que não é verdadeiro; fictício, enganoso; aquele é **3.1** impostor; aquilo **4** que é feito à semelhança ou à imitação do verdadeiro; falsificado; o que é **5** aparente, enganoso; **6** aquilo que é falso. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: 2001, p. 156. Portanto, aquilo que é falso pode ser compreendido como uma distorção da realidade, algo infundado, inexato, em que há mentira, mesmo se valendo do relato de um fato, em parte, verdadeiro. Incluímos esse procedimento no rol de fatos falsos, juntamente, apesar de diferenciada, daquele fato totalmente falso, ou seja, que nunca existiu.

Portanto, o cidadão tem direito à boa e correta informação e, ao Estado cabe zelar pela veiculação desta modalidade de informação²⁷.

São Tomás de Aquino²⁸ escreve:

De fato, se é a bem-aventurança prêmio da virtude, lógico é o dever-se, à virtude maior, maior grau de beatitude. Ora, é virtude precípua aquela pela qual pode um homem dirigir não só a si-mesmo, senão também aos outros; e tanto mais, quanto mais coisas rege; pois, ainda quanto à virtude corporal, tanto mais virtuoso (*) se reputa a alguém, quanto mais pessoas pode vencer ou mais pesos levantar. Assim, pois, maior virtude se requer para governar a família doméstica do que para governar-se a si-mesmo, e muito mais para o governo da cidade e do reino. Pelo que é virtude excelente o exercer bem o ofício régio; daí se lhe deve o prêmio excelente na bem-aventurança.

Portanto, a virtude de bem dirigir a muitos, merece galardão maior daquela de apenas dirigir-se, esta, pois, a função do Estado²⁹.

²⁷ Resolução sobre a liberdade jornalística e os *Direitos do Homem*, adotada em 1994 pela 4ª Conferência Ministerial Européia sobre a política das comunicações de massa: 1) o respeito do direito do público a ser informado de maneira exata sobre os fatos e os acontecimentos; 2) a lealdade na obtenção das informações, 3) a apresentação leal das informações, comentários e críticas de modo a evitar particularmente os atentados injustificado à vida privada, a difamação e as acusações infundadas, 4) a retificação da informação publicada ou difundida que se revelar gravemente inexata e o segredo das fontes. In: Seminário: *Justiça e Comunicação Social*. Ministério da Justiça.: Lisboa, 1996, p. 87.

²⁸ Aquino, São Tomás de. *Op. cit.*

²⁹ STJ – *Habeas Corpus* nº 20189/SP – 5ª Turma – J. 10/12/2002 – Rel. Min. Gilson Dipp - CRIMINAL. HC. DIFAMAÇÃO. IMPRENSA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO INFERIOR A SEIS MESES. ORDEM CONCEDIDA. Não se pode substituir pena privativa de liberdade, fixada em 03 (três) meses de detenção, por prestação de serviços à comunidade, tendo em vista que esta somente é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade. Deve ser anulada a sentença de primeiro grau somente no que tange à substituição da pena privativa de liberdade, a fim de que outra decisão seja proferida, mantendo-se a condenação. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.

O Direito à imagem, à honra e à privacidade estão contido nos Direitos da Personalidade³⁰, que “seria o conjunto de caracteres da própria pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradia, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens”³¹.

Assim, os direitos à preservação da imagem, da privacidade, da honra, entre outros, irradiam da personalidade do cidadão, essenciais à pessoa humana,

STJ – *Habeas Corpus* nº 12667/SP – 5ª Turma – J. 13/02/2001 – Rel. Min. Jose Arnaldo da Fonseca - A queixa-crime, em razão de ofensas à honra veiculada em programa radiofônico, não precisa vir acompanhada da fita magnética. Hipótese em que não se exige sequer a notificação, dado ao fato de a fita já se encontrar em poder da autoridade policial. É cabível a aplicação do princípio da fungibilidade para permitir o conhecimento de recurso erroneamente interposto da decisão que tranca o inquérito policial relativo a crime de imprensa. A impossibilidade de formação do litisconsórcio determinado pelo acórdão não é fato impeditivo de trâmite da ação penal privada. Não constitui crime contra a honra a crítica dirigida a um Vereador, por seu adversário, em programa radiofônico que tinha como único tema a atuação política daquele." Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.

STJ – Recurso Especial nº 439584/SP – 3ª Turma – J. 15/10/2002 – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes - Liberdade de informação e direito à honra, à dignidade, à intimidade, à vida privada: artigos 5º, X, e 220 da Constituição Federal. Plano constitucional. Art. 1º da Lei nº 5.250/67. Valor do dano moral. 1. Está no plano constitucional decidir sobre o balanceamento entre o direito à honra, à dignidade, à intimidade, à vida privada, e à liberdade de informação, com a interpretação dos artigos 5º, X, e 220 da Constituição Federal. Tal questão, sem dúvida, é relevante neste trânsito da vida republicana e compete ao Supremo Tribunal Federal decidi-la. 2. Não se revê nesta Corte o valor do dano moral quando a fixação não configura exorbitância, exagero, despropósito, falta de razoabilidade ou insignificância, o que não existe no presente feito. 3. Para os efeitos do art. 1º da Lei de Imprensa, o abuso, no plano infraconstitucional, está na falta de veracidade das afirmações veiculadas, capazes de gerar indignação, manchando a honra do ofendido. Neste feito, o Acórdão recorrido afastou as acusações formuladas do contexto do tema tratado nos artigos escritos pelo réu e identificou a ausência de veracidade das afirmações. O interesse público, em nenhum momento, nos casos como o dos autos, pode autorizar a ofensa ao direito à honra, à dignidade, à vida privada, à intimidade da pessoa humana. 4. Recursos especiais não conhecidos.

³⁰ “Finalmente, com o Iluminismo e o Liberalismo dos séculos XVIII e XIX, os direitos da personalidade se firmaram, considerando o homem como ser dotado de razão e de dignidade, que a autodetermina. Essa autodeterminação passou a ser corolário de um então absoluto poder de sua vontade individual, ou de deliberação sobre os destinos da própria existência (*ius in se ipsum*), resultado da crítica iluminista às limitações do indivíduo, sobretudo ditadas pelos valores religiosos da Idade Média,. Solidifica-se ainda o entendimento de que o homem é o centro da ordenação social, ao mesmo tempo em que seus direitos da personalidade vão sendo levados às legislações então ditadas, garantido-se sua tutela mesmo diante do Estado”. Godoy, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 20-21.

³¹ Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, p. 81, V.1.

sendo tratados como direitos absolutos³², cujo objetivo é resguardar a dignidade da pessoa, preservando-a de ofensas advindas de outros, notadamente, quando o meio é o instrumento de mídia³³.

Em resumo, os direitos da personalidade são aqueles essenciais à pessoa, inerentes ao homem e, em princípio, extra-patrimoniais, cuja defesa é imprescindível ao respeito à personalidade.

5.1 - Direito à honra

O direito à honra emana do direito “da personalidade do homem, de sua condição humana mesmo, que supõe não só um elemento corpóreo, como também, ao que já visto, um componente espiritual, revelado pela dignidade que se lhe reconhece, a honra compreende, em seu significado, noções como a da auto-estima, da consideração, mas também da boa fama, do bom nome, da reputação que ao indivíduo se atribui”³⁴.

O direito à honra é “inerente à natureza humana e ao mais profundo do seu interior (o reduto da dignidade), a honra acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda a vida e mesmo depois da morte”. O reconhecimento do direito a honra “prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus ambientes familiar, profissional, comercial, ou outros. Alcança, também, o sentimento

³²Gomes, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.168, V.1.

³³ “L’article 378 bis du Code pénal prohibe la publication et la diffusion par tous médias de tous textes, dessins, photographies ou images de nature à révéler l’identité des victimes d’attentats à la pudeur et de viol, sauf accord des dites victimes ou demande du magistrat chargé de l’instruction. Aucun autre type de victimes ne bénéficie actuellement, de garanties spécifiques similaires, quand bien même le besoin s’en sentir eu égard

peçoal de estima, ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva), de que separamos, no entanto, os conceitos de dignidade e de decoro, que integram, em nosso entender, o direito ao respeito, ou seja, a modalidade especial de direito da personalidade apartada do âmbito geral da honra (que na doutrina, vem, em geral, contemplada no mesmo conjunto).”³⁵

A honra é um dos sentimentos mais apreciados da personalidade, está radicada na dignidade da própria pessoa humana, independente de raça, cor, credo, classe social. A honra tem seus reflexos naquilo que o indivíduo pensa de si mesmo (honra subjetiva) e naquilo que os outros consideram da pessoa humana (honra objetiva), em outras palavras, a honra subjetiva é o sentimento que a própria pessoa tem de si mesma enquanto a honra objetiva é o conceito que esta pessoa goza em sua comunidade.

O bem protegido é a reputação do indivíduo, ou a consideração social a cada pessoa devida, quer perante seus pares, quer para consigo, de modo a preservar a paz na coletividade.

A violação ao direito à honra pode ser direta ou dissimulada, “mas perceptível a por terceiros (como inclusive em romance, ou em narrativa romanceada, ou por cinema, por televisão, por teatro, ou outro meio: assim, a imputação de fatos, sem designação da pessoa, mas não conforme à realidade, que produza modificação em seu conceito, na família e na coletividade; a divulgação entremeada com revelação de identidade, ou insinuação e a identificação de certa personagem de conto, de nove”³⁶.

aux excès de sensationnalisme de certains médias”. (Jongen, François. Artigo: *Médias et Justice em Belgique*. In: Seminário: *Justiça e Comunicação Social*. Ministério da Justiça: Lisboa, 1996, p. 73

³⁴ Godoy, Claudio Luiz Bueno de. *Op.cit.*, p. 38.

³⁵ Bittar, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 133.

³⁶ *Ibidem*, p. 134.

A violação, em regra, altera o conceito do ofendido perante a sociedade, de modo a provocar humilhação, constrangimento, vergonha, baixa estima, etc., por vezes refletindo no patrimônio, por exemplo: abalo de crédito, abalo do conceito profissional, temeridade quanto ao caráter, etc.

A necessidade de proteção decorre, quando se dá a violação via instrumentos de mídia, notadamente, pelo fato de que a opinião pública é muito sensível a notícias negativas, carecendo de pronta atuação de modo a inibir sua perpetuação na opinião comum.

Destaque-se neste momento, que o direito à proteção à honra de pessoa falecida não se transmite aos seus herdeiros, que, assim, agindo em sua tutela, o fazem por direito próprio³⁷, assim como os demais direitos da personalidade.

5.2 - Direito à imagem

Para Walter Moraes³⁸ “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é *imagem* para o Direito. A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e

³⁷ “Os direitos da personalidade não se transmitem sequer *mortis causa*, embora gozem de proteção depois da mortes de seu titular. São legitimados a requerê-los o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente próximo, aos quais simplesmente se comunicam, e não os herdeiros chamados à sucessão” Alves, Moreira. *A parte geral do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 72.

³⁸ Moraes, Walter. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: RT, p. 64-65. *Apud* Edilson Pereira de Farias. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p.148.

máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fotografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade”.³⁹

Portanto, segundo Walter Moraes, o direito à preservação da imagem consiste na capacidade da pessoa dispor de sua aparência, indo além da mera representação visual, como mencionado acima.^{40 41}

³⁹ STJ – Recurso Especial nº 58.101-SP – 4ª Turma – J. 16/09/1997 – rel.: Min. Cesar Asfor Rocha: A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam.

STJ – Agravo de Instrumento nº 141.987-SP – 3ª Turma – J. 15/12/1997 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro: “I – O direito de arena é uma exceção ao direito de imagem, e deve ser interpretado restritivamente. A utilização com intuito comercial da imagem do atleta fora do contexto do evento esportivo não está por ele autorizado. Dever de indenizar que se impõe”.

STJ – Recurso Especial nº 45.305-SP – 4º Turma – J. 02/09/1999- rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira: “I – O direito à imagem constitui um direito de personalidade, de caráter personalíssimo, protegendo do interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em proteção à sua vida privada. II – Na vertente patrimonial o direito à imagem opõe-se à exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais. III – A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. IV – Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo que se cogitar prova da existência de prejuízo ou dano. Em outras palavras, o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral”.

STJ – Recurso Especial nº 74.473-RJ – 4ª Turma – J. 25/02/1999 – rel. Salvo de Figueiredo Teixeira: “I – O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II – O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extra-patrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. III – Na vertente patrimonial o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais. IV – A utilização da imagem de atleta mundialmente conhecido, com fins econômicos, sem a devida autorização do titular, constitui locupletamento indevido ensejando a indenização, sendo legítima a pretensão dos seus sucessores.”

⁴⁰ Todavia, no Brasil, é comum observar-se o lamentável espetáculo de pessoas apontadas como autoras de infrações à lei procurando desesperadamente fugir das câmeras de televisão ou detentos coagidos para ser filmados nas celas das delegacias de polícia. Verifica-se semelhante procedimento vexatório na imprensa escrita, principalmente em jornais que estampam em suas páginas policiais fotografias de “criminosos” às vezes seminus. Porém, fotografar ou filmar pessoas detidas ou suspeitas de perpetrarem infrações à lei, sem o consentimento das mesmas, além de constituir violação do direito à imagem daquelas pessoas, expõe ainda à execração pública cidadãos que geralmente não foram julgados e condenados por sentença transitada em julgada, sendo, pois, presumivelmente inocentes (CF, art. 5º, LVII).” Farias, Edmilsom Pereira de. *Op.cit.*, p. 155.

⁴¹ STJ – Recurso Especial nº RESP 330933/RS – 3ª Turma – J. 23/04/2002 – Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes - Direito à imagem. Não incidência da Lei de Imprensa. Precedentes da Corte. 1. Já assentou a Corte que o direito à imagem, que pode ensejar reparação autônoma, não se configura como delito de imprensa, estando fora do alcance da Lei nº 5.250/67. 2. Recurso especial conhecido e provido.

STJ – Recurso Especial nº 230268/SP – 3ª Turma – J. 13/03/2001 – Rel.: Min.: Antonio de Padua Ribeiro - Dano moral. Direito à imagem. Fotografias usadas em publicação comercial não autorizada. I - O uso de imagem para fins publicitários, sem autorização, pode caracterizar dano moral se a exposição é feita de forma vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada. A publicação das fotografias depois do prazo

contratado e a vinculação em encartes publicitários e em revistas estrangeiras sem autorização não enseja danos morais, mas danos materiais. II - Recurso especial conhecido, mas desprovido.

STJ – Recurso Especial nº 270730/RJ – 3ª Turma - J. 19/12/2000 – Rel.: Min.: Carlos Alberto Menezes - Recurso Especial. Direito Processual Civil e Direito Civil. Publicação não autorizada de foto integrante de ensaio fotográfico contratado com revista especializada. Dano moral. Configuração. - É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios. - Tem o condão de violar o decoro, a exibição de imagem nua em publicação diversa daquela com quem se contratou, acarretando alcance também diverso, quando a vontade da pessoa que teve sua imagem exposta era a de exibi-la em ensaio fotográfico publicado em revista especializada, destinada a público seletivo. - A publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da pessoa exposta, na medida em que experimenta o vexame de descumprir contrato em que se obrigou à exclusividade das fotos. - A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento.

STJ – Recurso Especial nº 74587/SP – 4ª Turma - J. 14/12/2000 – Rel.: Min.: Barros Monteiro - Inexistência de contrariedade aos arts. 128 e 460 do CPC. - Dissonância interpretativa não aperfeiçoada em relação aos temas remanescentes: necessidade de comprovação do dano moral e prescindibilidade da liquidação por arbitramento quanto ao dano material. Recurso especial não conhecido.

STJ – Recurso Especial nº 268660/RJ – 4ª Turma – J. 21/11/2000 – rel.; Min.: Cesar Asfor Rocha - 1. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo. 2. A discussão nos embargos infringentes deve ficar adstrita única e exclusivamente à divergência que lhe deu ensejo. 3. Ao alegar ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil o recorrente deve especificar as omissões e contradições que viciariam o aresto atacado, sob pena de inviabilizar o conhecimento do recurso especial. Ademais, na hipótese, o acórdão dos aclaratórios não contém esses vícios. 4. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula nº 7/STJ). 5. Sem demonstração analítica do dissídio, não se conhece do recurso especial pela letra "c". Recursos não conhecidos.

STJ – Recurso especial nº 267529/RJ – 4ª Turma – J. 03/10/2000 – rel.: Min.: Salvo de Figueiredo Teixeira - I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extra patrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. V - A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. VI - Diante dos fatos da causa, tem-se por exacerbada a indenização arbitrada na origem. VII - Calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial resta considerada. VIII - No recurso especial não é permitido o reexame de provas, a teor do enunciado no. 7 da súmula/STJ.

STJ – Recurso especial nº RESP 181400/SP – 4ª Turma – J. 06/06/2000 – Rel.: Min.: Aldir Passarinho Junior - I. O pedido de indenização por dano moral calcado no art. 5º o, inciso X, da Carta de 1988, em face de

Carlos Alberto Bittar escreve que o direito à imagem “consiste no direito que a pessoa tem sobre sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade.”⁴² Para esse autor, o direito à proteção da imagem abrange toda a conformação física da pessoa, inclusive o conjunto de caracteres que a identificam no meio social, *ex vi* um modo de falar, um sinal de nascença, etc., sendo a imagem o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa de forma significativa.⁴³

violação a direito de imagem, não se confunde com o delito de imprensa previsto na Lei n. 5.250/67, sendo, por tal razão, também inaplicável o prazo decadencial nela previsto. II. Recurso especial não conhecido.

STJ – Recurso Especial nº 182977/PR – 4ª Turma – J. 23/05/2000 – Rel.: Min. Salvo de Figueiredo Teixeira - I - O direito à imagem constitui direito personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação de sua imagem, em proteção à sua vida privada. A legitimidade ativa, portanto, é da própria pessoa que teve sua imagem indevidamente veiculada, que em juízo pode ser representada ou assistida por quem de direito. II - Não obstante a deficiência técnica na redação da petição inicial, depreende-se dos autos que o autor da ação indenizatória é o menor, estando o pai apenas como assistente, não se justificando, assim, a extinção do processo por ilegitimidade ativa, em obséquio ao formalismo que o processo contemporâneo repudia. III - O processo contemporâneo há muito que repudia o formalismo exacerbado, recomendando o aproveitamento dos atos sanáveis, adotando a regra retratada no brocardo *pas de nullité sans grief*. E já pertence ao anedotário da história processual a nulidade declarada tão só pelo uso da palavra *vitis* (videira) em vez da palavra *arbor* (árvore).

STJ – Recurso Especial nº 230306/RJ – 4ª Turma – J. 18/05/2000 – Rel.: min. Salvo de Figueiredo Teixeira - I - O direito à imagem objetiva proteger o interesse da pessoa de opor-se à divulgação de sua imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. II - Assentado pelo acórdão impugnado, diante da análise do acervo fático-probatório dos autos e da interpretação do contrato de 'licença para uso de imagem' firmado pelas partes, que não houve o uso indevido da imagem da autora, uma vez que ela livremente e de forma expressa concordou com a publicação das suas fotos, e não tendo sido provado qualquer vício no mencionado contrato, a pretensão recursal a sustentar o contrário encontra óbice nos enunciados 5 e 7 da súmula/STJ. II - Ajuizada a ação de indenização com base no uso indevido da imagem, e não no inadimplemento contratual, desnecessário perquirir-se a respeito da existência da quitação.

STF – REExt nº 91.328-9-SP – 2ª Turma – J. 02/10/1981 – Rel. Djaci Falcão: não Há restrição, se de que espécie for, a defesa do direito de imagem, considerando-o “inato”, assegurando tutela autônoma a sua defesa.

⁴² Bittar, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p.94.

⁴³ STJ – Recurso Especial nº RESP 315908/SP – 4ª Turma – J. 28/08/2001 – Rel.: Aldir Passarinho Junior - CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VEICULAÇÃO DE IMAGEM NÃO AUTORIZADA. USO INDEVIDO DE IMAGEM. DANOS MORAIS. PREVISÃO CONSTITUCIONAL NOVA. LEI DE IMPRENSA, ARTS. 12 E 56. INAPLICABILIDADE. DECADÊNCIA AFASTADA. I. O pedido de indenização por danos morais, em face de violação a direito de imagem, não se confunde com o delito de imprensa previsto na Lei n. 5.250/67, sendo, por tal razão, também inaplicável o prazo decadencial nela previsto. II. Recurso conhecido, mas improvido.

STJ – Recurso Especial RESP 86109/SP – 4ª Turma – J. 28/06/2001 – Rel.: Min. Barros Monteiro - A utilização da imagem da pessoa, com fins econômicos, sem a sua autorização ou do sucessor, constitui locupletamento indevido, a ensejar a devida reparação. - Não demonstração pelo recorrente de que a foto caiu no domínio público, de acordo com as regras inseridas no art. 42 e seus parágrafos da Lei nº 5.988, de 14.12.73. - Improcedência da denunciação da lide à falta do direito de regresso contra a litisdenunciada. Recurso especial não conhecido.

O direito à proteção da imagem “reveste-se de todas as características comuns aos direitos da personalidade. Destaca-se, no entanto, dos demais, pelo aspecto da disponibilidade, que, com respeito a esse direito, assume dimensões de relevo, em função da prática consagrada de uso de imagem humana em publicidade, para efeitos de divulgação de entidades, de produtos ou de serviços postos à disposição do público consumidor. Daí, tem sido comum o ingresso de pessoas notórias – em especial artistas ou desportistas – no meio publicitário, povoando-se todos os veículos de comunicação com anúncios, em que aparecem a elogiar as condições da entidade ou do produto visado e a recomendar a sua utilização.”⁴⁴

A conduta de “dispor”, por seu turno, consiste em autorizar, negar autorização, de impedir que elementos identificadores da pessoa⁴⁵ possam ser utilizados para fins de obtenção de lucro ou qualquer outra prática deletéria⁴⁶.

STJ – Recurso Especial nº 230268/SP – 3ª Turma – J. 13/03/2001 – Rel.: Min. Antonio de Padua Ribeiro - Dano moral. Direito à imagem. Fotografias usadas em publicação comercial não autorizada. I - O uso de imagem para fins publicitários, sem autorização, pode caracterizar dano moral se a exposição é feita de forma vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada. A publicação das fotografias depois do prazo contratado e a vinculação em encartes publicitários e em revistas estrangeiras sem autorização não enseja danos morais, mas danos materiais. II - Recurso especial conhecido, mas desprovido.

⁴⁴ Bittar, Carlos Alberto. *Op. cit.* p.94-95.

⁴⁵ O direito à preservação de imagem alcança não só a face da pessoa, mas também, qualquer parte do corpo. “Embora o art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 ampare a incolumidade da imagem física das pessoas como um direito subjetivo autônomo da personalidade, contudo, a proteção constitucional não se limita ao semblante ou a rosto, estende-se a qualquer parte do corpo humano, como a reprodução de um pé, de um braço, de uma mão, de um busto. Em suma, o direito à imagem abrange não só a face da pessoa humana, alcança também qualquer parte distinta de seu corpo”. Faria, Edilsom Ferreira de. *Op. cit.*, p. 148.

⁴⁶ STJ – Recurso Especial nº 67.292-RJ – 4ª Turma – J. 03/12/1998 – Rel. Min. Barros Monteiro: “A exploração indevida da imagem de jogadores de futebol em álbum de figurinhas, com o intuito de lucro, sem o consentimento dos atletas, constitui prática ilícita a ensejar a cabal reparação do dano. – O direito de arena, que a lei atribui às entidades desportivas, limita-se à fixação, transmissão, retransmissão de espetáculo esportivo, não alcançando o uso da imagem havida por meio de edição de ‘álbum de figurinhas’.”

STJ – Recurso Especial nº 138.883-PE – 3ª Turma – J. 04/08/1998 – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “1. O decreto de revelia não se compadece com a apreciação de prova em sentido contrário aos fatos narrados na inicial, ainda mais quando o Acórdão recorrido afirma que apelada usou indevidamente a imagem da apelante ‘como fartamente documentado nos autos’. Se os efeitos da revelia, como todos sabemos, não incidem sobre o direito da parte, mas, apenas sobre a matéria fática, não é possível destruí-los com apoio em presunção de autorização implícita com base, exatamente, nas circunstâncias de fato. 2. Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo

Tratamos aqui da defesa do direito à imagem física, não se confundindo com a defesa do direito à imagem subjetiva, cuja proteção encontra-se na defesa do direito à honra da pessoa e no direito à preservação da intimidade⁴⁷.

material ou moral. O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufera lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa. Já o Colendo STF indicou que a 'divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito a custa de outrem, que impõe a reparação do dano'."

STJ – Agravo de Instrumento nº460284- RJ – 3ª Turma – J. 11/02/2003 – rel. Min. Nancy Andrighi : - A ação de indenização pelo uso indevido da imagem não é regida pela Lei de Imprensa. Precedentes. - Impede a admissibilidade do recurso especial a não realização do cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os arestos paradigmáticos.

⁴⁷ STJ – Agravo de Instrumento nº 334134-RJ – 3ª Turma - J. 11/12/2001 - rel. Min. Ari Pargendler - A publicação, em jornal, de fotografia, sem a autorização exigida pelas circunstâncias, constitui ofensa ao direito de imagem, não se confundindo com o direito de informação.

STJ – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 162918/DF - 4ª Turma – J. 06/06/2000 – rel. Min. Barros Monteiro - 1. Evidenciada a violação do direito à imagem, resulta daí o dever de indenizar os danos morais sofridos, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo. 2. A pretensão de exame de cláusula contratual e de aspectos fáticos-probatórios é inviável em sede de recurso especial (súmulas nºs 05 e 07-STJ).

STJ – Conflito de Competência nº CC 29075/RJ – 2ª Seção – J. 09/09/2000 – rel.: Ari Pargendler Barros Monteiro - Conflito de competência. Direito à imagem. Competência da Justiça estadual. 1. Pedindo o autor o pagamento de importância em decorrência da utilização indevida de sua imagem, a competência é da Justiça estadual, não havendo nenhuma vinculação, no caso, ao contrato de trabalho. 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente a Justiça estadual.

STJ – Conflito de Competência n.º CC 29075/RJ – 2ª Seção – Rel.: Min. Ari Pargendler - Conflito de competência. Direito à imagem. Competência da Justiça estadual. 1. Pedindo o autor o pagamento de importância em decorrência da utilização indevida de sua imagem, a competência é da Justiça estadual, não havendo nenhuma vinculação, no caso, ao contrato de trabalho. 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente a Justiça estadual.

STJ – *Habeas Corpus* nº HC 16580/RJ – 5ª Turma – Rel.: Gilson Dipp - CRIMINAL. RHC. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. "ENFERMIDADE PSIQUIÁTRICA". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA DA CUSTÓDIA. RÉU FORAGIDO. GARANTIA À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. NEGATIVA DE AUTORIA. CONOTAÇÃO PARCIAL PELO PROGRAMA "LINHA DIRETA". IMPROPRIEDADE DO WRIT. CONDIÇÕES PESSOAIS DO RÉU. IRRELEVÂNCIA DIANTE DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. Não se conhece de alegações referentes à "enfermidade psiquiátrica" do paciente, sob pena de indevida supressão de instância, se o tema não foi objeto de debate e decisão por parte do e. Tribunal a *quo*, uma vez que ainda não havia, à época, qualquer conclusão sobre a perícia médica. Mostra-se legal a decretação da prisão preventiva pela sentença de pronúncia, se evidenciado que o réu encontrava-se foragido, circunstância que pode ser suficiente a fim de motivar a segregação provisória para garantir a aplicação da lei penal. Não há ilegalidade na decisão que entendeu subsistentes os motivos que ensejam da custódia cautelar, ainda que o réu tenha se apresentado à autoridade policial, se ressalvado que a apresentação se deu em decorrência de programa televisivo de grande repercussão, que veiculou a imagem de foragido do paciente - o que não ilidiu a condição de réu que criou óbice à normal instrução do feito. Alegações sobre fatos controvertidos - como a de que o réu não teria cometido o delito ou a de que o programa *Linha Direta* teria dado conotação parcial ao caso - não podem ser examinadas na via eleita, pois reclamariam inconcebível exame de fatos e provas. Eventuais condições pessoais favoráveis não são garantidoras do direito subjetivo à liberdade provisória, se outros elementos dos autos recomendam a custódia preventiva. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

STJ - Recurso especial nº RESP 459857/SP – 4ª Turma - J. 19/11/2002 – rel.: Min. Aldir Passarinho Junior - I. A televisão constitui serviço de radiodifusão, achando-se, portanto, em princípio, sujeita à disciplina da Lei de Imprensa. II. Programa cômico que se enquadra nas hipóteses do art. 27, incisos VI e VIII, da Lei no.

Tratamos da situação, por exemplo, da utilização de uma fotografia para determinado fim, com autorização do fotografado, sendo que, posteriormente, em situação distinta, a mesma fotografia seja novamente utilizada, só que desta feita sem a devida autorização do fotografado. Este seria um caso típico em que a parte desrespeitada poderia se valer do direito à proteção da imagem, ainda que não tenha, com isso, maculado a honra do fotografado⁴⁸.

5.250/67, ao exprimir pensamento crítico e possuir caráter acessoriamente informativo quando baseado, como no caso dos autos, em acontecimento noticiado pela mídia, e de grande repercussão nacional e internacional, alusivo à violenta agressão, por policiais militares, de cidadãos na chamada "Favela Naval", no município de Diadema, SP. III. Não se tratando, portanto, de mero "espetáculo ou diversão pública", situação que excepcionaria o programa humorístico da incidência da Lei de Imprensa (art. 1º, parágrafo 2º), aplicável o referenciado diploma legal, porém não, todavia, com relação ao prazo decadencial de noventa dias previsto no art. 56, eis que essa norma não foi recepcionada pela Constituição de 1988, consoante a jurisprudência consolidada do STJ. IV. Incorreto, destarte, o acórdão estadual que atendendo à prejudicial levantada pela ré, extinguiu a ação indenizatória por danos morais nos termos do art. 269, IV, do CPC. V. Recurso especial conhecido e provido, para que a ação tenha prosseguimento na 1ª instância.

STJ – Recurso Especial nº RESP 427560/TO – 1ª Turma – J. 05/09/2002 – Rel.: Min. Luiz Fux -1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.

2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (notoria *non eget probationem*). 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o "dano moral", que *in casu*, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às "perdas e danos". Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2º, 128 e 460, do CPC). 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a causa *petendi*. "O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao *status libertatis*, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar a condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido." 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do quantum e na capacidade econômica do sucumbente. 6. Recurso especial desprovido.

⁴⁸ "Inicialmente considerado como uma simples manifestação do direito à intimidade, todavia o direito da pessoa sobre sua própria imagem distingue-se do direito à intimidade, apesar de que em certas ocasiões ambos os direitos apareçam conectados. Assim, é normal ocorrer situações em que se verifica a disposição da imagem sem contudo atingir as esferas secreta, íntima ou da vida privada *stricto sensu* do sujeito. Por exemplo, uma pessoa ao autorizar a publicação ou exposição pública de seu retrato para determinado fim estará dispondo de sua imagem e provavelmente de sua intimidade. Ao permitir, depois, o uso do mesmo retrato para fins e sob condições diversas da primeira publicação, não há que se cogitar nesse segundo momento sobre a intimidade, devassada já com a primeira exposição. Isto é, na hipótese de republicação de retrato, o objeto do direito é apenas a imagem e não a intimidade, vez que esta já fora invadida quando da primeira publicação. O direito à própria imagem, outrossim, não se confunde com o direito à honra, conquanto seja reconhecida a grande importância histórica deste par a afirmação daquele, sendo inclusive considerado o direito à honra como um berço para o direito à imagem". Farias, Edmilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 152.

Assim, configura-se ato ilícito, não só o uso sem o consentimento, mas também o uso que extrapole os limites contratuais, em finalidade diversa ou não expressamente ajustada em qualquer situação que seja obtida, com finalidade, ou não, econômica.

A imagem, em nosso pensar, possui um conteúdo individualizado, destacável do demais direitos de personalidade, consistente na identificação da pessoa dentro de um universo de pessoas. A imagem, assim, é a representação pública e exterior da pessoa, destacando-a fisicamente das demais pessoas de seu meio – trata-se da expressão única de cada indivíduo, como elemento de distinção entre um e outro⁴⁹.

Finalmente, entendemos a imagem como um direito autônomo, espécie do gênero *Direito de Personalidade*, que, com o avançar dos instrumentos de mídia, mostra-se objeto fácil de ofensas e utilização para fins econômicos, sem que do produto participe o sujeito⁵⁰.

⁴⁹ “Mas é, exatamente, essa representação capaz de identificar a pessoa ou esse sinal de distinção consubstanciado pela imagem que lhe dá a condição de atributo direito da personalidade, ensejando direito, que deve ser considerado como um dos direitos da personalidade. E, mais, cuja preservação, na lição de Perlingieri, serve mesmo ao livre desenvolvimento do indivíduo, garantindo sua autodeterminação, aí no exato conceito unitário, já visto, do direito geral de personalidade. Tem-se enfim, autônomo e independente direito da personalidade, cuja tutela, por conseguinte, se faz igualmente de forma autônoma e independente. Aliás, tanto autônomo se mostra o direito à imagem que, com relação à característica da disponibilidade, ele se distancia de outros direitos da personalidade. Com efeito, sabe-se que a imagem de uma pessoa pode ter seu uso cedido, para fins econômicos, por meio de contratos próprios, tão comuns nos meios publicitários”. Godoy, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 46.

⁵⁰ “É claro que o bom nome, a reputação, o direito de imagem, a vida íntima do cidadão terão que ser preservados. Tratando-se de personalidade, o próprio Código Civil prevê no artigo 79º a divulgação do seu retrato, mesmo sem o seu consentimento, mas logo adverte para a obrigação de serem preservadas a reputação e o decoro, como é natural. Mas quem protege da voracidade de certo *media* os suspeitos inocentes (os tais “presumíveis delinquentes”) e as vítimas indefesas de crimes indecorosos, sobretudo crianças e pessoas simples ? Claro que temos a letra do artigo 192º do Código Penal contra a devassa da vida privada e também o artigo 88º do *Código de Processo Penal*. Mas quem faz cumprir a lei quando esses abusos passam fora da sala do tribunal ? E quem chama à pedra dos *media* que recorrem à espionagem de imagens e gravações ilícitas, a que o Código Penal atribui a pena de uma ano de prisão ?”. (Rodrigues, Avelino. *Magistratura e Jornalismo – Zonas de Fronteiras*, In: Seminário: *Justiça e Comunicação Social*. Ministério da Justiça.: Lisboa, 1996, p. 145. Neste trecho o conferencista chama à atenção a morosidade dos órgãos responsáveis em

5.3 - Direito à privacidade (vida privada) e intimidade

O inciso X do artigo 5º da CF consagrou expressamente, tornando-o inviolável, além da honra e da imagem, o direito da pessoa à intimidade e à preservação de sua vida privada⁵¹.

José Afonso da Silva⁵² escreve que o dispositivo constitucional protege a privacidade do indivíduo, em seu “sentido mais amplo”, incluindo-se todas as atividades da vida privada e íntima do cidadão: “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições”⁵³.

A defesa do direito à privacidade e à intimidade decorre de situações em que o cidadão quer viver em paz consigo, de modo a evitar a indiscrição

punir o instrumento de mídia transgressor da norma e violador do direito de imagem. Trata-se, pois, de mera evocação do debate.

⁵¹ “Um dos novos direitos surgidos com o advento das sociedades industriais modernas, a intimidade pode ser definida ‘como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só’”. Farias, Edmilsom Pereira de. *Op. cit.*, p. 137.

⁵² José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo. 5 ed. São Paulo: RT, p. 183.

⁵³ STJ – Recurso Especial nº 439584/SP – 3ª Turma – J. 15/10/2002 – Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes - Liberdade de informação e direito à honra, à dignidade, à intimidade, à vida privada: artigos 5º, X, e 220 da Constituição Federal. Plano Constitucional. Art. 1º da Lei nº 5.250/67. Valor do dano moral. 1. Está no plano constitucional decidir sobre o balanceamento entre o direito à honra, à dignidade, à intimidade, à vida privada, e à liberdade de informação, com a interpretação dos artigos 5º, X, e 220 da Constituição Federal. Tal questão, sem dúvida, é relevante neste trânsito da vida republicana e compete ao Supremo Tribunal Federal decidi-la. 2. Não se revê nesta Corte o valor do dano moral quando a fixação não configura exorbitância, exagero, despropósito, falta de razoabilidade ou insignificância, o que não existe no presente feito. 3. Para os efeitos do art. 1º da Lei de Imprensa, o abuso, no plano infraconstitucional, está na falta de veracidade das afirmações veiculadas, capazes de gerar indignação, manchando a honra do ofendido. Neste feito, o Acórdão recorrido afastou as acusações formuladas do contexto do tema tratado nos artigos escritos pelo réu e identificou a ausência de veracidade das afirmações. O interesse público, em nenhum momento, nos casos como o dos autos, pode autorizar a ofensa ao direito à honra, à dignidade, à vida privada, à intimidade da pessoa humana.

4. Recursos especiais não conhecidos.

alheia em matéria que somente a ele interessa. “Esse princípio, visando amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)”.⁵⁴

Sob nossa ótica, o direito à intimidade e à vida privada se conduzem em caminhos paralelos, chegando-se, em determinadas situações, a manter relação de gênero e espécie, como no dizer de Claudio Luiz Bueno de Godoy, reportando-se à lição de Vidal Serrano, “a intimidade seria um núcleo da vida privada”.⁵⁵

De outro lado, há aqueles que optam por distinguir a vida privada da intimidade: “Por ora, e ainda a respeito da distinção entre vida privada e intimidade, insiste-se em que esta se contenha naquela. Para Jean Carbonnier, enquanto a privacidade é, de maneira mais ampla, o próprio modo de vida da pessoa, sua intimidade encerra uma esfera reservada a impor que os outros a deixem tranqüila.”⁵⁶. Ou, na lição de Tércio Sampaio Ferraz, “a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum).” Mais adiante, complementa que “já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em

⁵⁴ Farias, Edmilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 140.

⁵⁵ Alguns identificam direito à preservação da intimidade e da privacidade: a) desrespeito à intenção da pessoa em manter-se sob retiro, em solidão, ou assunto privados que somente a ela interessam; b) divulgação de assuntos embaraçosos referentes à pessoa; c) divulgação de fatos falsos e d) aferição de lucro, com a divulgação de atributos inerentes à pessoa.

⁵⁶ Godoy, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.* p. 50.

termos de relação de alguém com alguém, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.”⁵⁷

De igual sorte, o direito de personalidade referente à privacidade e à vida privada, não pode ser confundido com o direito à honra: “com a proteção da intimidade pretende-se assegurar uma parcela da personalidade que se reserva à indiscrição alheia para satisfazer exigências de isolamento moral do sujeito. Ao revés, com o direito à honra, procura-se preservar a personalidade de ofensas que a depreciem ou ataque a sua reputação”. Vale dizer: a violação da intimidade “não exige nem supõe de quem a executa formule um juízo adverso ou se proponha a um rebaixamento moral de sua vítima, ou, o que dar no mesmo, o atentando à honra pode ocorrer independentemente de intromissões na esfera da intimidade do ofendido.”⁵⁸

Parece-nos que a principal característica deste direito é a necessidade que o cidadão tem do isolamento mental, natural ao psiquismo humano, de modo a tornar o desejo de que não cheguem ao conhecimento de terceiros, certas características ou condutas.⁵⁹

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Farias, Edmilson Ferreira de. *Op. cit.*, p. 145.

⁵⁹ STJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14270/PB – 5ª Turma – J. 17/08/2002 – Rel. Min. Jose Arnaldo da Fonseca - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CONDENADO NA ESFERA PENAL. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. DEVER DO SERVIDOR: "PROCEDER NA VIDA PÚBLICA E PRIVADA, DE FORMA QUE DIGNIFIQUE A FUNÇÃO PÚBLICA". LIMITE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. FALTA DE INDICAÇÃO DE MÁCULA NO REFERIDO PROCEDIMENTO. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. O impetrante não aponta qualquer vício na instauração do procedimento administrativo disciplinar, limitando-se a argumentar sobre sua impossibilidade por cuidar-se de "repetição da ação penal". Limitação de apreciação do Poder Judiciário. A independência entre as esferas penal e administrativa é fartamente consagrada (doutrina e jurisprudência). No procedimento administrativo, o impetrante responde por transgressão ao dispositivo que determina ser dever do servidor proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública. Recurso desprovido.

STJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9880/PR – 6ª Turma – J. 15/04/2000 – Rel. Min. Vicente Leal - Mandado de segurança. Quebra de sigilo bancário. Autorização judicial. Crime contra o sistema financeiro nacional. Legalidade. - O ordenamento jurídico constitucional, a despeito de elevar à

Esse direito reveste-se das conotações fundamentais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar a sua condição de direito negativo, ou seja, expresso exatamente pela não-exposição a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera reservada do titular. Nesse sentido, pode-se acentuar que consiste no direito de impedir o acesso de terceiros aos domínios da confidencialidade. Trata-se de direito, aliás, em que mais se exalça a vontade do titular, a cujo inteiro arbítrio queda a decisão sobre a divulgação.⁶⁰

Limita-se, com esse direito, o quanto possível, a inserção de estranho na esfera privada ou íntima da pessoa. São esses elementos: a vida privada; o lar; a família; a correspondência, cuja inviolabilidade se encontra apregoada, no mundo jurídico, desde os textos das Declarações Universais às Constituições e, ainda, em muitos pontos da legislação ordinária.⁶¹

O Direito norte-americano, como já tivemos oportunidade de discorrer, trata dessa modalidade de direito de personalidade na definição de *intrusion* e/ou

dignidade de garantia fundamental o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, autoriza a quebra de sigilo mediante prévia autorização judicial, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal. - Não se encontra eivada de ilegalidade a quebra de sigilo bancário determinada pela autoridade judiciária competente, fundada na necessidade de se apurar o crime de evasão de divisas e operação de câmbio não autorizada. - Recurso ordinário desprovido.

STJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10097/DF – 6ª Turma – J. 25/04/2000 – Rel. Min. Vicente Leal - Mandado de segurança. Quebra de sigilo bancário. Autorização judicial. Crime de corrupção ativa. Apuração da origem do dinheiro oferecido como propina. Legalidade. - O ordenamento jurídico constitucional, a despeito de elevar à dignidade de garantia fundamental o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, autoriza a quebra de sigilo mediante prévia autorização judicial, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal. - Não se encontra eivada de ilegalidade a quebra de sigilo bancário determinada pela autoridade judiciária competente, fundada na necessidade de se apurar a origem de dinheiro oferecido como propina em crime de corrupção ativa. - Recurso ordinário desprovido.

⁶⁰ Bittar, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 112.

⁶¹ *Ibidem*, p. 111.

private-facts invasion of privacy, com alguns casos bastante ilustrativos de situações protegidas, ou não pela lei:

no caso *Gertz vs. Robert Welch Inc.*, a Suprema Corte teve de enfrentar a questão de não ser funcionário público ofendido. Decidiu que à pessoa privada (ou tendo deixado de ser agente público) não se aplica a doutrina da *actual malice*, bastando, tão somente, provar a negligência, pelo menos. Portanto, a exigência mínima imposta pela Corte foi a prova de negligência, embora permitindo que os Estados dispusessem sobre outros requisitos. Ao fundamentar a proteção concedida ao particular ofendido, a Corte estatuiu que 'as pessoas privadas não são somente mais vulneráveis que agentes públicos ou pessoas públicas; elas são também mais merecedoras de ressarcimento'.⁶²

A rede de televisão KNBC acompanhou e filiou o atendimento prestado por uma equipe de paramédicos a um homem acometido de colapso, desde o socorro domiciliar, na ambulância e hospital, onde o homem faleceu. Parentes do falecido, que ainda não haviam sido avisados do colapso, foram surpreendidos quando assistiam à televisão. A viúva, Brownie Miller, que chamara os paramédicos e a tudo assistira, e um outro parente, ingressaram com a ação em face da rede. Uma Corte da Califórnia, em 1985, decidiu que ninguém poderia postular pela imagem alheia e julgou contra os autores. Na segunda instância, em 1986, embora mantendo parcialmente a decisão quanto ao falecido, considerou

⁶²Grandinetti, Luis Gustavo. *Op. cit.*, p. 266, citando CHASEN, Jerry Simon; NORWICK, Kenneth, *The Rights of Authors, Aertist, and Others PeopOle*, 2ª edição, 1992, Southern Illinois University Press., p. 169-170

que houve violação à intimidade da viúva e condenou a rede. A emissora recorreu à Suprema Corte alegando que a decisão da Califórnia impediria a cobertura jornalística de terremotos, incêndios, etc. A conciliação entre as partes impediu a apreciação da Corte ⁶³.

Uma decisão de uma Corte da Flórida, em 1976, e outra do Oregon, em 1990 atestaram, respectivamente, que inócorre em *intrusion* no acompanhamento de bombeiros no interior de residência consumida pelo fogo e na divulgação de imagens de pessoas carbonizadas, bem como no acompanhamento da polícia em caso de busca com divulgação de imagens de parentes da pessoa suspeito. Ao contrário, duas decisões da Corte de Nova York, em 1981 e 1994, decidiram de modo diferente. Na primeira oportunidade, instituiu que a “imprensa não ostenta nenhuma posição privilegiada e deve respeitar a propriedade privada como qualquer outro”. No segundo, a rede CBS acompanhou o cumprimento de mandado de busca na residência de um suspeito, que lá não se encontrava. Contudo, os agentes interrogaram sua mulher, na presença dos filhos do casal, menores, e tudo vasculharam sob as câmeras de televisão. A Corte decidiu submeter o caso ao júri popular, entendendo que “a única razão pela qual a CBS estava presente na busca era para estimular a satisfação e o divertimento dos outros e que a CBS não tem maior direito do que o de um ladrão de estar em sua casa.” ⁶⁴ Houve também um caso muito interessante. Em 1975, O.W. Siple evitou a morte do Presidente Geraldo Ford ao desviar a mão de seu atirador, tornando-se um herói nacional. O jornal *San Francisco Chronicle* não só publicou uma reportagem sobre o assunto, como revelou que Siple era gay. Siple acionou o jornal

⁶³ *Ibidem.*, p. 270-271. citando CHASEN, Jerry Simon; NORWICK, Kenneth, *The Rights of Authors, Aertist, and Others People*, 2 ed., Illinois: Southern Illinois University Press, 1992, p. 189.

com base em *private facts* e perdeu. O jornal conseguiu provar que Siple era um figura pública na comunidade gay, tendo inclusive dado entrevista anteriormente sobre o movimento e tendo sido retratado em revistas gays. “A Suprema Corte entendeu que ele era realmente proeminente na comunidade e que sua homossexualidade não era assunto privado. Já quanto a um transexual que legalmente submeteu-se a operação de sexo e recebeu nova identidade, a Corte entendeu que tinha direito a opor-se à publicação de sua antiga identidade e condenou o jornal *Oakland Tribune*.”⁶⁵

Vê-se, portanto, a delimitação do direito à intimidade, observando-se que há que ser dirimido de acordo com cada caso, e resguardando-se fatos inerentes a cada indivíduo, tendo o princípio da defesa do cidadão comum (homem médio) a preservação daquilo que não quer que terceiros tenham conhecimento.

⁶⁴ *Ibidem*,

⁶⁵ *Ibidem*, p . 273.

6 - POSITIVAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O artigo 5º, inciso IX da CRFB⁶⁶, trata da liberdade de expressão intelectual, artística e científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

O legislador constitucional tratou no Capítulo V, do Título VIII da CRFB, mais precisamente dos artigos 220⁶⁷ a 224, sobre comunicação social, ressaltando que “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 artigo 220, § 3º, inciso II da CF, remete à Lei Federal, o estabelecimento de “meios legais” que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e TV, que contrariem o disposto no

⁶⁶ O art. 5º, IV/CRFB trata da liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. O art. 5º, XIV/CRFB assegura a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

⁶⁷ “Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística”. Mais a frente trataremos da aparente contradição do §1º e o “caput” do artigo 220/CRFB.

artigo 221 CF, bem como propaganda de produtos, prática e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O artigo 221, na nossa compreensão, o mais importante do Capítulo V, estabelece os limites dos instrumentos de mídia, *verbis*, tal como transcritos abaixo:

- I – Preferência e finalidade educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II – Promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Sobre esses dois artigos (220 e 221), temos a considerar o seguinte:

Existem Leis Federais que disciplinam os limites do artigo 221, dentre as quais podemos citar:

- a) o Código de Defesa do Consumidor, que regula as relações de consumo;
- b) o Estatuto da Criança e do Adolescente;
- c) e a lei 9.294/96, que regula a propaganda de fumíferos, bebidas alcoólicas e medicamentos.

Em todos esses diplomas legais estão contidos os princípios definidos pelo artigo 221 da CRFB.

Entretanto, ao consultarmos obras que comentam a Constituição, percebemos que são poucos os doutrinadores que comentam esse artigo e os que o fazem, muito pouco escrevem.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁸ escreve que o dispositivo traz “previsões inócuas”, queremos crer que no sentido de “desnecessárias”, posto que seriam “básicas” a conduta do “dever-ser”. Para o comentarista, o dispositivo limitar-se-ia a substituir a expressão “moral e bons costumes”, previstas em constituições anteriores. Pinto Ferreira⁶⁹ limita-se a transcrever os dispositivos, sem comentá-los. De maneira semelhante, Ives Grandra⁷⁰ lamenta apenas a constante violação, sem contudo despender maior exegese. José Afonso da Silva⁷¹ e Jose Cretela Jr.⁷², também, na esteira dos demais, não comentam a extensão (sentido e alcance) do artigo 221 da CRFB.

Não obstante, aos resumidos comentários acima citados, acreditamos que não existem preceitos inúteis na lei, notadamente na Carta Magna, de forma que, ainda que possam os comentaristas da Constituição entenderem por repetitivos ou, por vezes, tratarem-se de condutas básicas, os dispositivos contidos no artigo 221, em

⁶⁸ Ferreira Filho, Manuel Gonçalves. *Comentários a Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ Grandra, Ives. *Idem*.

⁷¹ SILVA, Jose Afonso, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Freitas Bastos, 1997.

⁷² Cretela Jr., Jose. *Comentários a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

verdade, eles se traduzem em valores éticos⁷³ e sociais⁷⁴, que devem seguidos pelos instrumentos de mídia, sob pena de, se não observados, ao infrator restar a responsabilidade pelo ato abusivo.

Assim, pois, seria o desrespeito a estes valores que ensejaria na responsabilização dos instrumentos de mídia⁷⁵, de modo a indenizar, reparar ou ressarcir o dano sofrido por aquele que for ofendido ou restar lesado, por conta do fato, notícia ou opinião veiculado pelos instrumentos de mídia..

⁷³ Valores éticos, sinônimo de moral (dignidade da pessoa humana): valores sociais, de direito ao trabalho, à terra, à livre iniciativa; pluralismo político, promoção do bem de todos, sem preconceito de raça cor, credo, sexo e outras forma de discriminação.

⁷⁴ Valores sociais com maior abrangência: todos os valores da sociedade previstos no Título VIII – Ordem Social da CRFB (seguridade social, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, meio ambiente, etc).

⁷⁵ Silva, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 76.

7 - DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Por força do artigo 224 da CRFB, objetivando, assim, através de Lei Federal regulamentar os dispositivos constitucionais que tratam da comunicação social, foi promulgada a Lei nº 8.389, em 30/12/1991, criando o Conselho de Comunicação Social, cuja finalidade é de auxiliar o Congresso Nacional, emitindo pareceres, recomendações, estudos e outras “solicitações daquele órgão”.

Tais pareceres, estudos e atendimentos às solicitações do Congresso, têm por objetivo a “defesa da pessoa e da família de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto na CF”, dentre aqueles princípios elencados nos artigos 221 e 5º da CRFB.

O Conselho de Comunicação Social seria composto por membros do Congresso e da sociedade civil organizada, inclusive os profissionais de mídia. Portanto, o referido Conselho teria a função auxiliar o Congresso, naquilo que é pertinente à comunicação social, frise-se, “função auxiliar”, e não regulamentadora ou fiscalizadora. Apesar disso, até a presente data, este Conselho não foi instalado.

Existe ainda o CONAR, que seria um Conselho de auto-regulamentação, com o fim de “cuidar” da publicidade e propaganda, seguindo um código de ética próprio. Entretanto, esse Conselho tem uma função auto-regulamentadora, na esfera de peças publicitárias, com atuação *interna corporis*, não tendo a função jurisdicional, no sentido de coibir determinadas práticas abusivas e poderes de

determinação de suspensão ou retirada das peças publicitárias que consideradas infratoras. Portanto, o CONAR *recomenda e não determina*.⁷⁶

Para fins de interesses da corporação, dentro do campo de atuação da publicidade e da propaganda, o CONAR tem funcionado muito bem, entretanto, sua atuação tem ficado aquém da real necessidade regulamentadora dos meios de comunicação de massa, quando comparado às condutas abusivas e à necessidade da massa dos agentes passivos das peças de publicidade ou de propaganda, de modo a preservar os interesses dos cidadãos.

⁷⁶ Não obstante a atuação do CONAR, que em determinadas situações mostra-se válida, mas sempre no interesse da *interna corporis*, não se exclui os mecanismos próprios existentes na legislação, em especial a lei nº 9610/98, que disciplina os direitos autorais, somando-se a essa, complementarmente, a Legislação Civil e a Penal, que permitem, entre outras providências, uma vez demandada judicialmente, a suspensão ou interdição de espetáculos, adjudicação ou apreensão de exemplares fraudulentos, indenização por danos morais e patrimoniais. Prevê-se, ainda, a compensação específica, mediante a cominação de divulgação do nome do titular da obra, no mesmo veículo, na mesma proporção, sem que, no uso público, for omitido. No âmbito penal destaca-se o artigo 185 e 185 do CP, que tipificam a violação do direito autorial e de usurpação de nome ou de pseudônimo.

8 - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Embora, como bem demonstramos no capítulo anterior, faz-se necessária a intervenção estatal, para delinear os parâmetros de atuação dos meios de comunicação de massa, com o fim de coibir práticas nocivas ao direito alheio, acreditamos que essa atuação não deva se concretizar na forma de censura.

Abaixo, declinamos nossos argumentos afim de demonstrar a responsabilidade civil dos instrumentos de mídia, responsabilizando-os por eventuais danos, outorgando-lhes, portanto, a responsabilidade de ressarcir, indenizar ou reparar os danos advindas de sua atividade.

A responsabilidade civil no direito brasileiro vinha regulada no artigo 159 do Código Civil⁷⁷ revogado em 2002, que dispunha:

Art. 159 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Naquele Código Civil restava consagrado o princípio já contido no Código Francês de que a responsabilidade de indenizar ocorreria somente quando o agente

⁷⁷ As referências ao Código de 1916, embora ainda em vigor, foram feitas no pretérito, para atender a um fim meramente redacional, haja vista o processo de transição. A vigência do Código de 1916 cessará apenas em 11/01/2003.

agiu com dolo ou culpa. Inexistindo a culpa, a vítima deveria arcar com o prejuízo como se o ato fosse consequência adversa do destino que se abateu sobre ela.

Esta concepção, demonstrava, com a devida *vênia*, que o Estado está mais preocupado com o indivíduo do que com a segurança jurídica.

Tal mentalidade, oriunda na revolução industrial, vem sendo confirmada, ainda que de forma peculiar, pela política de globalização, que a seu modo também fortalece a sociedades de massas, possibilitando a distinção de dois grupos: i) o dos poderosos e detentores dos meios de produção e ii) o dos excluídos, “homem-massa”.

Por outro lado, o individualismo exacerbado advindo da revolução industrial, promoveu o surgimento de teorias no final do século XIX, com vistas a promover o equilíbrio da desigualdade provocada pela política liberal da economia. Dentre essas teorias, *ex vi*, destacamos a da “responsabilidade objetiva” .

O surgimento dessas teorias evidenciam, indiscutivelmente, a preocupação do profissional de direito em promover o justo equilíbrio. Nesse sentido é que procuraremos direcionar nossos argumentos e, ao final, concluir pela responsabilidade civil dos instrumentos de mídia⁷⁸ .

⁷⁸ Indiscutível que a verificação da ofensa e a responsabilização do ofensor dependerá da análise pendular, como mais adiante explicaremos, em verificar um juízo equitativo quando se fizer o confronto entre a defesa dos direitos fundamentais (honra, privacidade, imagem) e de outro o direito a liberdade de expressão é à informação. “Todavia a verdade é que, inclusive sob o plágio da nova ordem constitucional, particularmente no que concerne à expressa e ilimitada reparabilidade do dano moral, vem de decidir o STJ que o art. 49, § 2º da lei de imprensa, “*não comporta interpretação que exclua a legitimação passiva daquele que, diretamente, suou as expressões apontadas como violadoras do direito fundamental do autor, sob pena de grave violação da nova sistemática da responsabilidade por dano moral, agora no plano de lei maior, após longa e segura construção jurisprudencial. Assim, identificado o autor da ofensa, pode o ofendido acioná-lo diretamente*” (RSTJ105/248). “A Lei de Imprensa, quando estabelece a responsabilidade civil das pessoas já identificadas, textualmente exige, para sua configuração, e na esteira do que é a regra acerca dessa matéria no sistema brasileiro – assentando que as hipóteses de responsabilidade sem culpa devem vir expressas em lei, como por exemplo, no caso das estradas de ferro (lei n. 2.681) ou do Código Brasileiro do Ar (decreto-lei nº 318) -, conduta culposa ou dolosa do agente. Erige, portanto, a responsabilidade subjetiva como pressuposto à reparação moral ou material. Contudo, observa Pedro Frederico Caldas, diante do novo tratamento

O Novo Código Civil (lei n ° 10.406, de 10/01/2002, em vigor a partir de 11/01/2003) já contempla a responsabilidade objetiva, advinda do risco da atividade, *verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo Único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Adequando ao entendimento já predominante na doutrina, o novo Código Civil consagrou a responsabilidade objetiva, que impõe o ressarcimento de prejuízo, independentemente de culpa, nos casos previstos legalmente, ou quando a atividade daquele que lesou outrem importar riscos para direitos deste, substituindo-se a culpa pelo risco.

Não há que se permitir que o autor do ilícito fique ao largo da responsabilização, no sentido de que o ofendido poderá demandar reparação. Embora seja certo que a aferição do dano, em se tratando de ofensa aos direitos da personalidade, irá depender da aplicação equitativa sopesando-se a importância maior, conforme o caso, se

constitucional dispensado à reparação moral e material, que, “*se a norma prevê a hipótese de dano mas não descreve a conduta do agente, é lícito se concluir que estamos frente a uma hipótese de responsabilidade objetiva, pois, se de responsabilidade subjetiva se tratasse, a norma poderia ser tida como demasia, eis que a conduta tipo da responsabilidade fundada na culpa já está prevista como verdadeiro standard jurídico no artigo 159*”. Daí concluir o autor que “ *dessa forma pode ser entendida a norma do inciso X, do art. 5º, da*

houver prevalência dos direitos da personalidade ou do direito de liberdade de expressão, como veremos mais adiante⁷⁹. Por isso, a nós se afigura como desnecessária a descrição da conduta ilícita, bastando, apenas, o resultado danoso ao ofendido. Entendemos que é isso também o que ecoa do inciso X do artigo 5º da CRFB, ou seja, que não se cogita a culpa, o direito a indenização ou reparação do dano no caso de ofensa aos direitos de personalidade porque esses decorrem da própria violação, nada mais sendo necessário para a verificação da obrigação do ofensor.⁸⁰

A Constituição provendo indenização por dano material e moral ou à imagem, decorrente da violação dos direitos de personalidade em nenhum momento refere-se a dolo ou culpa, donde se compreende que bastaria a ofensa, nada mais, vem a reforçar nossos argumentos.⁸¹

Assim, é forçoso concluir que a Constituição requer um novo tratamento à reparação do dano, quando se tratar de ofensa aos direitos de personalidade.

Constituição vigente, que determina sem cogitar de culpa, a indenizabilidade por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade e da vida privada.” Godoy, Claudio Luiz Bueno de. *Op.cit.* p.115-116.

⁷⁹ Trataremos sobre o “juízo de ponderação” que haverá que ser verificado quando da apreciação de algum abuso nos Capítulos 12 e 13.

⁸⁰ Luiz Bueno de Godoy, reproduzindo lição de Pedro Frederico Caldas, escreve: “se a norma prevê a hipótese de dano, mas não descreve a conduta do agente, é lícito se concluir que estamos frente a um hipótese de responsabilidade objetiva, pois, se de responsabilidade subjetiva se tratasse, a norma poderia ser tida como um demasia, eis que a conduta tipo da responsabilidade fundada na culpa já está prevista como verdadeiro standard jurídico no artigo 159”. *Op. cit.* p. 116.

⁸¹ Sobre esse argumento há que se inserir um importante raciocínio: é tradição do direito brasileiro, exigir, para que haja a responsabilização, a verificação da culpa subjetiva, ou seja, alguns diplomas legais construídos sob este dogma, haja vista as leis que se seguem; Lei de Imprensa, Código Brasileiro do Ar - Decreto-Lei n. 318; Lei das Estradas de Ferro - Lei n. 2681, que estabelecem a necessidade da descrição da conduta do agente. Entretanto tal situação, em nosso entender, não se afigura na responsabilização do agente, quando verificada a ofensa aos direitos de personalidade. “É certo que, via de regra, aqueles critérios que norteiam o juízo de ponderação envolvem a apreciação de algum abuso, portanto a idéia de culpa, dos órgãos de imprensa. Entretanto, nem sempre, visto que este juízo equitativo não obedece a uma fórmula previamente tipificada pela lei. Importa é que, na hipótese fática, resultando da ponderação a prevalência do direito à honra, à privacidade e à imagem, por isso se impondo sua tutela, sendo a reparação uma de suas espécies, a

8.1 - Liberdade de expressão – defesa dos direitos da personalidade – atuação do poder judiciário

Repetimos o que já tivemos oportunidade de escrever em outras partes desta dissertação: a CF no seu artigo 5º, X, expressa que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação destes direitos.

O atual texto constitucional, tratou desse assunto de forma expressa, diferentemente do texto anterior, cujo tratamento restou à jurisprudência⁸².

O direito à honra⁸³, à intimidade⁸⁴, à vida privada⁸⁵ e à imagem⁸⁶ constituem uma categoria, definida como “direitos da personalidade”⁸⁷.

indenização é de rigor, independentemente de culpa. Esta, em si, não é pressuposto, no caso da responsabilidade civil”. *Ibidem*, p. 117.

⁸² RT 558/230, acórdão do Supremo faz um apanhado geral sobre o tratamento dispensado à matéria, no texto constitucional anterior a 1988.

⁸³ A primeira característica é que “a honra é atributo inerente a qualquer pessoa independentemente de considerações de raça, religião, classe social, etc. Com sua constitucionalização, a honra expande sua força normativa, tornando-se, por conseguinte, incompatível com as “concepções aristocráticas ou meritocráticas” sobre a honra. A Segunda característica é a de que o conteúdo da honra refere-se tanto à honra objetiva (a dignidade da pessoa humana refletida na consideração dos outros), quanto à honra subjetiva (a dignidade da pessoa humana refletida no sentimento da própria pessoa). É dizer, no sentido objetivo, a honra é a reputação que a pessoa desfruta ante o meio social em que está situada; no sentido subjetivo, a honra é a estimativa que a pessoa realiza de sua própria dignidade moral.” Farias, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 134-135.

⁸⁴ Edilson Pereira de Farias, reportando-se às lições de Richard Hixon, escreve que o direito à intimidade refere-se à necessidade “de reservar seus próprios assuntos para si, e o abandono da publicidade como um meio de assegurar a conformidade aos códigos sociais”. Mais adiante, reproduzindo lição de William Prosser, resume em quatro categorias as formas de invasão da intimidade, partindo-se de decisões da Corte Americana, a saber: “(1) a violação do âmbito da pessoa atinente ao retiro, à solidão ou a assuntos privados, independentemente dos meios utilizados – físico, visual ou eletrônico; (2) divulgação pública de fatos privados, mormente daqueles aptos a causar embaraço as pessoas; (3) divulgação pública de fatos falsos imputados a um indivíduo; (4) apropriação do nome, imagem ou de outros atributos da personalidade sem o consentimento do interessado, com o ânimo de auferir lucro”. *Ibidem*, p. 137-142.

⁸⁵ Ainda, Edilson Pereira de Farias reportando-se às lições de Tersio Sampaio Ferraz Jr. elenca como exemplo da vida privada “situações de opção pessoal (como escolha do regime de bens do casamento), que em determinadas ocasiões podem requer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel)”, qual sejam situações da vida privada e da vida íntima que só dizem respeito a estes, em outras palavras, fatos que seja de nenhum interesse da sociedade de que faz parte. *Ibidem*, p. 147.

Não podemos olvidar que o texto constitucional e a ofensa aos direitos de personalidade carecerá de instrumentos processuais adequados, em conformidade com as condutas sociais, de modo que “chamar uma mulher de prostituta pode ser constitutivo de delito de injúria se esta expressão ataca a sua dignidade pessoal, independentemente de que exerça tal “profissão”, já que proferir tal expressão, em determinadas circunstâncias, pode-se considerar lesivo a sua dignidade, porquanto supõe desprezo ou desonra”⁸⁸.

É certo que a CF (art. 5º, X) traz expressa a defesa dos direitos da personalidade, também, é certo que o faz de forma indireta, quando assegura (art. 220, § 1º) a liberdade de informação jornalística (informação de fatos e informações de opiniões), seja

⁸⁶ Edilson Pereira de Farias reproduzindo lição de Eduardo Zannoni e Beatris Biscaro, afirma que: “compreende a faculdade que toda pessoa tem para dispor de sua aparência, autorizando ou não a captação e difusão dela”. *Ibidem*, p. 148.

⁸⁷ Edilson Pereira de Farias reportando-se à doutrina espanhola e italiana, conceitua o “direito de personalidade” como aqueles essenciais à pessoa, inerentes à mesa e em princípio extrapatrimonial. “Na verdade, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem foram paulatinamente sendo perfilados primeiramente como *direitos subjetivos da personalidade*, como eficácia prevalente no âmbito *inter privato* para só mais tarde alcançar a estatura constitucional. Nessa ordem de idéias, cumpre mencionar a observação judiciosa realizada por Durig de que os direitos da personalidade constituem “o mais audaz e o melhor impulso do direito privado nos últimos anos”. A classe dos direitos da personalidade é composta por aqueles direitos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existentes desde o seu nascimento. Em suma, os direitos da personalidade “concedem um poder às pessoas para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades”. Entretanto, cumpre lembrar que conquanto o objeto dos sobreditos direitos não seja exterior ao sujeito, ao revés dos outros bens que podem ser objeto do direito, aquele não se confunde com o sujeito, no sentido da vetusta teoria dos direitos da personalidade como direitos sobre a própria pessoa (*jus in se ipsum*). O objeto dos direitos da personalidade é na realidade o modo de ser físico ou moral da pessoa, noutras palavras, os bens mais essenciais do ser humano. Pondo de relevo a *summa divisio* do direito, isto é, a divisão entre direito público e direito privado, verificaremos que os direitos da personalidade se encontram subsumidos ao âmbito do direito privado. A divisão mencionada põe claramente de manifesto que, embora a categoria dos direitos fundamentais mantenha uma estreita relação com a categoria dos direitos da personalidade, ambas pertencem a planos distintos do direito. É dizer: os direitos da personalidade reportam-se ao âmbito específico do direito civil, que implica tensão entre particulares. Sua esfera de operatividade se estende tão só às relações *inter privados*. Só quando esses direitos da personalidade são recepcionados pela *Lex Superior*, como direitos fundamentais, é que a primeira consequência de sua constitucionalização como direitos fundamentais radica, pois, em sua exigibilidade frente aos poderes públicos”. Bittar, Calos Alberto Bittar, em *Os Direitos da Personalidade*, aumenta o campo de atuação dos direitos de personalidade: Direito à Vida, Direito à Integridade Física, Direito ao Corpo, Direito às Partes Separadas do Corpo, Direito ao Cadáver, Direito à Voz Direito ao Segredo, etc., que no entanto não serão abordadas neste trabalho, posto que específico sobre a responsabilidade dos instrumento de mídia.

⁸⁸ Gomes, Pavón, *appud* Edilson Pereira de Farias. *Op .cit.*, p. 136.

qual for o instrumento de mídia, observando os limites do artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Em outras palavras, o direito à informação e expressão estão limitados à defesa dos direitos da personalidade⁸⁹.

A sociedade democrática pressupõe a liberdade de expressão e opinião, inclusive, através dos instrumentos de mídia, o que, em outras palavras, nada mais é do que a liberdade de pensamento. A bem da verdade, é através do grau de liberdade do pensamento, que se afere ao regime democrático.

A liberdade de pensamento⁹⁰ está assegurada na CF nos inciso IV, XIV do artigo 5º, com a limitação, como já explicado, no artigo 220, § 1º da CF⁹¹, *verbis*:

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

⁸⁹ Edilson Pereira de Farias cita que tal disposição encontra-se também nas Constituições Alemã e Espanhola. *Op. cit.*, p. 158.

⁹⁰ A expressão liberdade de pensamento abriga tanto liberdade de expressão, quanto liberdade de informação. “responsabilidade social e política dos *media* na sociedade democrática decorre da sua própria finalidade, como veículos de expressão do pensamento livre. Raciocinando ‘a contrário’, decorreria da Lei de Imprensa a conclusão de que as empresas jornalísticas meramente comerciais perdem o fundamento essencial de legitimidade, porque facilmente esqueceriam o seu objetivo essencial na estruturadas liberdades, direitos e garantias – e nada coibiriam de abusar da boa fé das audiência, encobrando ou deturpando a informação (como acautela o artigo 3º) se desta forma puderem obter aumentos os lucros. Bom tema de reflexão este: o de saber se as notícias são mercadoria que se possa vender, como outro produto qualquer. Numa perspectiva mais radical, dir-se-ia que as notícias são produto direito da integração social, não cabendo a ninguém o direito de apropriar-se delas para seu lucro pessoal. Esta ‘evidência’ não resiste porém a mais simples análise moderna da sociologia de informação ou, se quisermos, da antropologia social”. Rodrigues, Avelino. *Op. cit.*, p. 137-138.

⁹¹ “A Inglaterra foi o primeiro país a travar a luta em prol da liberdade de expressão do pensamento e da opinião, especialmente quando o Parlamento, em 1695, resolveu não reiterar o “*Licensing Act*”, que estabelecia a censura prévia. Os Estados Unidos e a França destacam-se, também, no pioneirismo em reconhecer a liberdade de manifestação do pensamento e da opinião. Já o *Bill of Rights*, do Estado de Virgínia, no seu art. 12, proclamava que “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”. E a primeira emenda, aprovada em 1791, ao texto original da Constituição Americana de 1787, consagrava: “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer um religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos, ou cerceando a liberdade de palavra, ou de

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

Art. 5º XIV – É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

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

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

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

Importante destacar que a conclusão da limitação do direito à liberdade de expressão, que sob nossa ótica está contida no artigo 220, § 1º da CF, decorre de uma interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico e do ordenamento jurídico estrangeiro, de modo a ensejar uma forma negativa de proteção das garantias individuais do cidadão.

Isso porque todos os textos de lei, nacional e internacional, esboçam a preocupação com os direitos e garantias individuais, consubstanciados no direitos não patrimoniais (honra, imagem, vida privada, etc.), destacando como elemento primordial a ser defendido pelo ordenamento jurídico – a individualidade da pessoa.

imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”. Farias, Edilson Pereira de Farias. *Op. cit.*, p. 160-161.

Assim, o que a CF assegura é o direito de “bem informar”. Inclusive no que se refere na proteção daquilo que não diz respeito à sociedade, senão apenas ao indivíduo – sujeito de proteção da norma⁹².

Opiniões e fatos relacionados aos direitos da personalidade, portanto, não podem ser divulgados ao público de forma indiscriminada, notadamente quando o divulgador, quer a pessoa, quer o veículo, aferem lucros com tal atividade.

Em nosso pensar, essa limitação não se consubstanciaria numa limitação do direito de liberdade de expressão e opinião – direito fundamental que transcende a dimensão do individual, por contribuir para a formação da opinião pública pluralista, essencial para a sociedade democrática, sob pena de ser tal garantia constitucional tornar-se inócua.

Igualmente, não há relação de hierarquia entre os direitos da personalidade e o direito de expressão e de informação, nenhum deles pode ser considerado absoluto.

⁹² “A liberdade de expressão e informação, que atinge o nível máximo de sua proteção quando exercida por profissionais dos meios de comunicação social, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluta, tem limites. Assim, além do limite interno referido da veracidade da informação, a liberdade de expressão e informação deve compatibilizar-se com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas opiniões e informações, bem como ainda com outros bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade pública, saúde pública, segurança pública, integridade territorial, etc. Contudo, pelo fato de a liberdade de expressão e informação desfrutar de *status* de direito fundamental o Poder Público, ao pretender restringir o âmbito de proteção constitucional dessa liberdade para atender os limites supracitados, terá que justificar a necessidade da intervenção e só poderá efetivar a restrição por lei (reserva de lei explícita ou implícita, autorizada pela constituição). Esta deverá ainda satisfazer a máxima da proporcionalidade, a fim de que resulte intacto o núcleo essencial da liberdade de expressão e informação. Assim, os direitos da personalidade à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem constituem limites externos da liberdade de expressão e informação. Entretanto, como esses direitos não estão apenas consagrados pela Constituição Federal como limites daquela liberdade (art. 220, § 1º), mas estão tutelados também como direitos fundamentais em si mesmo (art. 5º, X), quando esses direitos entram em fricção com a liberdade de expressão e informação, estamos perante à colisão entre os próprios direitos fundamentais, cuja solução do confronto se revela um dos

Trata-se de direitos de igual dignidade constitucional. O art. 5º da Constituição Federal dá idêntica guarida ao direito à honra, à vida privada, à intimidade e, ainda à livre manifestação do pensamento, ao acesso à informação e à livre expressão da atividade de comunicação. Mesmo o art. 220, ao cuidar da comunicação social, se dispôs que nenhuma lei poderia constituir embaraço à plena liberdade de informação, observado o inciso X do art. 5º, citado, da mesma forma ressalvou os incisos IV, V, XIII e XIV, que cuidam, justamente, da liberdade de pensamento e de informação. Não se pode dizer, então, que pela ressalva ao inciso X, a Carta Maior, nesse art. 220, tenha estabelecido menor gradação hierárquica da liberdade de imprensa em face da honra, imagem e privacidade. Sem contar a pertinência desse dispositivo tão-só da legislação ordinária.⁹³

Assim, como concluem Claudio Luiz Bueno de Godoy⁹⁴ e Edilson Pereira de Farias⁹⁵, o preceito contido no artigo 220 da CF deve ser compreendido como elemento norteador da atividade infraconstitucional e do aplicador do direito, todavia, sem ser considerado como forma de gradação hierárquica entre os direitos da personalidade e o direito de expressão e informação⁹⁶.

problemas nucleares a desafiar a hodierna dogmática sobre os direitos fundamentais”. Farias, Edilson Pereira, *Op. cit.*, p. 169-170.

⁹³ Godoy, Claudio Luis Bueno de. *Op. cit.* p.66.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 66.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 127.

⁹⁶ “Esses direitos, insista-se, estão todos na mesma Constituição, que deve ser entendida como um complexo de normas coerente e de igual grau hierárquico. É o princípio da unidade hierárquico-normativa, acentuado por Pedro Frederico Caldas, como remissão a Canotilho, “segundo o qual as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade, impondo o princípio da unidade da constituição aos seus aplicadores a obrigação de lerem e compreenderem as suas regras na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça”. Na mesma senda, observa

Portanto, se é certo que o princípio do direito constitucional da unidade hierárquico-normativa, de modo a afastar a hierarquia das normas constitucionais, encontra sua razão de ser na base do próprio sistema jurídico, é certo concluir que os direitos de personalidade e os direitos a expressão, livre manifestação e informação dão suporte ao Estado Democrático.

O que ocorre, na verdade, na conclusão de Claudio Luiz Bueno de Godoy, é uma antinomia real de normas⁹⁷, cuja solução, advém da aplicação do juízo de ponderação, onde ao aplicador da norma, no caso em concreto, entre o a liberdade de opinião e de manifestação e entre a preservação dos direitos de personalidade, deve ponderar e buscar o que, segundo elementos objetivos, seja o mais adequado e justo.

Acerca dos parâmetros sobre o que é justo ou não, Godoy comenta que esses são passíveis de avaliação, baseada em critérios bastante definidos, pois, segundo ele, “é claro que, na divulgação de determinados fatos, não se poderá ignorar a imagem da pessoa e sua intimidade, entretanto, para que possa ocorrer a prevalência do direito à informação, por exemplo, há que se verificar a fonte. Seja um programa não jornalístico, onde se explora o bizarro, sem natureza jornalística, há que prevalecer a defesa do direito da personalidade. Sendo ao contrário, coerente a fonte, e sendo o fato de interesse público, há que prevalecer o direito à informação, por exemplo, *impeachment* do presidente, como ocorreu recentemente na história do Brasil”.⁹⁸

Celso Bastos que a Constituição é um conglomerado de normas e princípios que guardam entre si *o mesmo grau de importância, apresentando, todos, o mesmo nível hierárquico.*” *Ibidem*, p. 67. (Grifos nossos)

⁹⁷ Freitas, Teixeira de. *Vocabulário Jurídico*. Tomo I, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 12. Antinomia: “em matéria de legislação, é a contradição em duas passagens da mesma lei, ou de duas ou mais leis”.

⁹⁸ Godoy, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 74. reportando-se aos ensinamentos de Karl Larenz, escreve que o autor chama de “ponderação de bens no caso concreto”, “quando muito a ocorrência de casos semelhantes pode servir de base a uma ponderação, que mesmo com a singularidade de cada caso concreto, cujas circunstância, em si, devem ser aferidas, não será nunca supérflua, todavia sendo inviável a formação de

Em outras palavras, é preciso verificar, no caso em concreto, o sacrifício da honra, privacidade ou imagem de uma pessoa que se impõe diante de determinada informação ou manifestação que, de alguma forma, se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão na esfera íntima ou moral do indivíduo. Lembre-se do papel institucional reservado à atividade de comunicação, frise-se, com o que não se compadece – desde logo já se salienta, também nortear o juízo de ponderação que se vem examinando – o sensacionalismo a notícia veiculada com o fim precípua de causar escândalo e dele se tirar proveito, nada mais se não, para alguns, um verdadeiro abuso do direito de informar.⁹⁹

Essa situação é corrente na história dos meios de comunicação, desde a narrativa de Orson Wells sobre a falsa invasão de marcianos, até programas populares, tais como, a *Hora do Povo* (década de 80), *Ratinho* (anos 90), e tantos outros que buscam altos índices de audiência e venda de produtos de eficácia duvidosa.

É evidente, também, que outros programas de aparência séria, na verdade se constituem instrumento de divulgação das atividades do poder e da classe política dominante, não raro, praticando abusos de modo a, correntemente, desvirtuar a realidade.

É verdade que não há solução e adequada prestação jurisdicional a toda e qualquer situação em que há fatos passíveis de punição, esta deverá ser buscada a

regras fixas que, em verdade, não se prestaria a prever todas as ocorrências faticamente possíveis, de possível

cada dia, a cada hora e a cada minuto, aceitando-se a variável de que a condição e a relação humana é evolutiva, entretanto, há que se partir de conceitos gerais e basilares, entre eles, o de que “o jornalista, mais do que qualquer outro homem, tem o dever de ser honesto, reto e veraz, pois um dos fins da imprensa é informar aos leitores tão honesta e objetivamente quanto possível”¹⁰⁰.

É certo que a prevalência de alguns direitos, em detrimento de outros, não é privilégio dos direitos de personalidade mas relação ao direito à informação: por vezes o direito de propriedade, por exemplo, cede ao interesse maior da coletividade nos casos de desapropriação pelo Poder Público; em casos previstos em lei, o direito de ir e vir, cede à pena de privação de liberdade; até condutas tipificadas no Código Penal como crime, carecem de suas exceções, *ex vi*, o furto, quando comprovado o estado de necessidade, “matar alguém”, quando verificada a legítima defesa.

Incontroversamente a aplicação do direito deve ceder a questões históricas, produzindo-se e aplicando-se a norma, dentro de um contexto histórico, científico e cultural.

Nesse direcionamento, Edson Ferreira da Silva escreve que a aplicação do “princípio da prevalência do interesse público, geral ou coletivo, sobre o interesse particular ou individual, deve ser baseada, concretamente, em critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Só se justifica o sacrifício na exata medida da necessidade e se o interesse superior não puder ser satisfeito por outra forma.”¹⁰¹

acontecimento”.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 75.

¹⁰⁰ Oliveira, João Gualberto de. *A Liberdade de Imprensa no Brasil e na Suécia*. São Paulo: Expansão Comercial, 1956, p. 156.

¹⁰¹ *Ibidem*.

Assim, esses critérios de razoabilidade e proporcionalidade, estariam fundamentados em um “juízo de ponderação”¹⁰².

Por fim, objetivando responder ao dilema do conflito entre a prevalência, ou não, de um dos direitos – de informação e de opinião, em detrimento dos direitos da personalidade, ou vice versa – Edilsom Pereira de Farias traz os elementos norteadores da lei orgânica 1/1982, promulgada na Espanha, “com o escopo de amparar os direitos à honra, à intimidade pessoa e familiar e à própria imagem em face dos choques oriundos de publicações opiniões, fato ou imagens que afetem esses direitos da personalidade.”¹⁰³ Essa lei prevê algumas formas de resolução do problema, abaixo transcritas:

1. Que nos casos em que existe proteção penal daqueles direitos, tal proteção terá caráter preferente, por se, sem dúvida, mais enérgica e de maior efetividade (art. 12).
2. Que tais direitos são irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis, razão pela qual a renúncia à proteção prevista na lei será nula. Porém, ele é entendido como caráter genérico e não exclui que exista um consentimento legitimador, prévio e expresso para concretas intromissões no âmbito daqueles direitos (art. 2.2), consentimento que será revogável a qualquer momento, embora em tal caso haverá que se indenizar os danos e prejuízos causados pela revogação (art. 2.3).

¹⁰² *Ibidem*, p. 117.

¹⁰³ Em *A Liberdade de Imprensa no Brasil e na Suécia*. (p. 173), o autor reproduz o posicionamento de Candido Conde-Pumpido Ferreiro, que definiu os princípios norteadores da Lei Orgânica 1/1982.

3. Que não se apreciará a existência de intromissões ilegítimas no âmbito protegido quando autorizadas por lei (art. 2.2) ou quando se refiram àqueles aspectos da intimidade e da imagem que não se mostrem reservados aos usos sociais ou à pessoa em si ou sua família (art. 2.1, a *contrario sensu*).

Esse último princípio afeta muito especialmente a vida e a imagem de personagens históricos e públicos, cuja difusão constitua um interesse geral. Conseqüência disso é que não se reputarão com caráter geral, intromissões ilegítimas e, por isso, ficam submetidas às livre informação.

- a) As autorizadas ou acordadas pela Autoridade competente de acordo com a Lei (art. 8.1).
- b) Quando exista um interesse histórico, científico ou cultural relevante que predomine sobre a intromissão (art. 8.1).
- c) A reprodução ou publicação de imagens que se captem durante um ato público ou em lugares abertos ao público (art. 8.2, a).
- d) A captação, reprodução ou publicação por qualquer meio da imagem de pessoas que exerçam um cargo público ou uma profissão de notoriedade ou projeção pública (art. 8.2, a).
- e) A utilização da caricatura das referidas pessoas de acordo com o uso social (art. 8.2, h).
- f) A informação gráfica sobre um evento ou acontecimento público, quando a imagem de uma pessoa determinada apareça como meramente acessória (art. 8.2, c).

Considerando-se, ao contrário, intromissões ilegítimas na intimidade ou imagem de uma pessoa, sem que estejam amparadas pela liberdade de expressão ou informação:

a) A divulgação de fatos relativos à vida privada ou à família de uma pessoa que afetem a sua reputação ou bom nome, assim como a revelação do conteúdo de cartas, memoriais ou outros escritos de caráter íntimo (art. 7.3).

b) A captação, reprodução ou publicação por fotografia, filme ou qualquer outro procedimento da imagem de uma pessoa em lugares ou momento de sua vida privada ou fora deles, salvo os casos previstos no artigo 8.2, antes citado (art. 7.5).

c) A utilização do nome, da voz ou da imagem de uma pessoa para fins publicitários, comerciais ou de natureza análoga (art. 7.6).

d) A divulgação de expressões ou fatos concernentes a um pessoa quando a difame ou possa desmerecê-lo na consideração alheia (art. 7.7).

Concordamos com tais princípios norteadores enquanto elementos pacificadores da antinomia que ora se cuida do texto constitucional, notadamente, quando se verifica no direito brasileiro a ausência de legislação infraconstitucional específica.

9 - CONDUCTA ANTIJURÍDICA, CULPA E NEXO CAUSAL

Consideramos como pressupostos da responsabilidade de indenizar a antijuridicidade da conduta, a culpa e o nexo causal, haja vista que estes pressupostos se traduzem no dispositivo do Código Civil que regula a responsabilidade de indenizar.

9.1 - Antijuridicidade e o dano

A antijuridicidade se constitui numa conduta contrária ao sistema jurídico vigente, em outras palavras, pressupõe-se uma conduta contrária a lei, aos costumes, aos princípios determinantes do sistema legal previstos na Constituição, às lei de ordem natural.

Ramón Daniel Pizaro¹⁰⁴ elenca os requisitos de tipificação de uma conduta antijurídica:

1. Que una conducta que viole determinado precepto legal pueda no ser antijuridica si enconuentra una causa de justificación en outra norma.”
2. Que no existan ilicitudes ‘civiles’, ‘penales’ o ‘administrativas’. Lo que es ilícito para el derecho civil lo es tambien para el derecho penal, aun cuando éste no preve una pena. Ello por cuanto “una misma conducta puede ser enfocada desde diversos aspectos a los efectos

de la punibilidad, pero ello no indicas una diferencia de sustancia en el juzgamiento antinormativo.

A antijuridicidade tem natureza objetiva, que deriva da contrariedade da conduta do agente à lei, portanto, é independente da voluntariedade e da culpabilidade do agente. Podemos citar como exemplo a conduta de um menor de 10 anos ou de um demente, enfim, de uma pessoa ininputável. É possível a verificação de uma conduta anti-jurídica, seja qual for a razão da inimputabilidade. Poderia a conduta antijurídica não ser tipificada como crime, entretanto, não exonera a responsabilidade de indenizar pelas conseqüências danosas.¹⁰⁵

Caio Mario escreve que os atos ilícitos “por contravirem aos ditames da ordem jurídica, somente dão nascença a obrigações para o agente. Ofendendo ou contrariando direitos ou interesses alheios, ou causando dano a outrem, atraem para o agente os rigores da lei. Transformando relações de direito já existentes, ou dando nascimento a novos direitos que se opõem ao agente, provocam, contra este, efeitos ou conseqüências jurídicas”.¹⁰⁶

O jurista português João de Matos Antunes Varela¹⁰⁷, ao discorrer sobre “as formas da ilicitude”, pondera:

¹⁰⁴ Pizaro, Ramón Daniel. *Responsabilidade Civil de los Medios Masivos de Comunicación*. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 196.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 196-197.

¹⁰⁶ Mário, Caio. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6 ed., 1995, p.29.

¹⁰⁷ Varela, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. vol. I, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 533.

a) violação de um direito de outrem. A primeira forma esquemática de comportamento ilícito inferida no artigo 483º é a violação do direito de outrem. Ficam compreendidas nesta rubrica os casos nítidos de ilicitude civil e, por isso, mais fáceis de determinar.

Na exemplificação, o escritor português menciona alguns casos de ilicitude no direito à personalidade que ensejariam a obrigação de indenizar: “assim sucede com a usurpação do nome, o uso não autorizado da imagem de outrem (v.g., para propaganda de quaisquer produtos), a publicação de cartas confidenciais, a violação da intimidade do lar, etc.”¹⁰⁸. Prossegue, ainda, Antunes Varela: “nas formas de ilicitude”:

b) a violação da lei que protege interesses alheios. Ao lado da violação dos direitos subjectivos, prevê-se ainda (dentro da zona em que a doutrina e a jurisprudência têm sentido as maiores dificuldades na definição do âmbito da antijuridicidade) a infracção da norma destinada a proteger interesses alheios.

Trata-se da infração das leis que, embora protejam interesses particulares, não conferem aos respectivos titulares um direito subjectivo a essa tutela; e de lei que, tendo também ou até principalmente em vista a protecção de interesses colectivos, não deixam de atender aos interesses particulares subjacentes (de indivíduos ou de classes ou grupos de pessoas).

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 534.

Além disso, a previsão da lei abrange ainda a violação das normas que visam prevenir, não a produção do dano em concreto, mas o simples perigo de dano, em abstrato.

Veja-se da lição dos doutrinadores que a ilicitude está estritamente ligada à existência do dano, sendo certo que a conduta ilícita há que ser verificada sob o foco do lesado. Em outras palavras, a ilicitude é aquela violadora do direito alheio, que por conseqüência redundaria na existência do dano. Não há que se analisar ou classificar a conduta como ilícita, sob o ponto de vista do agente. Ao contrário, a conduta será considerada ilícita sob o ponto de vista do lesado – aquele que suportou os prejuízos ou teve seu direito violado, ainda, que sem conseqüências no patrimônio.

Nesta situação, estamos nos referindo aos direitos não patrimoniais, *ex vi*, direito de imagem, do nome, da honra, etc.

Tal assertiva constatamos nos seguintes exemplos:

Se a montar uma pequena indústria numa região onde já existe uma outra fábrica dos mesmos artigos, poderá lesar os interesses do dono desta. Mas não será obrigado a indenizá-lo, visto não ter cometido nenhuma violação da lei. Se B levar a almoçar em sua casa o grupo de amigos que encontrou no restaurante, poderá ter causado ao dono deste um prejuízo. Ninguém se lembrará, no entanto, de considerá-lo responsável por esse efeito danoso ou prejudicial do seu convite.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Varela, Antunes Varela. *Op. cit.*, p. 530.

Podemos reafirmar que a conduta ilícita se mostra ensejadora da obrigação de indenizar, se tipificada do ponto de vista do lesado. Ricardo Luis Lorenzetti corrobora a situação, com a seguinte conclusão:

Dessa forma, pode configurar-se um fato antijurídico, ainda que não exista atentado à honra, ou a identidade dinâmica, ou à privacidade, mas em forma autônoma pela utilização não autorizada de imagem. Pode dar-se o caso em que a publicação seja autorizada, mas seja ofensiva, existindo aqui uma lesão a honra.¹¹⁰

A partir das citações aqui transcritas, tornam-se forçosas as seguintes indagações: quando será considerada ilícita a conduta dos meios de comunicação? Quais os parâmetros de licitude e ilicitude dos meios de comunicação, quando tratamos de idéias, de opiniões e de transmissão de notícias?

Antes de respondermos a estas questões, mister, ainda, discorrer sobre o abuso de direito, enquanto conduta tipificadora da ilicitude.

Antunes Varela escreve que o “abuso de direito” se junta aos casos de “violação do direito subjectivo ou da disposição legal que protege interesses de outrem, há ainda que referir, como forma de comportamento antijurídico capaz de determinar a obrigação de indenizar, se não houve uma causa especial de exclusão da ilicitude”.¹¹¹

A definição de que o abuso do direito é tipificado como conduta ilícita é de suma importância na responsabilidade civil dos meios de comunicação. Isso

¹¹⁰ *Ibidem.*

porque, o “abuso do direito” não se trata de um a violação ao direito de outrem ou ofensa a uma norma tuteladora de interesses alheio, mas subtrai-se do exercício anormal do direito.

Seria, assim, pois, “o exercício do direito em termos reprovados pela lei, ou seja, respeitando a estrutura formal do direito, mas violando a sua afectação substancial, funcional ou teleológica, é considerado como ilegítimo. Isso quer dizer que, havendo dano, o titular do direito pode ser indenizado (desde que no caso se reunam os restantes requisitos da responsabilidade condenados a indenizar o lesado)”¹¹².

Haveria, assim, abuso do direito, quando o titular o exercita com manifesto excesso dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo fim econômico ou social desse direito. No caso de direitos não patrimoniais, ainda que autorizado pelo lesado, bastando restar presente a ofensa.

Nesse sentido, Lorenzetti afirma que:

O direito à liberdade de imprensa pode ser limitado por algumas razões de interesse público, que a própria convenção expressa.

Com referência aos espetáculos, permite-se a censura prévia com o objeto de regulamentar o acesso para proteger a moral da infância e da adolescência.

Igualmente, a lei proibirá toda propaganda em favor da guerra e toda apologia ao ódio nacional, racial ou religiosos que incite a violência ou às ações incriminadoras.¹¹³

¹¹¹ *Ibidem*, p. 544.

¹¹² Varela, Antunes. *Op. cit.*, p. 544.

¹¹³ *Ibidem*, p. 509.

Importante se ter em mente que os limites para o exercício de certos direitos encontram-se encetados no seu próprio fim, como é por exemplo, o caso do direito de propriedade, do direito de se expressar, do direito de emitir opiniões e do direito/dever de bem informar.

Assim, o abuso no exercício desses direitos será definido segundo as regras da boa-fé, dos costumes e pelo fim econômico, objetivado pelo instrumento de mídia e pelo fim social da informação.

Nesse momento, permitimo-nos retornar às questões anteriormente formuladas, quais sejam: quando será considerada ilícita a conduta dos meios de comunicação ? Quais os parâmetros de licitude e ilicitude dos meios de comunicação, quando tratamos de idéias, de opiniões e de transmissão de notícias ?

A essas questões, permitimo-nos reportar às lições do Ramón Daniel Pizaro, para quem, como regra, “toda transgresión al honor, intimidad e imagen de la persona por los medios masivos de comunicación deve ser reputada anti-jurídica, salvo que medie causa de justificación.”¹¹⁴

A fim de argumentar pela necessidade da aplicação jurídica, Pizaro apresenta três argumentos, a saber:

1. En primeiro lugar porque no existe motivo faldero que permita apartase del principio rector en la materia del alterun non laedere, por el mero hecho de ser el dañador um medio masivo de comunicación.

¹¹⁴ Pizaro, Daniel. *Op. cit.*, p. 204.

Dichos medios no gozan de una situación privilegiada y devem – como cualquier outro sujeito, público o privado – ser alcanzados por el juicio de anttjuridicidad. Salvo, claro está, que medie causa de justificación, como, por ejemplo, el ejercicio legítimo e regular de su derecho de informar (art. 34, Cód. Penal y 1071, Código Civil) que, en principio, deverá ser invocada y probada por el medio.

2. Porque “la cuestión no pude, evidentemente, ser resuelta sobre la base simplista de que la difusión de ideas por la prensa constituye un derecho de carácter constitucional. El punto de partida es justamente el inverso: la consideración de que tal acto é ilícito has tanto el análisis axiológica y sustancial del problema no demuestre que, a pesar de aquella vionlación, el acto guarda armonia cn los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico y es por ello autorizado y aprobado por éste”.

3. Por el valor relevante que dentro del plexo normativo de nuestra Constitución Nacional tienem los decrechos que hacen a la dignidad de la persona. Estos derechos se erigen en un valor primario hasta el extremo de identificar y definir el orden público constitucional.¹¹⁵

Assim, é que, segundo Pizaro, haverá que responder aquele instrumento de mídia que provocar danos à imagem, à intimidade e à honra da pessoa, ressalvando-se os casos do exercício regular do direito de informar e de expressar suas opiniões, ainda que sem reflexos no âmbito patrimonial do ofendido.

Outro ponto consoante, já explicitado é que, em havendo o abuso dos direitos acima mencionados, será assegurado ao ofendido o direito de reparação,

¹¹⁵ *Ibidem.*

ressarcimento ou indenização pela ofensa praticada, configurando-se a ilicitude da conduta do instrumento de mídia.

É certo que o exercício do direito de informar sempre será argumento de defesa dos instrumentos de mídia. Daí ser imprescindível a definição dos limites desse direito. Nesse sentido, concluímos que o direito de informar tem seu campo limitado aos direitos individuais da pessoa, capitulados na Constituição Federal. Em outras palavras, seriam naqueles direitos básicos, garantidos à pessoa, que repousaria a delimitação do direito de informar dos meios de comunicação.

Ao referir-nos a esses limites, pretendemos dizer que se deve tomar por conta a ofensa aos direitos da pessoa (imagem, intimidade e honra), não segundo o princípio comum, mas sim focando-se a partir do lesado - vítima - para então definir se houve ou não ilicitude na conduta do instrumento de mídia – incluindo-se o abuso do direito – repita-se, ainda que sem reflexos no âmbito patrimonial do ofendido.

Isso se aplica, também, com relação aos fatos noticiados, os quais devem prezar pela veracidade e exatidão, de modo a não serem veiculados ofensivamente à pessoa, objeto da notícia. Podemos citar como exemplo de divulgação de fato com caráter atentatório à exatidão, a ocorrência de um determinado jornal televisivo diário que noticia o fato, com fundo musical, pois se é sabido que as “trilhas sonoras”, recurso fartamente utilizados por filmes e, mais exaustivamente pelos melodramáticos, em muito influencia na formação de opinião, já que recorrem ao apelo emocional, prioritariamente.

Nesse caso, estaria o direito difuso de bem ser informado, ou seja, o direito de uma coletividade não identificável de ser informada corretamente, estaria sendo violado pela inexatidão da notícia veiculada.

Com mais rigor, ainda, há que se aferir a ilicitude e o abuso do direito quando estamos diante de opiniões e idéias, casos em que a observância aos direitos individuais da pessoas assegurados na Constituição devem constituir-se de modo a não redundar em insultos desnecessários. Acerca disso, Ramón Pizaro conclui que:

Que el necesario equilibrio que debe existir entre el derecho a la información y otros esenciales, que hacen a la dignidad de la persona humana, refuerza la idea de distinguir según cuál sea el objeto de aquéle, y ampara la distinción que lleva a proclamar criterios estrictos de responsabilidad en materia de información de hechos, verdaderos e falsos, ya a mitigar sensiblemente la responsabilidad en materia de ideas y opiniones, sobre todo en materias de interés público, en donde campea al principio de la irresponsabilidad. El límite está dado por el insulto o el agravio innecesario.¹¹⁶

Assim, o direito de sugerir, comentar, emitir opiniões, suposições e conjecturas, ainda que possam prejudicar os direitos da pessoa, constituem-se no direito de informar, entretanto, não que estar objetivamente fundamentados de forma a demonstrar sua razoabilidade, além de estarem calcados em elementos factuais e não meramente em elucubrações fantasiosas. Ademais, as opiniões, suposições e conjecturas devem ser expressas claramente como tal e não incluídas na notícia, como se fossem parte do fato.

Isso se justifica na medida que os meios de comunicação gozam de situação privilegiada, portanto, ao provocar danos haverá que provar sua conduta dentro

¹¹⁶ *Ibidem*, p.220.

dos limites de liberdade de expressão, posto que o limite de bem informar é constitucional, daí o dever dele – instrumento de mídia – zelar e provar sua conduta lícita.

9.2 - Culpa

Em regra, a responsabilidade dos meios de comunicação se evidencia quando praticados com conduta culposa, ou seja, divulgação de fatos inverídicos ou deturpados, bem como informações inexatas.

O nosso Código consagra a responsabilidade subjetiva, assegurando a indenização à vítima daquele que “por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo”, ou seja, ao descrever a conduta, determina àquele agente a responsabilidade de indenizar.

Nesse sentido, parece-nos incontroverso que o instrumento de mídia que divulga notícias inexatas, deturpadas ou inverídicas, responderia pela sua conduta, indenizando a vítima.

Mesma situação haveria na divulgação de idéias e opiniões, calcadas em fatos inverídicos, inexatos e fantasiosos, ou seja, sem o devido respaldo de razoabilidade de conteúdo.

Em razão de se considerar passível de penalidade os noticiários que se valem da deturpação das notícias é que parece-nos necessário distinguir uma notícia inexata (errônea) de uma notícia falsa.

Em ambas, remanesceria a responsabilidade de indenização, fazendo distinção, somente, no que se refere à responsabilidade criminal havida,

compreendida por nós, exclusivamente, no caso da notícia falsa, em que haveria o dolo por pretender-se lesar a pessoa.

Nesse sentido, Ramón Pizaro, reportando-se aos ensinamentos de Bustamante Alsina, escreve:

En uno u outro caso la información no es verdadera, pero cuando ella se da falsamente consiste en un acto consciente y deliberado com el fin de engañar . El informador obre com dolo o de mala fe. Cuando la información se da por error consistente en un acto no consciente que no se quiere, no se siente, no se piensa. El informador obre de buena fe.

Si la información no verdade es transmitida com falsedad del autor es responsable penal y civilmente según la naturaleza del bien jurídico afectado. Si la información no verdadera es transmitida por error, el autor no seria resposnable divilmente del perjuicio causado si el erros fuese excludable, esto es si hubiesse empelados los debidos cuidados, atención y diligencia para evitarlo. Na cambio, sería responsable si hubiesse faltado al dever de veracidad que consiste en ael obrar cautelo y prudente en recibir y la trnsmitir información.¹¹⁷

Considerando o parecer de Ramón Pizaro, parece-nos que, mesmo na divulgação da notícia inexata restaria a responsabilidade civil, afastando-se, entretanto, a responsabilidade penal. Isso porque, sob nossa ótica a conduta cautelosa e prudente, o compromisso com a exatidão da notícia, daí o dever de diligência na apuração da veracidade, é conduta inerente aos instrumentos de mídia.

A objetividade, exatidão e veracidade da informação são atitudes subjetivas dos instrumentos de mídia, e não simples resultados exigidos da divulgação do fato. Em outras palavras, não se tratam de resultado da atividade, mas sim de condição de sua conduta enquanto meio de comunicação de massa.

Portanto, não se caracterizaria escusa a ausência de tais diligências, quando da divulgação de fatos inexatos, respondendo, assim, perante o ofendido os danos que venha provocar.

Ainda, segundo Pizaro, alguns autores defendem somente a culpa subjetiva, como elemento ensejador da responsabilidade civil dos meios de comunicação como forma de equilíbrio dos direitos de liberdade de expressão e direitos da pessoa.¹¹⁸

Entretanto, sem embargo do posicionamento desses juristas, afigura-nos que esse não seria o melhor procedimento de análise, para se verificar a responsabilidade dos meios de comunicação.

Como afirmamos anteriormente, ao discorrermos sobre a conduta anti-jurídica, o foco a ser analisado deve ser sob a perspectiva do lesado. Sob esse prisma, os instrumentos de mídia desenvolvem atividade econômica, de forma a aferirem lucros com programação exibida.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 385.

¹¹⁸ Pizaro, Ramón. *Op. cit.* (p. 386). “De allí que toda solución en contrario, que consagre a responsabilidades objetivas, dejaría a los medios de comunicación expuestos a resarcir cualquier daño, por el mero hecho de haber difundido noticias inexactas o agravimantes, y provocaría un menoscabo irreparable para las libertades de expresión y de prensa”. Este seria, segundo Ramón Pizaro, o argumento daqueles que defendem a modalidade de culpa subjetiva, enquanto elemento ensejador da responsabilidade de indenizar, ou seja, a conduta teria que se caracterizar pela omissão ou ação, no intuito de fraudar a informação.

O dever de bem informar e conduzir sua programação, incluindo-se a informação, deve ser atinente à conduta do instrumento de mídia, devendo os lucros, a ele auferidos, advirem sem que o preceito de conduta seja rompido.

Alguns doutrinadores¹¹⁹ sustentam uma posição intermediária mas, com a devida vênia, em todas as posições encontramos o elemento culpa na conduta do instrumento de mídia, seja através da divulgação de notícias inexatas, seja na conduta de seus prepostos. Entretanto, a responsabilidade objetiva dos meios de comunicação, independentemente de qualquer conduta culposa sua ou de seus prepostos, configurar-se-ia como fundamento para o exercício da mídia, assegurando-lhe limites éticos para a liberdade de expressão que, dentro dos parâmetros estabelecidos, poderia exercer com sucesso suas atividades, sob o ponto de vista econômico.

À necessidade de se conduzir a vida das pessoas segundo regras do Estado, melhor faz o caminho das relações humanas, do que aquela que pretende conduzir a vida das pessoas sob uma ótica privatizante. A condição econômica de um, em detrimento do outro, sempre prevalecerá.

Essa problemática pôde ser evidenciada pela utilização, cada vez mais crescente, da máquina e sua interferência nas relações econômicas. Incontroversamente, com os avanços tecnológicos, notadamente nos instrumentos de mídia, aumentaram a capacidade de divulgação das informações, aumentada sob o ponto de vista

¹¹⁹ Ramón Pizaro elenca alguns doutrinadores que sustentam uma posição intermediária, entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. Para esses, segundo o autor, a exceção à responsabilidade subjetiva, conduzindo, portanto, à responsabilidade objetiva, existira apenas quando i) configurado o abuso de direito (quando veiculada notícias inexatas e lesivas ao direito da pessoa humana), ii) pela conduta culposa de seus subordinados e iii) pela inexatidão das notícias veiculadas. Ramón Pizaro cita como defensores desta posição intermediária os seguintes autores: Kremelmajer de Carlucci Y Parellada e Zanoni, entre outros. Pizaro, Ramón. *Op. cit.* p. 488-492.

territorial e de velocidade. Hoje temos informações instantâneas de lugares do outro lado do mundo.

Essa complexidade, ao mesmo tempo em que facilita a vida dos usuários e receptores das informações, configura-se num negócio altamente lucrativo.¹²⁰ Por isso, aquele que obtém o lucro da atividade, deve, também, suportar os riscos dela advindos.

Tal responsabilidade constitui o que chamamos de socialização dos riscos, a exemplo das situações previstas em algumas leis que tratam dos acidentes de trabalho e nos acidentes de avião, existente nos casos de indenização ao lesado, não só quando presente os elementos da culpa subjetiva, mas também, naquelas em que o causador não seja conhecido ou em que, sendo conhecido, agiu em conduta lícita, mas que tenha redundado em algum dano.

Pizaro, ao escrever sobre o risco de atividade dos meios de comunicação, ensina:

Una actividad es de característica riesgosa cuando por su propia naturaleza (esto es, por sus características propias, ordinarias y normales), o por las circunstancias de su realización (v.gr., por algún accidente de lugar, tiempo e modo), genera un riesgo o peligro para terceros.¹²¹

¹²⁰ Antunes Varela ao referir-se à Revolução Industrial, como elemento caracterizador da responsabilidade objetiva resultante do risco da atividade, escreve que “quem utiliza em seu proveito coisas perigosas, quem introduz na empresa elementos cujo aproveitamento tem os seus riscos; numa palavra, quem cria ou mantém um risco em proveito próprio, deve suportar as consequências prejudiciais do seu emprego, já que deles colhe o principal benefício”. Varela, Antunes. *Op. cit.* p. 633.

¹²¹ *Ibidem*, p. 392.

Em outras palavras, trata-se de atividade de risco aquela da qual decorre a previsibilidade da produção de algum dano, a partir de sua natureza, ou, ainda, que dela decorre, ainda que de forma abstrata e genérica, alguma probabilidade de prejuízo, ou não, a terceiros.

Assim, nessa modalidade, restaria afastada qualquer conduta culposa, bastando a condição de instrumento de mídia, sujeito, portanto, ao risco da atividade por si desenvolvida, bem como a existência de um dano, ou não, em se tratando de ofensa a direitos não patrimoniais.

9.3 - Nexo de causalidade

Parece-nos que é no nexos de causalidade que reside o elemento controlador e assegurador da liberdade de expressão, atinente ao exercício dos instrumentos de mídia, pois, nem todos os danos sobrevividos da divulgação de notícias, ainda que inexatas ou falsas, hão de ser de responsabilidade do instrumento de mídia, mas somente aqueles resultantes de fatos por ele praticados.

Antunes Varela ilustra bem a aferição do nexos de causalidade:

Se A, para fugir à agressão de B, atravessa imprudentemente a rua e é mortalmente colhido por um veículo, a morte dele não deve, ou pelo menos, nem sempre deverá considerar-se causada pela ameaça de agressão. Da mesma forma, se C agredir D com uma bofetada e esta provocar a morte do agredido, que sofre de uma lesão cardíaca

gravíssima ignorada pelo agressor, também não seria justo considerar tal agressão como causa jurídica da morte da vítima, embora de um estrito ponto de vista naturalístico ela seja a causa próxima ou imediata desse evento.¹²²

Assim, o dano deve guardar estrita relação com a conduta imputada ao agente nos casos dos meios massivos de comunicação, seja a conduta lícita ou ilícita, se violado direito da pessoa, ela será passível de indenização.

Sobre isso, Ramón Pizaro escreve:

La necesaria conexión que deber existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido constituye otro de los presupuestos indispensables de la responsabilidad civil.

Dentro del ámbito de la responsabilidad civil, la relación de causal asume una doble función, de singular importancia:

1. Permite determinar, con rigor científico, cuando un resultado dañoso es materia objetivamente atribuible a la acción de un sujeto determinado.
2. Brinda, al mismo tiempo, los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias.¹²³

Assim, para a verificação da responsabilidade em indenizar dos instrumentos de mídia, faz-se necessária a demonstração de que a conduta desse ou

¹²² *Ibidem*, p. 617.

¹²³ *Op.cit.*, p. 484.

daquele meio tenha influenciado na ocorrência do dano do pretendente à indenização, ou que tenha sido violadora do direito não patrimonial.

10 - FORMAS DE REPARAÇÃO

Como pressupostos de indenização ou reparação por danos sofridos, em razão da conduta dos meios massivos de comunicação, consideraremos os seguintes pontos:

- a) não se trata de uma visão materialista, utilitária da vida e imoral, pretender-se a fixação de obrigação de pagar por ofensa a intimidade, posto que mais imoral seria restar impune o ofensor;
- b) há que se verificar a constituição de uma sanção inibidora de repetição daquela conduta danosa;
- c) há que se atenuar, minorar, e de alguma forma, compensar a dor sofrida;
- d) há que se buscar meios eficazes de restabelecimento do *status quo ante*.

Postas tais considerações, que nos servirão de parâmetros para conclusão da necessidade de reparabilidade e indenização, em razão das condutas lesivas dos meios de comunicação a fim de evitar a perpetuação da ofensa, através de concessão de tutelas de urgência, consideramos que a a reparabilidade dos danos não patrimoniais tem sido, na doutrina e na jurisprudência, assunto merecedor intenso debate.

A parte a concessão de tutelas de urgência inibidoras da propagação da ofensa no tempo, que melhor detalharemos mais adiante, o certo é que a dificuldade de se aferir em pecúnia o valor da reparabilidade, nestes casos de ofensa a direito não

patrimonial, consideramos que o *quantum* a ser pago à vítima, afigura-nos mais adequado como indenização.

A indenização, nestes casos da ofensa à moral, à imagem, à honra, etc., teria natureza compensatória pela dor e o vexame sofrido pela vítima. Sobre isso, Antunes Varela pondera que:

A estes argumentos tem-se replicado com afirmação de que, embora o dinheiro e as dores morais ou físicas sejam, de facto, grandezas heterogêneas, a prestação pecuniária a cargo do lesante, além de construir para este uma sanção adequada, pode contribuir para atenuar, minorar e de algum modo compensar os danos sofridos pelo lesado, Entre a solução de nenhuma indenização atribuir ao lesado, a pretexto de que o dinheiro não consegue apagar o dano, e a de se lhe conceder uma compensação, reparação ou satisfação adequada, ainda que com certa margem de discricionariedade na sua fixação, é incontestável mais justa e criteriosa a segunda orientação.¹²⁴

Assim, não haveria de fato a intenção de pagar ou restabelecer o *status quo ante* com o pagamento ao lesado, da dor moral, da ofensa à honra da pessoa, à reputação da vítima, à imagem etc. Não encontram parâmetros de mensurabilidade, há apenas a intenção de se atenuar o mal advindo da conduta do agente, “mais imoral e bem mais injusto é o resultado a que a tese oposta, negando qualquer compensação a quem sofreu o dano (o qual pode ser bem mais grave do que muitos danos patrimoniais) e

¹²⁴ *Ibidem*, p. 603.

deixando absolutamente intacto o patrimônio do autor da lesão, a pretexto de dificuldade ou da impossibilidade de fixar o montante exacto do prejuízo por ele causado.”¹²⁵

Para esse aspecto – ofensa a direitos não patrimoniais – consideramos como pontos de partida os seguintes critérios na fixação, que conduzirão a uma aferição equânime do *quantum* indenizatório ou reparador.

Primeiramente a gravidade do dano há que se medir por um padrão objetivo e não sob o enfoque de conceitos subjetivos. A objetividade decorrer da aferição de situações concretas diante dos padrões morais e espirituais e dos valores presente no senso comum da sociedade.

Sob essa circunstância, por exemplo, consideraríamos absurda uma indenização por danos morais, por morte de um animal de estimação, posto que, por dia, milhares de pessoas morrem nas periferias das grandes capitais e, no mundo, centenas de crianças morrem por falta de alimento.

Esta concepção, ainda que sob o risco de sermos grosseiros na conclusão, evitaria a “*indústria das indenizações*”, por meio da qual se busca ganho fácil, através de ações judiciais indenizatórias. Por isso, temos a convicção de que o dano, para justificar a tutela do direito, há de atentar gravemente contra os padrões morais e espirituais da pessoa, como bem afirma Antunes Varela ao escrever que “o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado.”¹²⁶

Outro ponto a ser considerado é o da equidade, onde deverá buscar a equidade, ou seja, considerando-se a situação econômica do ofensor e a da vítima de

¹²⁵ Varela, Antunes. *Op. cit.*, p. 604

¹²⁶ *Ibidem*, p. 606.

forma que esta se sinta satisfeita e compensada e aquele se sinta inibido em reincidir na prática da conduta. O dano material implica no restabelecimento do patrimônio do lesado, como se dano não houvesse, ou seja, na reconstituição das coisas, como se a conduta não tivesse se verificado.

Antunes Varela, ao tratar desse assunto, exemplifica as seguintes situações:

Se o dano (real) consistiu na destruição ou no desaparecimento de certa coisa (veículo, quadro, jóia, etc.) ou em estragos produzidos, há que proceder à aquisição de uma coisa da mesma natureza e à sua entrega ao lesado, ou ao conserto, reparação ou substituição da coisa por conta do agente. Se houve ferimentos ou doença em pessoas, haverá que cuidar da sua saúde, custeando o responsável as intervenções, tratamentos, internamentos, etc., a que haja lugar até ao restabelecimento do lesado. Neste caso, sendo o tratamento prolongado, e não sendo possível fixar desde logo o montante do dano a cargo do responsável, nada impedirá que o lesado aproveite, por uma ou mais vezes, da possibilidade de ir exigindo indenizações provisórias para acudir às despesas que vá realmente efectuando.¹²⁷

Importante salientar que a reparação tem um carácter de construção de uma situação hipotética, que existiria caso não houvesse a conduta do agente. Ocorre que, nem sempre a reparação, tem a eficácia de reconstituir a coisa ou o patrimônio, como se conduta lesiva não houvesse, é o caso, por exemplo, de consumo, perecimento, morte,

etc. Para esses casos, de insuficiência de reparação diante da impossibilidade natural, há que ser comparada com aqueles danos insuscetíveis de reconstituição, como é o dano à moral, à imagem, à honra, etc., suscetíveis, portanto, de indenização ou compensação pelo dor sofrida, pelo vexame suportado, etc., considerando o tempo e a dimensão territorial abrangida pelo fato danoso.

Ainda, para esses casos – de insuficiência de reparação – há que se buscar o valor exato da indenização. Nesse sentido, argumenta Antunes Varela que:

A indenização pecuniária deve manifestamente medir-se por uma diferença (por *id quod interest*, como diziam os glosadores) – pela diferença entre a situação (real) em que o facto deixou o lesado e a situação (hipotética) em que ele se encontraria sem o dano sofrido.¹²⁸

Postas estas considerações de carácter geral, parece-nos acertado considerá-las para fixação das formas de reparação nos atos danosos praticados pelos meios de comunicação¹²⁹. Ramón Pizaro, elenca três formas de reparação admitidas para os meios de comunicação:

¹²⁷ *Ibidem*, p. 905.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 907.

¹²⁹ Ramón Pizaro, *Op. cit.* (p. 504) considera que: “la reparación em especie consiste en reponer las cosas al estado anterior al que se hallaban antes de producirse el monoscabo, lo que presupone que existan posibilidades materiales y jurídicas de hacerlo. La otra forma de reparación, en cambio, se traduce en la entrega a la víctima de un equivalente, por lo general pecuniario, y que tiene entidad para restaurar los valores afectados. Esta reparación es “mucho más dúctil, y aunque no resulta ideal, permite colocar al patrimonio de la víctima em situación similaro paroximada a la que tinea antes”. Parece-nos que esta conceição, definida por Ramón Pizaro, no que se refere a responsabilidade dos meios de comunicação, em muito se assemelha àquelas percorridas por Antunes Varela,. Como condições gerais de reparação, o que se conclui por óbvio, posto que não se admitiria fosse diferente.

- 1) publicação da sentença condenatória do ofensor, como meio a conseqüente retratação, cabível quando verificadas condutas atentatórias contra a imagem, a honra e contra a intimidade;
- 2) publicação da retratação do ofensor;
- 3) estabelecimento quantitativo e qualitativo da indenização: consistir na reparação plena, recolocando a situação patrimonial do ofendida, na mesma condição que se encontrava antes da conduta do agente, bem como estabelecer-lhe uma compensação pecuniária.

Acrescentaríamos à observações acima, a necessidade de se manter a retratação ou reparação, quando estamos diante de divulgação de fatos via publicação, na forma televisiva ou radiofônica, que se observe a questão “tempo”, ou seja, dever-se-á observar o mesmo tempo para o desagravo, para aquele do agravo.

11 - CONCEITO DE JUSTIÇA EFICAZ¹³⁰

A noção de justo é pedra fundamental do construir jurídico, de forma que os princípios gerais do direito nada mais são do que os princípios de justiça, daí concluirmos, grosso modo, que: o direito é aquilo que é devido por justiça a uma pessoa ou comunidade – de forma a dar a cada um o que lhe é de direito.

Alguns autores, por seu turno, sustentam a separação entre “direito” e “justiça”. Nesse direcionamento aparece Kelsen, para quem os critérios de justiça são emocionais e subjetivos e sua determinação, portanto, deve ser deixada à religião ou à metafísica.

Dentre as doutrinas que abordam as questões da correlação entre direito e justiça, destacamos duas:

i) a naturalista ou positivista – que não leva em consideração os princípios de ordem moral, abordando, apenas, o enfoque científico: a norma é de direito, porque obrigatória. Tem como principal expoente Kelsen, para quem não interessa o conteúdo da norma, mas sim a forma de subordinação à regra fundamental. É a ciência das normas. Trata-se, pois, o direito positivo de um conjunto de camadas de normas jurídicas superpostas, em que cada um tira seu valor jurídico da camada imediatamente superior, retirando-se a parte social, lógica, moral e psicológica, sendo a Constituição a norma fundamental;

¹³⁰ Neste capítulo, baseamo-nos na síntese feita pelo Prof. André Franco Monto. *Introdução à Ciência do Direito*. 26 ed., São Paulo, Saraiva.

ii) a concepção humanística ou ética do direito (Doutrina Clássica) – que tem como base os princípios da justiça ou valores semelhantes: o direito é um meio para realizar a justiça. Para S. Tomás de Aquino, existem 03 (três) espécies de lei: a) a eterna (que vem de Deus), b) a natural (que vem das relações humanas) e a c) positiva (obra do legislador). Para Montesquieu as leis são relações necessárias que decorrem da natureza das coisas: “Dizer que não há nada justo ou injusto, a não se o que é ordenado ou proibido pelas leis positivas, é o mesmo que afirmar que, antes de traçarmos um círculo, os raios não eram todos iguais”, acrescentando, “esta lei natural da justiça é a razão humana enquanto governa todos os povos da terra”.¹³¹

Essas doutrinas sobre justiça, obviamente, não se afastam de outra questão, também crucial no conceito do justo, que é o acesso à justiça, sob o aspecto de tornar possível às pessoas a utilização plena da justiça (Estado) e de suas instituições.

Quando nos referimos ao “acesso à justiça”, não estamos focando apenas o “direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”¹³², remetendo o jurisdicionado à sua própria sorte, de forma que, somente aqueles que pudessem suportar os custos, em razão do tempo e outros fatores, é que teriam acesso à jurisdição. Daí dizer: justiça formal e não efetiva. Pois bem, nessa concepção de que deve existir uma justiça rápida, preservando-se a possibilidade de ampla defesa e a conservação primordial do estado de direito, é que há que criar sistemas normativos.

¹³¹ MONTORO,. André Franco. *Op. cit.* p. 25, citando lição de Montesquie. – *Lésprit des Lois*, L. I.

¹³² Cappelletti, Mauro; Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 9.

Dentre alguns sistemas normativos da literatura jurídica, podemos citar como exemplo a sentença penal transitada em julgado, nos termos do artigo 584, II do CPC, que tem força de título executivo judicial, deixando-se, portanto, de lado toda discussão atinente à responsabilidade pelos danos e a obrigação de pagar o *quantum* ali determinado. Nesse mesmo sentido, temos o artigo 273 do CPC, que trata da tutela de urgência, como forma de amainar os prejuízo em razão do tempo da demanda.

Assim, corroborando a tradição jurídica, acreditamos ser justa e eficaz a justiça que, rápido e eficientemente, atender no mundo empírico a pretensão de direito da parte, “pois, [o processo] como instrumento de prestação de tutela jurisdicional deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida”.¹³³

¹³³ Marinoni, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 3 ed. Malheiros, p. 24.

12 - TUTELA DE URGÊNCIA

Nas questões sob exame, considerando-se os meios eficazes de resposta do ofendido, quando violado seu direito de imagem pelos meios de comunicação de massa, consideramos prioritariamente a tutela de urgência satisfativa. Isso porque, “a tutela satisfativa (de cognição) sumária realiza o direito material afirmado pelo autor, ou, em outras palavras, dá satisfação ao direito material afirmado, obviamente incidindo (ainda que, na angulação processual, de forma provisória) sobre o plano das relações substanciais. A realização de um direito através da tutela antecipatória é realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente”¹³⁴.

Tal tutela satisfativa existe no âmbito das ações cominatórias, consiste no reconhecimento de uma obrigação de fazer, ou não fazer, impedindo-se a consumação de um dano a um bem da personalidade, cuja prática do ilícito encontra-se em curso. No dizer de Dinamarco é a tutela específica, com o fim de “proporcionar a quem tem o direito à situação fática final que constitui objeto de uma obrigação específica, precisamente aquela situação jurídica que ele tem o direito de obter”.¹³⁵

Assim, pois, a tutela de urgência, para o caso de defesa do direito de imagem, empiricamente, produz o efeito que, não fosse a previsão legal da tutela de urgência, somente produziria ao final, quando, certamente, o prejuízo já haveria se consolidado e agravado o prejuízo ao ofendido.

Não restam dúvidas de que a tutela de urgência a ser concedida nessas situações perfaz-se de uma dualidade de naturezas, posto que, ao mesmo tempo,

¹³⁴ *Ibidem*, p. 40.

¹³⁵ Dinamarco, Candido Rangel. *A Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 149.

exige uma tutela antecipatória dos efeitos da decisão a ser proferida ao final do processo, e, também, uma tutela antecipatória, mas da espécie inibitória.¹³⁶

É certo, também, que dada a cognição sumária para concessão da tutela de urgência, sobre esta decisão, não recairia no manto da “coisa julgada” – efeito que se agrega às conseqüências das decisões proferidas após uma cognição exauriente – entretanto, ela produz conseqüências concretas dos efeitos que seriam obtidos com a decisão final – com cognição exauriente – no âmbito das relações de direito material.

De qualquer forma, nossa sistemática processual tem se mostrado deficiente para a preservação do direito, quando posto à apreciação do judiciário, quer sob o aspecto preventivo, quer sob o aspecto ressarcitório, quando evidenciado o dano.

Isso porque, a concepção do direito processual clássico, parte do pressuposto do isolamento do direito material em relação ao direito processual. Tal perspectiva espelha “os valores do direito liberal, fundamentalmente a neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do *facere*”¹³⁷.

Nas situações de violação ao direito de imagem através dos instrumentos de mídia há que se pensar numa nova sistemática processual, donde a

¹³⁶ Nestas hipóteses indagamos, tal como, Claudio Luiz Bueno de Godoy, se não estaríamos diante de uma censura indevida à atividade dos instrumentos de mídia, constitucionalmente garantida. A isto, Godoy conclui que “todavia, a resposta a essa indagação, com efeito, só pode ser negativa, a começar pela verificação, já externada, de que a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade de opinião ou a liberdade de imprensa não são direitos absolutos, que não encontrem limites, por exemplo, ditados por sua ponderação diante de outros direitos de igual dignidade. E mais, já se viu ainda que o exercício da liberdade de imprensa não se faz, por causa da natureza desse direito, escoimado de todo e qualquer dever jurídico, que justifique a inviabilidade de se evitar que dele possam dimanar danos à personalidade, à dignidade alheia, também garantida pela Constituição Federal. Isso não deve ser confundido com censura. Não se trata de, previamente, e de forma injustificada, obstar o exercício da liberdade de imprensa. Cuida-se, antes, de garantir a própria função institucional que lhe é inerente.” Godoy, Claudio Luiz Bueno. *Op. cit.*

¹³⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 29.

concessão da tutela antecipatória esteja prevista num procedimento paralelo, de modo a desvencilhar-se dos procedimentos tal como os conhecemos¹³⁸.

Isso porque, a cognição nos diferentes procedimentos (procedimento ordinário de conhecimento, procedimento do mandado de segurança, etc.), de acordo com a pretensão de direito deduzida (direito afirmado), por vezes, não é suficiente para impedir a perpetuação do dano ou a prolongação dos seus efeitos, em se tratando de ofensa a imagem.

Assim, a tutela antecipatória, para esses casos, há que ser estruturada e pensada como meio de impedir a continuação da prática do ilícito, assegurando que a atividade do instrumento de mídia se desenvolva segundo a observância das regras jurídica que tutelam os interesses da coletividade e as garantias individuais.

Essa concepção, prática do ilícito, não consiste em apenas impedir a prática do ato ou fato de violação ao direito de imagem, visto que, a notícia veiculada de forma deletéria, permite que possa se subentender como continuação da ofensa, pelo tempo em que não houver retratação. Em outros termos, podemos afirmar que o fato noticiado e tido como violador do direito à imagem repercutirá no tempo, enquanto não for desmentido. Assim, a concessão da tutela antecipada, no sentido de se permitir a retratação ou o desagravo, implica numa tutela impeditiva da prática do delito.

É claro que a tutela antecipatória, nos casos de violação ao direito de imagem, não tem natureza de “prevenção do delito”, mas sim de distribuição do ônus do

¹³⁸ Não se defende, com estes argumentos, a possibilidade de censura prévia do Poder Judiciário ao direito de livre expressão, mas sim que aquele órgão “esteja a serviço, como deve ser, da tutela de direitos fundamentais, tão fundamentais quanto a liberdade de imprensa, ainda que de maneira preventiva, inibitória, de resto na esteira do que, hoje, vem-se mostrando ser o caminho da evolução da prestação jurisdicional”. Godoy, Claudio Luiz Bueno. *Op. cit.* p. 111.

tempo do processo, de forma a que a violação não se perpetue no tempo do curso do processo, como se verdade fosse.

Essa nova forma de conceber os casos de violação do direito de imagem, somado à necessidade da tutela antecipatória, advém da própria Constituição, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, indo além das garantia dos direitos meramente patrimoniais, mas garantido diversos direitos de natureza não patrimonial, como o direito de acesso à justiça diante de uma “ameaça ao direito” – artigo 5º, inciso XXXV, assim, existe a responsabilidade do Poder Judiciário em atuar pronta e eficazmente na violação do direito à imagem, exigindo, com isso, a concessão desta modalidade de tutela antecipatória.

12.1 - Tutela inibitória, tutela cautelar e tutela antecipatória – dualidade do provimento de antecipação da tutela na hipótese das ações de defesa do direito de imagem

Ao contrário dos que rezam os pressupostos liberais, a liberdade de pensamento não é o fundamento da liberdade política ou da garantia das liberdades individuais do cidadão.

Pode parecer que esta frase seja mero paralogismo, tal como, “livre pensar é só pensar”, ou algo do tipo, entretanto, rogamos uma reflexão do quanto foi dito.

O só pensar de modo a refletir o direito de externar seu pensamento, - criticando-se, questionando-se, destruindo-se estratégias do poder – por vezes reflete nossa condição de subserviência e não de liberdade. Em outros termos, a falta de referência

dogmática, a falta de um mestre a quem reverenciar, a indiferença que acolhe a qualquer contestação faz do livre pensamento uma atividade agradável mas inútil. Isso advém do fato de que o engajamento subjetivo é o modo mais eficiente de fazer com que as pessoas colaborem com a própria dominação.

Nesse direcionamento de tudo questionar sem fundamentação consistente, temos os instrumentos de mídia, que industrializam a cultura de modo a produzir um efeito pendular, em que os valores vêm e vão, sem que se fixem contextualmente nas amarras no direito posto. Nessas variantes da liberdade de expressão, reside um processo de alienação oriundo da mera contestação e que, por força do processo pendular, dificulta o estabelecimento de parâmetros limitativos.

Pois bem, esse parâmetro de liberdade de expressão há que ser definido por uma intervenção estatal, não sob forma de censura, distante do liberalismo vigente no conceito de dualidade dos direitos – processual e material – de modo a garantir a cessação do ilícito – tempo do processo – e, se o caso, sua conversão de tutela antecipatória (inibitória) para a tutela ressarcitória.

Não há no direito brasileiro “qualquer incursão teórica voltada a estabelecer uma tutela jurisdicional atípica que possa ser prestada através do processo de conhecimento. Contudo, se os cidadãos devem ter a sua disposição instrumentos processuais adequados para a tutela de seus direitos, é necessário que seja elaborada uma tutela jurisdicional idônea à prevenção do ilícito.”¹³⁹

José de Oliveira Ascensão refere-se a “sanções preventivas” no direito luso, que seria a reação “à violação duma regra jurídica, e por isso há verdadeira

sanção; mas a finalidade da sanção é prevenir violação futura, de que a anterior prática do ilícito justifica o receio”.¹⁴⁰

Luigi Bonaolontà, doutrinador italiano, alude no direito italiano ao “provvedimenti d’urgenza”, explicando-o nos seguintes termos:

I provvedimenti d’urgenza possono essere chiesti da chi fondato motivo di temere che durante il tempo per far valere il suo diritto per via ordinaria, questo sia minacciato de un pregiudizio imminente e irreparabile. Tali provvedimenti, che la legge ha introdotto allo scopo di completare il sistema dei provvedimenti cautelari, non sono specificati per cui il giudice può emettere ogni provvedimento che appaia, secondo le circostanze, più idoneo ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito. La richiesta si propone con ricorso al giudice sul presupposto di un pericolo che non può essere eliminato con un provvedimento cautelare tipico (27). Si applicano per il resto le disposizioni degli artt. 669 bis e segg. c.p.c.¹⁴¹

Marinoni remete-nos a outros doutrinadores italianos, que relevam a tutela atípica, com natureza inibitória, valendo-se de tal terminologia, para o fim de individualizar uma espécie de tutela cujo fim é senão “impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano”¹⁴².

¹³⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁴⁰ Ascensão, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 64.

¹⁴¹ Bonavolontá, Luigi. *Il Nuovo Processo Civile*, Roma: Buffetti, 1995, p.254.

¹⁴² Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 36.

Como afirmamos anteriormente, nosso entendimento é de que, nos casos de violação ao direito de imagem, a prática do ilícito não se limita, tão somente, à veiculação do fato, mas, também, à omissão da retratação ou desagravo, razão pela qual a tutela a ser prestada tem natureza inibitória, a fim de cessar a eficácia do fato deletério à imagem do ofendido ¹⁴³.

Nesse sentido, parece-nos mister trazer a distinção feita por Marinoni, sobre três modalidades de tutela de urgência: inibitória, cautelar e antecipatória.

A ação cautelar, como é sabido, tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito. Seu escopo não é o de prevenir, autonomamente, um ilícito. Note-se que a prevenção do ilícito é um fim em si mesmo: a ação inibitória não objetiva assegurar um direito controvertido, nem muito menos o resultado útil de outro processo. A ação inibitória, ao contrário da ação cautelar, é uma ação autônoma.

De forma que, quanto a tutela de urgência, de natureza cautelar, tem por escopo assegurar a eficácia de um provimento final, a tutela de urgência de natureza inibitória, tem por finalidade impedir a realização ou a continuidade de uma conduta ilícita.

Doutro lado, a tutela inibitória seria uma espécie do gênero da tutela antecipatória, ou seja, 'a tutela antecipatória, em outras palavras, apenas poderá ser inibitória.'¹⁴⁴

¹⁴³ “Já no plano corretivo dos denominados abusos da liberdade de imprensa, de novo cabe a remissão às ações de obrigação de fazer e de não fazer, sempre tendentes à satisfação *in natura* de um direito. Cuida-se da chamada tutela específica, tão prestigiada, e com toda razão de ser, pela recente reforma processual. Por meio de um fazer, ou de um não fazer, possível a restituição, a seu estado anterior, de uma situação de maltrato a direitos da personalidade. E isso com o apoio das chamadas medidas sub-rogatórias, prevista no § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil”. Godoy, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 113-114.

¹⁴⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 79.

A tutela antecipatória inibitória está prevista no artigo 461 do CPC, que trata das obrigações de fazer e não fazer, donde se extrai do parágrafo 3º: sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu.

A preocupação do legislador se mostra real, na medida em que, caso o Estado não detenha meios eficazes de inibição da prática do ato ilícito desde o início, quando provocado, haveria grande possibilidade de, ao final, dado o longo caminho a ser percorrido no processo de conhecimento, ser ineficaz a decisão proferida, posto serem irreversíveis os efeitos do ato ilícito praticado pelo ofensor. Considera ainda, por meio do artigo, hipóteses como a ofensa à imagem, que a simples omissão na retratação ou no desagravo, implica na continuidade do dano, ainda que não material, mas na perpetuação da mensagem ofensiva transmitida pelo instrumento de mídia.

Marinoni esclarece que a tutela inibitória e a tutela ressarcitória não se confundem, posto que aquela não é uma tutela contra o dano “não exigindo os mesmo pressupostos da ressarcitória (...), a configuração de uma tutela genuinamente preventiva implica a quebra do dogma – de origem romana – de que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória , ainda que na forma específica”.¹⁴⁵

O dogma da vinculação da concessão da tutela contra o ilícito, vinculada ao dano, é algo presente na doutrina e na legislação brasileira, tratando o bem

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 37.

jurídico a ser protegido pelo Estado como se mercadoria fosse, não abrangendo a ofensa a direitos patrimoniais ou as garantias individuais, estes protegidos na Constituição Federal.

Trata-se de uma visão materialista do direito, de modo a reduzir o homem ao seu patrimônio, ignorando-se os seus bens sem valor atribuído, como a honra, moral, imagem, etc., partindo do pressuposto da existência do dano, para o fim de definir-se a existência, ou não, do ilícito. Tal regra, consagrada na doutrina brasileira¹⁴⁶, por certo, impede uma melhor visão e a eficácia do poder jurisdicional, em se tratando de ofensa a imagem, posto que, por vezes não reflete no patrimônio do ofendido.

A tutela inibitória é uma tutela específica, diferenciada daquelas de natureza ressarcitória “pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equivale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se dar preferência a primeira”.¹⁴⁷

Não há que se entender que o ressarcimento ao direito de imagem possa ser reduzido ao um valor em pecúnia, arbitrando-se um *quantum* acreditando reparar o dano, ao contrário, nesse caso a fixação da pena pecuniária deverá objetivar a prática de novos atos, sendo meramente punitiva e não de natureza reparatória – estamos tratando de um direito não patrimonial – com vistas a impedir a repetição do ato deletério.

¹⁴⁶ Marinoni remete-nos a doutrina de Orlando Gomes e de autores italianos, demonstrando que a confusão “de ilícito e dano é o reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – através da suposição de que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, isto é, a *res* dotada de valor econômico da lesão. A identificação de ilícito e dano não deixa luz para a doutrina enxergar outras formas de tutela contra o ilícito; não é por outra razão, aliás, que o grande exemplo de tutela inibitória no direito brasileiro está no interdito proibitório, a refletir valores liberais clássicos e privatísticos”. Marinoni, Luiz Guilherme. *Ibidem.*

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 38.

Não olvidamos concluir que, nesses casos, a tutela inibitória, em se tratando da preservação do direito a imagem, tem natureza antecipatória, obtida através de uma cognição sumária¹⁴⁸ não exauriente, que resultará na procedência, ou não, do pedido na ação inibitória.

A inibitória funciona, basicamente, através de uma decisão ou sentença capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, conforme a conduta ilícita temida seja de natureza comissiva ou omissiva, o que permite identificar o fundamento normativo-processual desta tutela nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, (...) podendo ser postulada diante de qualquer tipo de direito, e não apenas em face de situações de direito material expressamente previstas na lei.¹⁴⁹

Essa assertiva, por seu turno, tem seu fundamento legal no artigo 5º, inciso XXXV da CF, que estabelece que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

12.2 – Ato ilícito

Como dissemos anteriormente toda ofensa à honra, à intimidade e à imagem através dos instrumentos de mídia, reputar-se-á atos ilícitos.

¹⁴⁸ Francesco Carnelutti sobre a recepção das provas escreve: “O conceito de recepção das provas funda-se na distinção entre *provas constituídas e que devem constituir-se* (*supra n° 168*); denomina-se recepção das provas, precisamente, a inspeção das provas que devem constituir-se. Já que tal inspeção não se pode fazer no ato da decisão, compreende-se que constitui uma fase muito importante da instrução. A recepção das provas pode referir-se ou à prova direta ou, à indireta, à prova histórica ou à crítica, à prova pessoal ou à real. Os tipos de recepção que a lei construiu são fundamentalmente três e concernem à prova testemunhal, à prova documental e à prova direta ou crítica, pessoal ou real.”. *Instituições do Processo Civil, Vol II, Editora Servanda, 1999.*

Assim, é que haverá que responde por danos causados, aquele instrumento de mídia que provocar danos à imagem, à intimidade e à honra da pessoa, ressalvando-se os casos do exercício regular do direito de informar e de expressar suas opiniões.

A exceção seria a do direito de informar, que tem seu campo de atuação limitado aos direitos individuais da pessoa, capitulados na Constituição Federal. Em outras palavras, seriam nos direitos básicos garantidos à pessoa, que estariam delimitados os parâmetros do direito de informar dos meios de comunicação.

Ao referirmo-nos a esses limites, pretendemos defender que se deve tomar por conta a ofensa aos direitos da pessoa (imagem, intimidade e honra), não segundo o princípio comum, mas sim focando-o a partir do lesado - vítima - para então definir se houve ou não ilicitude na conduta e/ou abuso de direito do instrumento de mídia.

Esse procedimento se aplica, também, com relação aos fatos noticiados, os quais devem prezar pela veracidade e exatidão, de modo a não serem veiculados de forma ofensiva à pessoa, *ex vi* divulgação de fato, com caráter atentatório à exatidão; tal nos casos em que um determinado jornal televisivo diário noticia o fato com fundo musical, promovendo a comoção do público e com isso desvirtuando-se de sua função de informar da forma mais imparcial possível.

Com mais rigor, ainda, há que se aferir à ilicitude, incluindo o abuso do direito, quando as opiniões e idéias se sobrepõem aos fatos. Nestes casos, a observância aos direitos individuais das pessoas assegurados na Constituição deve ser acionada.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 39.

É certo que a violação ao direito de imagem – ato ilícito – não necessariamente resultará em um dano patrimonial. Vejamos um exemplo: um determinado jornal de grande circulação fez publicar a notícia de que um preso teria confessado o crime, ainda na fase do inquérito policial, sob tortura, inclusive com agressão física. O depoimento do preso, quando da fase do inquérito, foi presenciado por um membro do Ministério Público, à época designado para tal, por representantes da OAB e por dois Delegados de Polícia e um certo advogado, famoso nos meios forenses pela defesa de presos políticos no regime militar. Este advogado fora membro de entidades de defesas de direitos humanos, recebendo, inclusive, diversos prêmios pela sua atuação contra a tortura. Pois bem, a conduta deste jornal, ao publicar tal notícia, destacando a presença do referido advogado, sem, contudo, consultar os demais depoentes, feriu a honra e a imagem daquele profissional, cuja carreira sempre esteve ligada à defesa dos direitos humanos e, conseqüentemente, contra qualquer tipo de tortura.

Apesar de não haver resultado ao profissional qualquer dano de ordem patrimonial, haja vista o fato publicado não haver sido levado a sério, dada a credibilidade do advogado, foi profunda a ofensa havida aos princípios da pessoa. Neste caso específico, ofensa à pessoa cuja vida fora de dedicação ao qualquer forma hedionda de violência para obtenção de confissões.

A rigor, sob a sistemática do processo clássico, não haveria o que indenizar ou tutela antecipar, posto que não houve dano de ordem patrimonial. No entanto, não podemos afastar a leviandade do instrumento de mídia que fez publicar tal notícia, sem que houvesse apurado maiores e melhores detalhes, com todos os envolvidos na acusação.

Não nos resta dúvida de que tal circunstância verifica-se numa “lesão jurídica, cuja natureza não é de ordem patrimonial, mas aquela de ordem moral, donde seria útil a tutela inibitória, de forma a se obter que uma pessoa desista de um determinado comportamento ou o modifique, sob pena de se perpetuar no tempo a imputação à pessoa”.¹⁵⁰

Marinoni, afastando a necessidade de comprovação do dano, escreve que “o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescindir da configuração do dano.”

Assim, a ilicitude, como já demonstrado, é verificada por si só na ofensa à imagem, de modo que, mesmo já tendo sido veiculada, a notícia ou o fato à ausência de retratação ou desagravo consiste na continuidade do ato, a ensejar, portanto, a concessão da tutela inibitória, de natureza antecipatória.

12.3 – Dispensa da comprovação do dano

Como já sustentamos, o direito à imagem, como todos direitos ligados à pessoa, está inserido entre os direitos não patrimoniais.

¹⁵⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 41.

Compreendemos, também, que é cabível a tutela inibitória (antecipatória) para os casos de preservação do direito puro, bastando, a existência do ilícito¹⁵¹, em se tratando do direito de imagem.

Marinoni escreve que no direito brasileiro, o artigo 461/CPC tem sido usado com o fim de se coibir a continuidade ou a prática, citando como exemplo a ação cominatória para “obrigar alguém a deixar de usar um nome ou uma marca comercial”.¹⁵² O autor vai mais adiante ao sustentar a possibilidade de uma tutela antecipatória pura, de modo a anteceder o próprio ilícito. A fim de exemplificar, Marinoni se vale, no direito brasileiro, do interdito proibitório e do mandado de segurança coletivo.¹⁵³

Ora, pois, se a tutela inibitória há que ser concedida, inclusive, antes da prática do ilícito, com mais razão haverá que ser concedida depois que iniciada a prática

¹⁵¹ Não é por demais repetir que partimos do pressuposto que o ato é ilícito, por, tão somente, desrespeitar o direito de imagem de outrem, podendo, inclusive, dar-se no exercício do direito, hipótese em que, se verificaria o abuso do direito. Nesta situação se asseguraria o direito do ofendido, ao menos, com o fim de se evitar que em razão do tempo aquela ofensa se consolide na opinião pública.

¹⁵² “Não era incomum, de fato, antes da ‘reforma’ do Código de Processo Civil, o uso da ação cominatória para obrigar alguém a deixar de usar um nome ou uma marca comercial. Essa tutela, atualmente, pode ser requerida a partir do art. 461 do CPC, em vista do art. 207 da nova Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279 de 14.05.1996), que afirma claramente que “independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações que considerar cabíveis, na forma do Código de Processo Civil. (...) A ação cominatória também foi utilizada em nome dos direitos da personalidade, como se demonstrou no item anterior. Lembre-se, ainda, que o revogado art. 275, II/ do CPC, previa a ação cominatória para impedir o uso nocivo da propriedade, podendo ser mencionado, por exemplo, decisão que afirmou que ‘a cominatória é o meio idôneo para fazer cessar a perturbação do sossego dos vizinhos provocada por ruidosos bailes em localidade residencial.” Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p .50-51.

¹⁵³ O artigo 932 do CPC afirma que “o possuidor direito ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure na turbacão ou esbulho, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”. A tutela é nitidamente preventiva, já que protege aquele que ainda não foi molestado na posse (tem justo receio de ser), ordenando, sob pena de multa, que o réu não pratique ato de turbacão ou de esbulho. A tutela também pode ser concedida liminarmente, utilizando-se também a multa como forma de se garantir a integridade do direito. A lei 1.533/51, tratando do mandado de segurança, diz, no seu art. 1º, que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça”. O mandado de segurança, que sempre pode ser deferido liminarmente, pode ser concedido ainda que nenhuma violação tenha sido praticada. A norma, ao permitir que alguém, sem ter sofrido qualquer violação (apenas tendo justo receio de sofrê-la), possa conter uma tutela genuinamente preventiva. *Ibidem*, p .55.

do ilícito, porém com o fim de coibir a sua continuidade, ou os efeitos do fato. Assim, a ofensa ao direito de imagem, por persistir o efeito danoso, porquanto não retratado ou desagravado o fato noticiado, ainda que tipificada na legislação posta, necessita de uma tutela preventiva, mesmo que nenhum dano dela resulte ou que o ilícito já tenha sido praticado, ou melhor, ainda que o ilícito já tenha se iniciado.

No direito de imagem, ainda que inexista previsão infra-constitucional para concessão da tutela inibitória (antecipatória), a razão de seu requerimento encontra supedâneo. Como posto no artigo 5º inciso XXXV da CF. “Aliás, nem poderia ser de outra forma, pois não teria sentido admitir a tutela inibitória para a tutela da posse e da propriedade, ou apenas contra atos do poder público, deixando-se de lado os direitos não patrimoniais, especialmente os direitos da personalidade”.¹⁵⁴

12.4 – Ação - cognição e a tutela inibitória na defesa do direito de imagem – ação inibitória

Poucos temas têm suscitado tanta controvérsia e tantos textos como a conceituação do direito de ação. Embora não seja o objetivo deste estudo, o certo é que não poderíamos deixar de aqui abordar algumas teoria do direito de ação.

A consulta a teoria especializada revela que as teorias de maior expressão podem ser assim alinhadas: 1. teoria civilista¹⁵⁵; 2. teoria da

¹⁵⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 56.

¹⁵⁵ Trata-se de uma teoria de mero interesse histórico, que parte da seguinte definição: “a ação é o direito de perseguir (pedir) em juízo o que nos é devido (*Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*)”. (LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*, 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 1991, p.17.)

ação como direito concreto¹⁵⁶; 3. teoria da ação como direito potestativo¹⁵⁷; 4. teoria da ação como direito abstrato¹⁵⁸; 5. Teorias ecléticas¹⁵⁹.

No direito processual brasileiro, nossa legislação, absorveu a concepção de que a ação não consiste apenas no simples poder de movimentar a máquina judiciária, “mas no direito de obter uma sentença de mérito (que julgue o pedido)”, para tanto, carece o autor da demanda de alguns requisitos, denominados “condições da ação”, quais sejam: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir (*legitimatatio ad causam*) e interesse de agir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ “Seguindo inicialmente os passos de Windscheid, Wach se insurgiu contra os adeptos da teoria clássica ou civilista, mostrando que o direito de ação tem existência própria, não se confundindo com o direito material e é de natureza pública, uma vez que endereçado contra o Estado, conquanto dirigido também contra o adversário. Ao Estado cabe conceder a proteção do direito, enquanto ao particular (adversário) incumbe suportar as consequências daí decorrentes. A autonomia do direito de ação defendida por Wach não significa, porém, seja ele um direito abstrato, desvinculado do direito material. Ao revés, sustenta Wach que, exceção feita à hipótese da ação declaratória negativa, o direito de ação somente é conferido ao titular de um interesse real, isto é, decorre necessariamente da existência de um direito material. Desse modo, o direito subjetivo precede necessariamente o direito de ação.” (João Batista Lopes, *Ob. cit.*, p. 19).

¹⁵⁷ “Buscando inspiração na doutrina de Wach, de quem se considera discípulo, sustenta Chiovenda que a ação é um direito autônomo, porque não se confunde com o direito material. Entretanto, ao contrário do que pensa Wach, a ação não é endereçada contra o Estado, mas traduz um *poder* frente ao adversário consistente em dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Para ele, não se pode falar na existência de um direito de ação contra o Estado, mas de uma potestade jurídica, um poder ideal de obter efeitos jurídicos *frente* ao adversário e não contra ele. Desse modo, o titular do direito de ação tem o poder de fazer funcionar a máquina judiciária para conseguir em relação ao adversário, os efeitos jurídicos previstos em lei”. “A ação é, portanto, o poder jurídico de dar via à condição para atuação da vontade da lei.” (*Ibidem*)

¹⁵⁸ “Nesse dois estudos, procuraram esses processualistas [O húngaro Plósz e o alemão Degenkolb] demonstrar a total independência do direito de ação que, ao revés do que até então se sustentava, era inteiramente desvinculado do direito material. Para eles, o direito de ação deve ser considerado como direito público subjetivo exercido contra o Estado, não se confundindo com o direito subjetivo material, que pode existir, ou não, dependendo de cada caso concreto. Desse modo, independentemente da existência do direito material, pode qualquer cidadão acionar a máquina judiciária, exercendo seu direito público subjetivo de ação e, com isso, obrigando o Estado a prestar-lhe a tutela jurídica (favorável ou desfavorável).” (*Ibidem* p. 21.)

¹⁵⁹ Nas teorias ecléticas, temos aquelas citadas por João Batista Lopes, as quais destacamos: 1. Pekelis (1937), “detectando um ponto em comum a todas as teorias a ação é uma situação de vantagem do autor em relação à atividade jurisdicional do Estado ressalta que as divergências entre elas decorrem, principalmente, de causas históricas e políticas que não permitiram aos juristas chegar à correta formulação do problema”; 2. Calamandreim escreve que “o conceito de ação depende menos de estudos aprofundados dos processualistas do que das concepções político-filosóficas (individualismo, liberalismo, socialismo, etc.). Diante disso, não há que se indagar sobre qual a teoria melhor ou tecnicamente mais perfeita, mas saber qual a que melhor corresponde ao momento histórico vivido pelo país”. (João Batista Lopes. *Op. cit.*, p. 23).

¹⁶⁰ Lopes, João Batista. *Op. cit.*, p. 24. .

Tais condições e tal concepção¹⁶¹ do direito de ação, por seu turno se mostram presentes, também, nas demandas onde se pretende a antecipação da tutela, exigindo do magistrado uma atividade que, segundo João Batista Lopes , poderia ser denominada de “saneamento constante do processo”, impondo-se o dever de analisar a relação jurídico processual e a observância das normas procedimentais já de início.

Os conceitos de doutrina e as previsões legais que tratam dos provimentos cautelares¹⁶², a princípio, não satisfazem a necessidade de inibição a violação do direito, remetendo-nos sempre a solução da questão ao ressarcimento do dano.¹⁶³

Não olvidamos dizer que a nova redação do artigo 461/CPC veio atender às novas relações sociais, de natureza não patrimonial, notadamente aos direitos relativos à imagem e à personalidade, atendendo a uma demanda na defesa de situações de direito substancial, partindo-se do pressuposto de que a violação da norma, por si, é a causadora do prejuízo.

¹⁶¹ João Batista Lopes esclarece que diversos são os doutrinadores de peso que discordam da assertiva doutrinária de Liebman, entre eles, Calmon de Passos, Celso Agrícola Barbi, Fabio Luiz Gomes, etc., mas encerra a discussão escrevendo que nosso código acolheu a essência do conceito do direito de ação descrito por Liebman e que, embora “não se mostre inteiramente inexpugnável”, “as soluções alternativas propostas igualmente não solucionam muitos problemas com que se defrontam os processualistas e os profissionais do direito”, de modo que todas as teorias existentes sobre o direito de ação apresentam pontos vulneráveis. E conclui: “sem embargos das críticas que possa merecer, a posição de Liebman, adotada no Código vigente, vem oferecendo resultados satisfatórios no dia-a-dia [sic] forense, sendo poucos os casos em que se verifica a insuficiência das concepções do grande Mestre” (*Ibidem*, p. 25-28))

¹⁶² “Vimos anteriormente que a tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente. A tutela cautelar, portanto, protege o direito e não o processo, como muitos entendem. Então a primeira exigência que se faz presente, quando se quer conceituar o que seja a tutela cautelar, é a de estabelecer, no caso concreto qual o interesse jurídico ameaçada de dano iminente, a carecer de proteção cautelar.” (Silva, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993, p. 27.*)

¹⁶³ “Quando a doutrina associava o ato contrário ao direito à responsabilidade civil e, mais do que isto, partia do pressuposto de que a lesão ao direito sempre poderia ser reparada pelo seu equivalente em pecúnia, o processo civil era estruturado para conferir ressarcimento em dinheiro. Esse modelo de processo, de marca nitidamente patrimonialista, estava preocupado com a repercussão danosa do ilícito. O ordenamento jurídico que admite um processo civil voltado apenas à reparação do dano, evidentemente não dá importância à violação da norma que não produz dano.”¹⁶³ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 63.

A sistemática processual carecia, antes do artigo 461/CPC, de um procedimento capaz de exaurir a cognição, proferindo uma decisão com eficácia de coisa julgada, dispensando-se o ajuizamento de ações cautelares e ações principais ¹⁶⁴.

O processo cautelar sempre se apresentou como um direito instrumental¹⁶⁵, ligado a eficácia do processo, afastando-se do direito material a ser protegido, de modo que, partindo-se desta premissa, sua função seria de proteção ao processo – “instrumento do instrumento”¹⁶⁶.

Esta vinculação¹⁶⁷ ao processo principal, de natureza meramente instrumental, parece-nos eficaz nas situações em que se faz necessário assegurar-se o poder do Estado na sua função jurisdicional¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Os profissionais do direito, antes da nova redação do artigo 461/CPC, deparando-se com situações de violação ao direito de imagem, valiam-se de medidas cautelares, com o fim de impedir o prosseguimento do ato tido como lesivo, mas que, dada a natureza do procedimento, a cognição nele realizada era sumária, não permitindo, assim, o efeito de imutabilidade dos efeitos da decisão, exigindo da parte o ajuizamento de uma ação cominatória, onde, através de uma cognição exauriente, se proferiria uma sentença, reconhecendo-se a ilicitude do ato e a verba ressarcitória, por disposição do artigo 806/CPC.

¹⁶⁵ Barbosa Moreira, assevera o caráter instrumento do processo cautelar: “O processo de conhecimento, tendente à formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação, e o processo de execução, por meio do qual se atua, praticamente, essa norma jurídica têm um denominador comum: visam um e outro a tomada de providência capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado. Por isso se diz que constituem modalidades de tutela jurisdicional *imediata* ou *satisfativa*. A ambos se contrapõe, em tal perspectiva, o processo cautelar, cuja finalidade consiste apenas, segundo a concepção clássica, em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, função meramente instrumental em relação à duas outras espécies de processo, e por seu intermédio exerce o Estado uma tutela jurisdicional *mediata*.” (Moreira, Jose Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro 19 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 301.*)

¹⁶⁶ Silva, Ovídio A. Batista da. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁷ “O que existe de diferente quando o processo é cautelar em comparação com o efeito do processo definitivo é o aspecto temporal da eficácia, a qual, se o processo é cautelar e, portanto, não visa mais do que a garantir o processo definitivo, não há razão para que se prolongue depois do momento em que se extingue ou se encerra o processo definitivo; por isso a eficácia da cautela judicial está ligada à pendência do processo definitivo, que constitui um pressuposto dela” (Carnelutti, Francesco. *Instituições de Processo Civil* Vol.1. Campinas: Servanda, 1999, p. 206.) Este conceito instrumental do processo cautelar, em nosso pensar, é insuficiente a ensejar a defesa dos direitos à personalidade, isso porque a salvaguarda do *imperiu iudicis* (expressão utilizada Chiovenda, citada por Ovídio A. Batista da Silva, *Op. cit.*, p.27-28) não é suficiente a impedir a continuidade do delito, após a reprodução pelos instrumentos de mídia da exposição agressiva, *ex vi*, da imagem da vítima. A tutela inibitória do artigo 461/CPC, vai além, assegura a execução daquilo que se vai obter com a decisão final do processo.

O artigo 461/CPC veio ocupar uma lacuna deixada pelo artigo 287/CPC¹⁶⁹, de modo a permitir a atuação jurisdicional eficaz à prevenção do ilícito, dispensando-se o ajuizamento de duas demandas para inibir a prática de um ato apenas. A tutela antecipatória, de natureza inibitória proferida nos termos do artigo 461/CPC, dispensa o ajuizamento da ação principal (art. 806/CPC). Isso porque a tutela final a ser proferida, o será após uma cognição exauriente, permitindo ao juiz o aprofundamento do conhecimento sobre o ilícito imputado.

A ação inibitória do artigo 461/CPC, com cognição exauriente, permite que seja proferida tutela jurisdicional sujeita aos efeitos da coisa julgada, obtida através de um “juízo-final”¹⁷⁰. Permite, também, a formação de um “juízo-provisório” acerca da tutela inibitória a ser antecipada.

Importante se destacar que na valoração do direito, é primordial que a norma seja cumprida, de modo a não permitir pensar que a atuação jurisdicional deva ocorrer, tão somente, após a violação da norma, de forma a condenar o infrator ao pagamento de perdas e danos.

O artigo 461/CPC (nova redação) veio ao encontro da necessidade de se inibir o ato ilícito violador do direito de imagem, bastando, como já dissemos, apenas a violação da norma, e não necessariamente a existência do dano.

¹⁶⁸ Assemelha-se as medidas do direito anglo-americano denominadas *contempt of court*, que são medidas tomadas no sistema de *common law* com vistas a assegurar o império judicial e punir desrespeitos à Corte.

¹⁶⁹ Este dispositivo legal não é suficiente para impedir a consecussão dos efeitos, quando da violação ao direito de imagem, na exata medida em que, conforme construção jurisprudencial e doutrinária, o ofensor ficará obrigado ao pagamento da pena pecuniária pela violação do preceito jurisdicional, somente após o trânsito em julgado da decisão, segundo Luiz Guilherme Marinoni em *Op. cit.*, p. 66-70.

¹⁷⁰ “O ‘juízo-final’ é a parte final do raciocínio do julgador, em que se chega a um resultado sobre a pretensão do autor. Fala-se em ‘juízo-final’ para distinguir o juízo acerca da pretensão do autor e aquele formado em relação a um pedido de tutela antecipatória (quando é possível falar em ‘juízo-provisório’)”. Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 59.

A resposta do legislador torna eficaz o direito material, cujo conteúdo é, senão, a imposição de certa conduta. A violação ao direito de imagem e ao direito da personalidade, por si só é ato ilícito, pouco importante para concessão da tutela antecipatória inibitória, a concretização de um dano – é fundamental prevenir e impedir o ato ilícito e não apenas reparar o dano dele decorrente.

Na forma como o legislador tratava anteriormente o direito à prevenção do ilícito, quando se tratava da preservação de direitos não patrimoniais, exigindo o ajuizamento de uma ação cautelar (cognição sumária) e, posteriormente, a ação principal, com cognição exauriente e eficácia de coisa julgada, onde se exigia a reparação do dano, tratava a pretensão pecuniária com mais importância do que a prevenção ao direito.

Ora, pois, a pretensão de se inibir o ato ilícito, em se tratando do direito à imagem e à personalidade, não há que ser preterida em relação ao direito do ressarcimento – a honra é um bem que há que ser protegido pelo Estado de forma pronta e eficaz, mais do que o patrimônio do indivíduo.

O direito à prevenção não pode ser considerado um acessório do direito à reparação do dano (como era tratado antes da nova redação do artigo 461/CPC). Isto significa que não há razão para se pensar que o direito à prevenção deve ser exigido por intermédio de ação cautelar. Antes da reforma que introduziu no Código de Processo Civil o novo art. 461, não havia ação de conhecimento (portanto autônoma) que pudesse viabilizar

a realização do direito à prevenção, para o qual são fundamentais as técnicas presentes nesta norma.¹⁷¹

Portanto, na defesa do direito a imagem, parece-nos ser desnecessário o ajuizamento de uma ação cautelar, seguida de uma principal, bastando somente a ação inibitória, com cognição exauriente e autônoma.

Importante ressaltar que o artigo 461 do CPC alude à relevância do fundamento da demanda como requisito ensejador da concessão da tutela antecipatória inibitória, sendo clara referência ao *fumus bonis iuris*.

Nos direitos não patrimoniais, sob nossa ótica, o *fumus bonis iuris* é tão somente a ilicitude do ato, sendo desnecessário demonstrar-se o dano advindo do fator tempo.

Não haveria a necessidade de se mostrar o dano irreparável ou de difícil reparação como elemento ensejador da concessão da antecipação da tutela inibitória, porque “não teria sentido a exigência de receio de dano para legitimar a tutela antecipatória, já que a tutela inibitória tem por fim inibir a prática de um ilícito que, conforme já visto, nada tem a ver com o dano.”¹⁷² Assim, cabe ao ofendido demonstrar a ilicitude da conduta que teria originado o ato ofensor, *in casu*, a sua imagem, através da veiculação pelo instrumento de mídia.

A tutela inibitória antecipada, no caso de demandas que objetivam a defesa do direito à imagem, quando a conduta ilícita é praticada pelos meios de massa de

¹⁷¹ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op.cit.*, p. 65-66.

¹⁷² *Ibidem*, p. 80.

comunicação, adquire duas características: i) a primeira, referente à cessação da prática do ato (obrigação de não fazer) imputado de ilicitude e ii) à veiculação do direito de resposta, considerando-se a proporcionalidade da ofensa.¹⁷³

A primeira característica parece se tratar de uma tutela antecipatória inibitória, com o fim de cessar a prática do ato eivado de ilicitude.

Doutro ponto, no que se refere à veiculação do direito de resposta, observando a proporcionalidade da ofensa, podemos afirmar que aquela consiste numa obrigação de fazer, sendo mera antecipação de tutela, sem natureza inibitória. Nesta segunda parte da medida, haver-se-ia que restar presente, além da ilicitude do ato, o dano e o receio da demora, bem como a verossimilhança da presente de direito, na forma do artigo 273 do CPC.

Não se trata de tutela cautelar, posto que haveria verdadeira satisfatividade, não se configurando de “medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor.”¹⁷⁴

Ora, antecipar o direito de resposta, observando a proporcionalidade da ofensa, é verdadeira antecipação o pedido final e, neste caso, com natureza plenamente satisfativa, ainda que sem o manto da “coisa julgada”, posto que resultado de uma cognição exauriente.

Embora exista a dualidade na natureza da tutela de urgência, nas demandas que versem defesa de direito à imagem, o certo é que ela é necessária.

¹⁷³ Vide item 10 supra.

Só a cessação da prática do ato ilícito, sem que seja acompanhado do necessário “desmentido”, restaria ineficaz. Isso porque, com o tempo do curso da demanda, sem as respostas, consolidar-se-ia o fato noticiado ilicitamente. Portanto, se ao final, procedente à demanda, nenhum proveito restaria ao autor (ofendido).

Assim, finalmente, dada a natureza do direito material a ser protegido, a medida de urgência a ser concedida, consubstanciar-se-ia em duas naturezas distintas: i) a primeira parte de natureza “antecipatória inibitória”, de obrigação de não fazer, cessando a prática imputada de ilícita, na forma do artigo 461 do CPC, bastando para sua concessão, somente a demonstração de ilicitude do ato, “relevante fundamento da demanda” e “justificado receio de ineficácia do provimento final.” ii) a segunda parte do provimento, caracteriza-se de natureza meramente “antecipatória”, veiculando-se a retratação, consistindo-se em verdadeira obrigação de fazer, devendo, para tanto, restarem presentes os pressupostos do artigo 273 do CPC.

12.5 Dano à imagem e provimento de urgência - conteúdo do provimento de urgência na proteção do direito não patrimonial. Das disposições do artigo 461/CPC

O problema da individuação da atuação cautelar em defesa da tutela do direito de imagem, em relação ao abuso no uso de imagens em programações televisivas ou jornalística, ainda que num breve tempo, notadamente se em horário nobre, exige do

¹⁷⁴ Dinamarco, Candido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil. A reforma do Código de Processo Civil, 3 ed.* São Paulo: Malheiros, 1996, p. 139.

Judiciário uma breve resposta, não se podendo aguardar a cognição no processo da constante divulgação do fato e da imagem.

A intensidade de atuação do Poder Judiciário, via tutela de urgência, no caso inibitória, há de ser na medida exata a impedir que a abusiva divulgação da notícia e da imagem traga ao ofendido menor gravame.

Como já tivemos oportunidade de discorrer, para a violação de direitos não patrimoniais, bastaria a evidencia do dano, de modo que, se verificado, seria o elemento suficiente a justificar a ilicitude do ato que se pretende inibir. A tutela de urgência, do modo prevista no artigo 461/CPC, deveria ser suficiente para coibir a duração da lesão no tempo, impossibilitando sua continuação e repetição.

A doutrina e a jurisprudência italiana se posicionam a admitir a tutela de urgência de natureza inibitória na proteção ao direito de imagem. Maria Monteleone escreve:

Come è noto, l'inibitoria contiene il comando rivolto dal giudice al convenuto di astenersi dal compiere per il futuro quella determinata attività riconsociuta lesiva Del diritto dell'attore, e quindi presuppone Che l'attività illecita sai suscittibile di continuazione o di ripetizione; è evidente pertanto Che non sempre il procedimento puó concludersi com um provvedimento inibitório, ma, come attestano lê numerose pronunce giurisprudenziali, nella maggior parte dei casi si conclude com la condanna ao solo risarcimento del danni.¹⁷⁵

¹⁷⁵ *Ibidem.*

Assim, a tutela do artigo 461/CPC, diferentemente da tutela prevista no artigo 287/CPC, é a forma adequada para preservação dos direitos não patrimoniais, de modo que a tutela cautelar, para estes casos, mostrar-se-ia instável, com uma inútil duplicação de procedimentos (cautelar e de conhecimento), bastando, então, apenas um processo, de modo a antecipar aquilo que se daria ao final.¹⁷⁶

O direito brasileiro abriga duas formas evidentes de tutela inibitória: o mandado de segurança e a ação de interdito proibitório, de modo que, se direitos patrimoniais são passíveis de rápida, eficaz e pronta intervenção do Estado, sem que ocorra o desnecessário ajuizamento de dois processos, por que não a tutela de direitos não patrimoniais carece do mesmo tratamento.¹⁷⁷

Assim, a tutela jurisdicional há que ser efetiva. Negar a tutela inibitória nas hipóteses de defesa de direitos não patrimoniais implicaria na “existência de um ordenamento jurídico incompleto”¹⁷⁸, isso porque, a defesa do direito material depende da existência de um processo eficaz, efetivo e adequado.¹⁷⁹

¹⁷⁶ “In ben poche fattispecie si è resa necessaria una pronuncia (18) e l’adozione di ulteriori provvedimenti volti ad una reintegrazione in forma specifica quali: l’ordine di eliminare alcune da un film (19) o di distruggere i clichés delle fotografie (20). Ciò è dovuto sia alla particolare natura del diritto sia a quella del mezzo attraverso il quale viene violato, per cui al momento della pronuncia di merito ormai sono del tutto inutili.” Monteleone, Maria. *Op.cit.*, p.245.

¹⁷⁷ “Esta tese, entretanto – como anotam Rapisarda e Taruffo - não leva em conta o fato de que na lógica do legislador, a inibitória não é admitida em razão da natureza do direito, mas sim em virtude da necessidade de prevenção, derivada sobretudo da inadequação da tutela do tipo repressivo para algumas situações do direito material. Se esta necessidade tem lugar, freqüentemente, no domínio dos direitos absolutos, isto não quer dizer que ela não possa apresentar-se em outros setores; a tutela inibitória, por relacionar-se com a prevenção, diz respeito, em princípio, a todos os direitos e pode tornar-se necessária em todos os locais em que apresentar como insuficiente a reintegração ou a reparação do direito.” Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 72.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 78.

¹⁷⁹ A tal fine, a tutela del diritto all’immagine è ricorrente, quando l’attività illecita non è stata ancora compiuta ma sono stati messi in atto preparativi tali da far ritenere imminente la sua commissione, o quando vi è il pericolo della sua continuazione o ripetizione, può essere adottato un provvedimento inibitorio”. Monteleone, Maria. *Op. cit.*, p.245.

É certo que a moderna corrente processualista consagra a idéia de que direito de acesso à justiça não é apenas o direito de ação, mas o direito a “efetividade do processo”. O processo que não transforma a realidade do proponente, seja declarando ou negando sua pretensão de direito material, não é um processo eficaz. Igual ineficácia se aplica ao processo lento, moroso, que se arrasta pelo tempo, sem que exista uma manifestação jurisdicional sobre o direito posto à apreciação do Estado.

O processo deve estar voltado ao direito material, de modo a fornecer a tutela jurisdicional às situações em concreto, verificação de procedimentos adequados, devendo ser visto como elemento de efetivo acesso à justiça. “Sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das diversas situações de direito substancial, não se pode conceber um processo efetivo”.¹⁸⁰

Partimos do pressuposto que a tutela inibitória tem como objetivo permitir a proteção de um direito já violado (*ex vi* direito de imagem), corroborando o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal (CF) que deixa evidente o direito do cidadão de ter acesso à justiça, submetendo ao Poder Judiciário a proposição de direito que entende violada.

Juristas portugueses já se preocupam com a convivência entre defesa dos direitos à personalidade x acesso à justiça x direito de informar x liberdade de imprensa.

Francisca VanDunem, Procuradora da República e Assessoria do Gabinete do Procurador-Geral da República, ressaltou que às exigências de transparência co-naturais das sociedades contemporâneas, em que a comunicação vive a euforia do tempo

real proporcionado pela evolução tecnológica, conferiram um fundamento acrescido à tentação de ignorar as regras próprias de sistemas de justiça caracterizados por níveis de opacidade não negligenciáveis e estruturados com base numa ordem e numa cultura denominadas por ritos, cadências e tempos estabelecidos em função de imperativos relativamente secundarizados pela sociedade de comunicação.”¹⁸¹

A ilustre Procuradora Portuguesa ainda ressalta que “numa outra vertente, a estratégia econômica de algumas empresas de comunicação contribuiu para dificultar a delimitação do campo ações próprias de cada um dos dois sistemas, levando-as a nortear-se por lógicas comerciais e a penetrar no terreno da justiça apenas em busca do espetáculo”.¹⁸²

À parte a problemática envolvendo a realidade e a eficácia do processo, a inexistência de clareza do sistema processual não permite, diante do princípio da efetividade, que os processualistas, notadamente, os aplicadores direto do direito (advogados e juízes), quedem-se pela, “não aprofundada, conclusão de inexistência de técnica processual adequada”¹⁸³, de modo a ignorar a defesa do direito à personalidade, em razão de um problema de lei, postergando e aclamando por uma reforma processual, cruzando-se os braços e abstendo-se do raciocínio para a resolução do problema.

Em nosso entender, o artigo 461/CPC cobre perfeitamente esta lacuna referente a tutela antecipada na defesa dos direitos da personalidade, solapando o

¹⁸⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁸¹ VANDUNEM, Francisca, *Síntese In: Semirário: Justiça e Comunicação Social*. Ministério da Justiça.: Lisboa, 1996, p. 183/191.

¹⁸² *Ibidem*, p. 185.

¹⁸³ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 83.

argumento de ausência de previsão legal para a solução e atendimento a efetividade na defesa de direitos não patrimoniais.

A própria prescrição da norma do art. 461, no sentido de que o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático e equivalente ao do adimplemento, indica que o objetivo do legislador foi criar uma ação onde o conhecimento e a execução se misturam, viabilizando a tutela do direito na ação inicialmente aforada, sem a necessidade de uma ação de execução. Ora, se a sentença deve conceder a tutela específica, ou determinar as providências que asseguram o resultado prático equivalente, não há como imaginar que é necessária a ação de execução.¹⁸⁴

O artigo 461/CPC vem então atender a necessidade de uma cognição, ainda que sumária, mas exauriente, de modo a assegurar o conhecimento do direito e a execução adequada ao caso em concreto. Por seu turno, o artigo 644/CPC afirma que a sentença relativa a obrigação de fazer e não fazer dar-se-á na forma do artigo 461, a exemplo do artigo 700 do Código de Processo italiano.¹⁸⁵

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 86-87.

¹⁸⁵ “L’orientamento giurisprudenziale, in sede di art. 700, al fine di attuare una tutela più immediata, ed in ogni caso per assicurare gli effetti della successiva pronuncia nel merito, è quello di anticipare il provvedimento definitivo. (...) Nella determinazione del contenuto da dare ai provvedimenti l’art. 700 lascia la più ampia discrezionalità al giudicante, ponendo solo il limite della sua idoneità “ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”. Monteleone, Maria. *Op. cit.*, p. 244-245.

Aliás, o parágrafo 5º do artigo 461, de forma exemplificativa, enumera quais são as medidas que, concretamente, possam tornar eficaz a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos não patrimoniais.

12.6 – *Cases* e o desdobramento diante da doutrina e jurisprudência

Recentemente nos deparamos na história do Brasil com um caso interessante e que ilustra nosso trabalho. Um correspondente de um determinado jornal estrangeiro publicou uma notícia, com base em textos jornalísticos de autores brasileiros, de que o Presidente da República, então em exercício, era uma pessoa descontrolada no consumo de bebidas alcoólicas.

O resultado foi que se cassou o visto do correspondente estrangeiro, sendo certo que, após sua retratação, o Governo Federal decidiu por revogar a cassação.

Não discutiremos se a medida – cassação do visto – foi adequada, ou não, mas apenas vamos ilustrar este trabalho com o fato, questionando se o direito de expressão do jornalista se sobrepõe ao direito de personalidade (intimidade, imagem, etc.) do Presidente.

É fato que a notoriedade de certas pessoas, *ex vi* atores, atrizes, cantores, políticos, etc., proporciona que essas tenham os seus direitos de personalidade, notadamente, a privacidade, reduzidos, em função do cargo público que atuam.

A decisão do TJSP (Apelação nº Cível nº 235.627-1 – 5ª Cam. – J. 20/10/1994 – Rel. Marcos César) asseverou que os políticos devem se sujeitar à crítica

pública, posto que “é fundamental não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma.”

Assim, por considerar a pessoa pública gestora da coisa alheia, estaria, até certo ponto, sujeitando-a à crítica pública, veiculada pela imprensa, reduzindo, ainda que de forma obtusa, seus direitos de personalidade.

Entretanto, a essa interferência aos direitos de personalidade do agente público (TJSP - Apelação Cível nº 219-490-1 – 3ª Cam – J. 21/02/1995 – Rel. Gonzaga Franceschini) tem seu limite quando a matéria jornalística não extrapole seus limites de bem informar, e a matéria trate de assunto de interesse público, “não estando presente o ânimo de injuriar, de caluniar ou difamar.”

De outro lado, fatos relativos à vida privada do homem público, estariam vinculados à sua atividade pública, devendo, assim, serem divulgados, sob pena de tornar o direito à privacidade um meio de acobertar aquela conduta ou modo de vida prejudicial ao cargo que ocupa.¹⁸⁶

O administrado(É ISSO MESMO? ADMINISTRADO?) tem o direito de saber, até para lhe assegurar o direito de uma boa escolha, da vida do candidato,

¹⁸⁶ “Mas é preciso ter cautela, pois que, por vezes, mesmo fatos relativos à vida estritamente pessoal do político podem ostentar relevância ou interesse ao conhecimento do público. Primeiro, pelo próprio processo de escolha daqueles ocupantes de cargos que sejam eletivos, é perfeitamente lícita a referência pública ao passado, ao modo de se portar e de ser de alguém que almeja ocupar cargo público, sem o que, afinal, o que estará limitando é a própria formação da livre opção de escolha ou de fiscalização do cidadão.” Godoy, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p.80.

notadamente se existem fatos que possam prejudicar ou desvirtuar a função para a qual ele está se propondo a exercer, mediante a outorga do mandato popular.¹⁸⁷

Tal notoriedade, que por vezes chega a restringir a vida privada, todavia, há de ter limites. Ter restrição de liberdade em consequência de uma posição social não significa reduzir a “coisa nenhuma” o direito da personalidade, notadamente, a privacidade e a imagem. “Deve-se preservar ainda uma área nuclear inviolável, representada, antes de tudo, pela indevassabilidade [sic] de sua vida privada em seu ambiente familiar. Mesmo quanto à imagem dessas pessoas, tal qual lembra Notaroberto Barbosa, “reserva-se a necessidade preservação daquele ambiente privado”.¹⁸⁸

Assim, não se mostra incorreto afirmar que a notoriedade de pessoas famosas tem seus direitos de personalidade tuteláveis de forma diferenciada em relação a outras pessoas, de modo que sejam mais restritos em razão da publicidade que estão expostas, e que por vezes lhe caem bem, com proveito econômico, inclusive, a carecer de menor proteção.¹⁸⁹

¹⁸⁷ “Há dados da vida pessoal do gestor público que, aparentemente reservados, concernentes a sua vida privada e por vezes familiar, podem bem interessar ao conhecimento público, pela relevância ao julgamento da aptidão para a função pública de que investiu ou de que se pretende investir. Costa Andrade, nessa esteira, exemplifica com o “Caso Profumo”. O Ministro da Defesa britânico que mantinha relacionamento íntimo com uma jovem que, de seu turno, alimentava idênticos contatos com adido militar soviético. Ou o caso da prática agressiva, em relação aos filhos, de quem seja o responsável por exemplo por alguma função pública educativa ou de formação de jovens. É evidente que, nessas hipóteses, fatos em princípio reservados, de natureza estritamente pessoal, passam a apresentar interesse pela condição de seu protagonista, pela pertinência que guardam com a função pública dessa pessoa pública. A propósito, vale ainda a interessante obtemperação que faz, forte na lição de Rodotá, Gustavo Tepedino, quando lembra a situação do homem público que tem a esfera de seus direitos da personalidade reduzida pela própria conduta que ostenta, pelas próprias idéias que veemente propaga ou pelo ideário partidário que adere. Exemplifica o autor com o político que professa moralismo exacerbado e, depois, é surpreendido, pela imprensa, em situação que contradiga sua pregação. Autoriza-se a informação a bem, no caso, do interesse público.” Godoy, Cláudio Luiz. *Op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 82.

¹⁸⁹ A sustentar o argumento de tratamento diverso ao direito de privacidade de pessoas notórias, Edson Ferreira da Silva escreve: “Argumenta-se que as pessoas que buscam a fama e a notoriedade, ou atividades que os propiciam, conscientemente renunciam a uma vida mais reservada e anônima. Todavia, almejar o sucesso e a fama de forma alguma implica pretender a permanente ou mesmo episódica exposição da vida

É óbvio que a notoriedade, de certa forma, compromete a privacidade da pessoa, tendo em vista que, pela própria notoriedade, o interesse público se torna amplo e evidente. Entretanto, todos têm o mesmo direito de preservar a intimidade, a imagem, etc., seja uma pessoa com notoriedade, seja um desconhecido. “A diferença é que, em razão do interesse maior que despertam, o sacrifício do direito ocorrerá com mais frequência. Em outras palavras, o desvelamento [*sic*] de aspectos particulares de suas vidas, em prol de um interesse superior do público, poderia não se justificar em se tratando de pessoas desconhecidas.”¹⁹⁰

De outro lado, sejam as pessoas desconhecidas ou públicas, não se pode conceber, desta feita, que a afronta a direitos da personalidade possam servir a interesses comerciais e sensacionalistas, aliás, como foi o caso, aqui citado, do jornalista americano e o Presidente da República. Note-se nesse particular episódio, fosse uma democracia sólida, não haveria tanta celeuma, por exemplo, como foi o caso da queda do Presidente americano, quando teria engasgado com um *pretzel*. Alguns noticiaram que a queda teria sido provocada por excessivo consumo de bebida alcoólica. No episódio do Presidente brasileiro, cujo país ainda vive uma frágil democracia¹⁹¹, resultou numa discussão que perdurou por mais de uma semana, até a retratação do jornalista, paralisando

privada para o público. Consciência pode haver quanto a assumir os riscos e os ônus inerentes à fama e à publicidade, com algum sacrifício para a vida pessoal, a isto não significa aceitação pura e simples” [da violação ao direito de imagem]. E exemplifica: “Veja-se, por exemplo, que os muitos incidentes envolvendo o jogador Edmundo fora dos campos de futebol muito esclarecem sobre o seu temperamento e completam para o público o seu perfil como esportista. Os percalços da vida amorosa e o problema de alcoolismo explicam para o público a decadência de exímio jogador de futebol, que o Brasil consagrou sob o cognome de “*Mané Garrincha*”. Tem sido alvo dos meios de comunicação sintomas de desequilíbrio emocional da atriz Vera Fischer, que repercutem na sua atuação profissional”. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁹⁰ Silva, Edson Ferreira da. *Op. cit.*, p. 91.

¹⁹¹ Nosso primeiro presidente eleito com voto direto, após longos e amargos anos de ditadura militar, sofreu impedimento, tendo sido cassado pelo Congresso por atos de improbidade, além do que, nosso quadro político é composto, em sua maioria, por políticos fisiologistas, cujo voto é direcionado por trocas de cargos e liberação de verbas, quer aqueles que apoiam o Governo vigente, que aliás o fazem por mero fisiologismo,

o país e, por certo, aumentando a venda de jornais e a audiência de telejornais e, obviamente, valorizando no mercado a moeda de troca de votos.

Assim, o que numa democracia sólida seria um mero contratempo, no Brasil, tornou-se fato de ampla divulgação e discussões fisiológicas sobre a liberdade de imprensa, tudo, em razão de um artigo jornalístico que falava da vida privada de um Presidente.

Vê-se, pois, que nesse caso, diante da antinomia, tratada em capítulo anterior, da norma que assegura dos direitos da personalidade e o direito da livre manifestação, em que deveria prevalecer o direito de personalidade, há de se apelar ao equilíbrio ético. Isto porque, como se sabe, via de regra, a abordagem da imprensa à vida privada das personalidades não tem outro objetivo que não o da criação de “fofoca” e do puro sensacionalismo. Assim, a conduta e a administração do homem-público vê-se ameaçada, já que nenhuma “norma ou lei de ética” o protege de ter sua vida particular violada.¹⁹²

Repita-se, poderia haver sim legitimidade na divulgação da conduta pessoal do administrador, caso tal conduta guardasse liame com a atividade pública do homem público, como foi o caso, por exemplo, do Juiz Nicolau, então presidente do TRT de São Paulo, tendo sido exibidas imagens suas em apartamento de alto-padrão e sua

sem vinculação ideológica, quer aqueles que estão na oposição, que fazem sua posição oposicionista, como moeda de troca nesta ou naquela votação de interesse do Governo.

¹⁹² Mais, ainda, e de outra parte, igualmente não se concebe que direitos da personalidade, mesmo de pessoas públicas e notórias, possam ser afrontadas para fins exclusivamente comerciais. E pelo simples fato de que, afinal, nessas hipóteses desvirtua-se qualquer interesse jornalístico para dar lugar ao interesse publicitário, o que não se justifica. Não há, enfim, nesses casos, interesse público que permita a vulneração de direitos da personalidade, mesmo daquelas pessoas públicas ou notórias. Isso inclusive quando o fato noticiado seja verdadeiro.” Godoy, Claudio Luiz. *Op. cit.*, p. 82-83.

coleção de automóveis, acompanhada de denúncias, mais tarde comprovadas, de majoração do preço na obra do prédio sede da Justiça do Trabalho em São Paulo.

Essa devassa na vida privada do Juiz mostrava-se legítima, na exata medida em que objetivava demonstrar o enriquecimento sem justa causa, cujos recursos, depois comprovados, eram oriundos do super-faturamento da obra, pagos por empreiteiras envolvidas na construção do prédio. Assim, fez-se presente a atividade informativa, de modo a assegurar o direito de acesso a informação, também assegurado no direito constitucional de bem ser informado, conduzindo a um correto juízo de valor do leitor ou ouvinte da notícia.¹⁹³

Assim, a antinomia da norma constitucional há que ser analisada *case by case*, de modo a se encontrar o justo equilíbrio e a adequada efetivação da prestação jurisdicional, aplicando-se o chamado “juízo de ponderação”.¹⁹⁴

Edmilsom Pereira de Farias escreve sobre a conduta da Suprema Corte dos Estados Unidos – *preferred position* - quando ocorre a necessidade de dirimir controvérsias sobre a colisão entre o direito de liberdade de expressão e informação e os direitos da personalidade, aplicando em cada caso concreto regras como se fosse um pêndulo, conforme os interesses – *balancing of interest*:

¹⁹³ Soma-se a esse aspecto do interesse público, em ter conhecimento do patrimônio do Juiz acusado de corrupção, o fato da notoriedade da pessoa, atingida em razão das acusações que lhe foram feitas. Assim, as pessoas célebres, ou não, como é o caso do juiz, sofrem restrição à proteção ao direito à imagem. Em outras palavras, algumas pessoas em razão de sua condição de celebridade, ou aquelas vítimas de sinistros naturais, ou até aquelas envolvidas em escândalos públicos, ainda que sem qualquer pretensão de se exhibir, notadamente nesta última situação, transformam-se em figuras públicas e despertam o interesse geral no conhecimento de sua imagem e de sua vida privada. Assim, providas ocasionalmente de notoriedade, têm a própria imagem e a própria vida privada difundidas, de modo a satisfazer a necessidade de bem informar o público em geral, independentemente da vontade pessoal.

¹⁹⁴ Godoy, Claudio Luiz Bueno de. *Op. cit.*, p. 117.

(1) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), essencialmente em razão da função social que a liberdade de expressão e informação desempenha na sociedade democrática: a serviço da opinião pública livre e pluralista, do controle do Poder Público, do debate público. Assim, não há razão para a valoração preferente da liberdade de expressão e informação, quando essa liberdade se referir ao âmbito *inter privato* dos assuntos ou sujeitos.

(2) Examina o referido limite interno da veracidade que conforma a liberdade de expressão e informação, ou seja, a atitude diligente do comunicador no sentido de produzir uma notícia correta e honesta. Assim, a informação que revela manifesto desprezo pela verdade ou falsidade não tem preferência, uma vez que não cumpre a relevante função social confiada à liberdade de expressão e informação.¹⁹⁵

Vê-se, pois, que a Suprema Corte americana trata o homem público diferente do homem privado, o que justifica a ação do correspondente do NYT em relação ao Presidente da República, visto o direito americano fazer prevalecer o direito de expressão, em detrimento ao direito da personalidade, quando se trata de fatos vinculados ao homem público.

¹⁹⁵ “Foi com a famosa sentença *New York Times v. Sullivan*, de 1964, que a *Supreme Court* iniciou o assentamento de critérios que provocaram uma significativa mudança na forma de dirimir a colisão da liberdade de expressão, de uma parte, os direitos da personalidade, de outra. A partir dessa sentença, estabeleceu-se a doutrina de que as pessoas públicas ou personalidades vinculadas a fato de interesse geral, quando demandarem por difamação contra os meios de comunicação social, terão que comprovar que agiram com *actual malice*, isto é, com manifesto desprezo da verdade ou consciência da falsidade da notícia veiculada. Ao revés, os particulares terão apenas o ônus de provar o dano sofrido, quando afetados por notícias falsas que não têm relevância pública ou interesse geral. Noutras palavras: a liberdade de expressão e informação ‘é preponderante sobre a proteção dos direitos da personalidade nas personalidade de vida pública, porém, a relação inverte-se quando estamos perante uma pessoa privada.’ Farias, Edmilsom Pereira de. *Op. cit.*, p. 177-178.

O ilustre autor – Edmilsom Pereira de Faria – traz, também, o posicionamento da Corte Alemã, *verbis*:

(1) O primeiro diz respeito à referida exigência da verdade na comunicação de fatos, objeto do direito à informação, que se concretiza no dever de comprovação da notícia. Para a jurisprudência tedesca, esse dever de comprovação da veracidade depende: 'do caráter da notícia, da valoração da mesma e da forma como se apresente. Tudo isso presidido sempre pelo princípio de que a comprovação seja possível e o erro fosse inevitável.

(2) A liberdade de expressão e informação deverá estar a serviço da formação da opinião pública, o que vai depender do caráter do assunto objeto da comunicação no caso concreto. Porém, é o Tribunal quem resolve, em cada caso, quando se está perante a um tema de interesse da opinião pública. 'A mera inclusão de um notícia em um meio de informação não é suficiente para afirmar seu interesse para opinião pública, senão que são os tribunais os que apreciarão tal caráter na notícia em questão'.

(3) Por último, o Tribunal Constitucional Alemão condiciona a preponderância da liberdade de expressão e informação ao controvertido critério da finalidade perseguida pelo sujeito. Ou seja, 'para poder apreciar o interesse público, exige que a atividade dirija-se a incidir na formação da opinião pública e não no interesse de tipo privado'.¹⁹⁶

De igual maneira, vê-se que a Suprema Corte Alemã, também, privilegia a análise em cada caso concreto, quando se depara com a colisão entre o direito de expressão e o direito da personalidade, fazendo prevalecer o primeiro quando diante de fatos importantes e relevantes para a opinião pública.

No direito português “a publicidade do processo constitui, para além de um direito da conectividade a acompanhar e a saber por que forma é administrada a justiça, um direito do acusado ao julgamento público da sua causa. No processo português e, em particular, no processo penal, a publicidade é a regra, que sofre, porém, restrições decorrentes da ponderação de direitos e interesses particularmente relevantes. (...) Há, porém, limites à reprodução de peças processuais ou de documentos incorporados em processos pendentes, bem assim como à transmissão de imagens ou tomadas de som, salve se expressamente autorizadas pela competente autoridade judiciária.”¹⁹⁷

Considerando as opiniões aqui transcritas, atrevemo-nos a formular algumas hipóteses para servirem de elementos de análise a conduzir uma conclusão. Ao se deparar com o conflito de prevalência, ou não, do direito de expressão e o direito de personalidade, procurando-se dar tratamento diferenciado, se for o caso, ao homem público e ao homem privado¹⁹⁸, consideramos:

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 178-179.

¹⁹⁷ Dunem, Francisca Van. *Justiça e Comunicação Social*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1996, p. 186.

¹⁹⁸“Assim, as regras estritamente deontológicas, apenas aplicáveis a quem faz parte de uma ordem profissional têm de ser completadas com normas jurídicas, especialmente em casos limites, como quando se verifica um risco de conflito entre o exercício do direito à informação e a presunção da inocência e quando, para a realização dos objectivos do artigo 10º, § 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou do artigo 19º, § 3, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Reais e Políticos, se impõe restrições ao exercício daquele direito” (2). Nota do autor: (2) *Diz* o primeiro: 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou comunicar informações ou idéias sem ingerência de autoridades públicas e sem considerações de fronteira. O presente artigo não impede os Estados de submeter as empresas de radiodifusão ou de televisão a regime de autorizações. 2. A regime destas liberdade, comportando deveres e responsabilidade, pode ser sujeito a certas formalidade, condições, restrições ou sanções previstas na lei, que constituam medidas necessárias, numa sociedade

- (1) Primeiramente há que se analisar se se está diante da narrativa de uma opinião ou de um fato, ambos relativos à vida privada do homem público, ou não. Acreditamos que, quanto ao fato, este sim possa ser divulgado, guardando-se os limites do sensacionalismo e do liame com a atividade desenvolvida, se se tratar de homem público. Se se tratar do homem privado, em hipótese alguma, dever-se-á trazer o fato ou a opinião, posto que a ninguém interessa a privacidade do alheio;
- (2) Se se tratar de opinião, estará sujeito o agente a ressarcir o noticiado, verificada a opinião injuriosa ou carente de interesse da opinião pública;
- (3) Se se tratar de fato, este deverá vir acompanhado da prova de sua veracidade, sem necessariamente trazer o informante, mas o divulgador deverá guardar-se de que o fato noticiado seja verdadeiro, sob pena de, igual forma, arcar com as conseqüências indenizatórias da divulgação advindas;
- (4) Haverá que se ter em conta a idoneidade do meio de divulgação. Se mídia impressa ou televisa, qual seria o fim a que rotineiramente se tem prestado, *ex vi*, se sensacionalista ou não.
- (5) Dever-se-á utilizar-se do movimento do pêndulo na valoração, segundo o momento histórico, da necessária preservação deste (direito

democrática, à segurança nacional, à integridade territorial ou à segurança pública, à defesa da ordem e à prevenção do crime, à proteção da saúde ou da moral à proteção da reputação e dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judiciário. E dispõe o segundo: 1. Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões. 2. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, de receber ou de divulgar informações e idéias de qualquer espécie, sem considerações de fronteira, sob forma oral, escrita, impressa ou artística ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício das liberdade previstas no nº 2 comporta deveres especiais e responsabilidades. Pode, em conseqüência, ser sujeito a certas restrições que devem, todavia, ser expressamente previstas na lei e que sejam necessárias: a) ao respeito dos direitos e da reputação de outrem; b) à salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moralidade públicas.” Rocha, Manuel António Lopes. *Justiça e Comunicação Social*. Lisboa: Ministério da Justiça de Portugal, 1996, p. 88.

de expressão) ou daquele (direito a privacidade, honra, intimidade, imagem), segundo o interesse público;

(6) Dever-se-á analisar o histórico do divulgado e dos instrumentos de mídia utilizado para divulgação, se ambos detém o histórico de sensacionalistas, de merchandising de produtos miraculosos, que curam desde caspa até câncer, etc.

(7) Ao se decidir pela prevalência de um direito em detrimento do outro, há que se analisar as conseqüências históricas desta decisão em relação a solução de casos futuros, particularizando-se ao extremo a decisão, tornando a decisão única, dificultando sua utilização como paradigma à solução de outras situações factuais.

Não nos olvidamos reconhecer, por seu turno, que esse sistema de pêndulo é perigoso em um sistema legal onde existem regras fixas, com uma constituição rígida como a vigente em nosso país¹⁹⁹, podendo gerar uma insegurança jurídica. Entretanto, a nós não se afigura tal risco, posto a aplicação da norma dever atender à necessidade do momento histórico em que ela é exigida, de modo que nosso sistema recursal permitirá uma justa decisão, ainda que demande tempo²⁰⁰, que não trará prejuízo algum à parte, diante da possibilidade da tutela inibitória, tratada em capítulos anteriores.

¹⁹⁹ Esse sistema de pêndulo se aplica melhor aos países com sistema de *common law*, onde o profissional do direito dispõe de maior discricionariedade na interpretação dos casos em concreto.

²⁰⁰ Importante se destacar que, sob nossa ótica, não é o número de recursos que dificulta uma pronta e rápida prestação jurisdicional, mas sim o atraso tecnológico do Poder Judiciário, sendo certo que o número de recursos e as instâncias, entendemos, estarem adequadas ao sistema democrático vigente em nosso país.

13 - CONCLUSÃO

As conclusões que ora discorremos, por vezes, poderão repetir questões discutidas anteriormente nesta dissertação. Entretanto, essa retomada se presta a servir de fio condutor, sustentando os argumentos já apresentados e lembrando o leitor das posições aqui defendidas.

Os direitos de personalidade ainda estão por conquistar seu espaço no direito brasileiro. Muito se escreve, entretanto, pouco se conclui e pouco se decide. Ademais, o Poder Judiciário não está aparelhado para lhe dar a tutela devida, quer pela inexistência de produção doutrinária, e o pouco que há, muito controversa, quer pela falta de logística.

O direito brasileiro, notadamente no que diz respeito à responsabilidade civil, caminha a passos lentos, sempre vislumbrando ao seu final a existência de um dano, como se a questão material fosse a mais importante a ser satisfeita. Talvez isso se justifique porque vivemos num país de miseráveis, onde inexistente uma distribuição eqüitativa das riquezas produzidas, de modo que a minoria mais rica é extremamente mais rica do que a maioria pobre.

Portanto, no Judiciário prevalece a idéia de que a satisfação das necessidades materiais se sobrepõe à reparabilidade das agressões ao direito de personalidade, afinal, o que é a imagem de um acusado exposta na TV, diante das possíveis atrocidades que cometeu e diante da precariedade investigativa de nossa polícia? Esse é um dos diversos argumentos utilizados por aqueles que se valem da violação do direito de

imagem, justificando a agressão ao direito de personalidade pelo raciocínio sofisticado de que quanto mais pessoas virem o “criminoso”, mais testemunhas terão e, conseqüentemente, a sociedade se beneficiará com o “serviço prestado”.

Nossos doutrinadores que se atreveram a comentar os dispositivos sobre a CF que tratam dos direitos de personalidade pouco, senão nada, falaram sobre ele. Faltou-nos, portanto, o princípio, de modo que estamos partindo claudicante do meio para ao fim.

O modelo econômico, que protege o capital, pouco avança no sentido de atribuir a responsabilidade do dano àquele que lucra com o risco, sempre revertendo à vítima a obrigação de apontar onde reside a responsabilidade, em que proporção e qual o “tamanho” do dano. Além de todas as obrigações recaírem sobre a vítima, ainda que ela consiga provar os requisitos acima citados, se o dano não for comprovado, ela não será indenizada, tampouco o prejuízo reparado.

Lembramo-nos de uma história contada em sala de aula, onde um pedestre andando próximo a uma pedreira, em havendo uma explosão provocada por raio, provada as condutas dentro das regras de segurança do dono do empreendimento, teve que suportar só os prejuízos advindos dos males que lhe foram causados por uma pedra que lhe atingiu. Ora, se inexistente culpa na conduta do dono do empreendimento, muito menos da vítima, que fazia daquele caminho seu trajeto. A responsabilização deveria recair sobre aquele que afere lucros da atividade, ainda que inexistente a conduta culposa.

Assim, aqueles direitos relativos à personalidade não que ser reparados, existindo, ou não, culpa ou dolo do agente, bastando a ofensa, ainda que inexistente dano.

Vimos, também, que, dada a natureza, alguns direitos da personalidade são disponíveis, embora natos, *ex vi* a imagem, sendo certo que, em havendo opção da pessoa em, alguns momentos, tornar publica sua imagem ou privacidade, não poderá reclamar depois, se alguns abusos houver, carecendo, pois, de tratamento diferenciado os direitos de personalidade do homem médio (cidadão comum), em relação ao homem público.

Defendemos que ao direito de personalidade, quando verificado conflito ao direito de expressão e de informação, há que ser aplicada a regra do *balancing of interest*, ou o “juízo de ponderação”²⁰¹, merecendo cada caso em concreto a sua devida apreciação, considerando-se os valores sociais, históricos, políticos e culturais.

No “juízo de ponderação” há que se confrontar os valores em jogo para decidir, conforme circunstâncias, de modo a que “qual deles” e “em que medida”, poderá ser sacrificado²⁰².

²⁰¹ Carnelutti (*Teoria Geral do Direito. São Paulo: Lejus, 1999, p.24-25.*) escreve: “O resultado integral das nossas percepções é o que se chama a nossa experiência. Ora, visto como os sentidos são as parotas do pensamento, mas não o pensamento mesmo, a experiência não fica em nós no estado bruto, antes vem a ser elaborada. A nossa mente é uma prodigiosa oficina, da qual os sentidos não são mais do que os muniçadores. O que se passa neta oficina é muito parecido com aquilo que se passa fora de nós, nas oficinas materiais. Em outro lugar, já tive ocasião de mostrar como se desenvolve este trabalho, ao qual, portanto, não dedico agora, senão uma pequena referência. A matéria-prima fornecida pelos sentidos consiste numa enorme massa de imagens, as quais entram promiscuamente e têm que ser ordenadas. O critério para as por em ordem é o das semelhanças e diferenças formais, espaciais e temporais. No final deste trabalho, à custa de aproximações e de afastamentos, de análises e de síntese, de microscópio e de telescópio, acabamos por descobrir certas uniformidades entre os objetos, que se traduzem em leis da experiência ou da realidade: da realidade se dizem porque nela se encontra, da experiência porque através dela são determinadas”.

²⁰² Herbert L.A. Hat em sua obra *O Conceito de Direito (3ed..Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001,p. 36)* escreve: “Se compararmos a diversidade dos diferentes tipos de leis, que se encontram num sistema moderno como o do Direito Inglês, com o modelo simples de ordens coercivas constituído no capitulo anterior, ocorre ao espírito uma grande quantidade de objeções. Por certo que nem todas as leis impõem às pessoas que façam ou não façam algo. Não será enganador classificar assim leis que conferem poderes aos particulares para outorgarem testamento, celebrarem contratos ou casamentos, e leis que dão poderes aos funcionários, por exemplo a um juiz para julgar casos, a um ministro para fazer regulamentos ou a um conselho municipal para fazer posturas ? Certamente que nem todo o direito é legislado ou constitui a expressão do desejo de alguém, como nas ordens gerais do nosso modelo. Tal afigura-se falso no caso do costume, que tem um lugar genuíno, embora modesto, na maior parte dos sistemas jurídica. Certamente que as leis, mesmo quando se trate de legislação deliberadamente elaborada, não são necessariamente ordens

Para que houvesse uma adequada defesa dos direitos de personalidade, notadamente quando violados pelos instrumentos de mídia, preservando as pessoas de ofensas indelévels, descabidas, injustas e desnecessárias, seria conveniente que a lei condicionasse os instrumentos de mídia à demonstração de um interesse superior da comunidade, de modo a prevalecer sobre a intimidade²⁰³.

Entendemos que a regra é a prevalência dos direitos da personalidade, em detrimento do direito à informação e da liberdade de expressão, exceto em situações em que o interesse da coletividade seja superior.

dadas apenas a outros. Não vinculam tantas vezes as leis os próprios legisladores? Finalmente, terão as leis promulgadas, para serem leis, de exprimir realmente os efectivos desejos, intenções ou aspirações de um qualquer legislador? Não seria lei uma lei devidamente aprovada se (como deve ser o caso relativamente a muitos artigos de uma lei orçamental inglesa) os que votaram não soubessem o que significava?"

²⁰³ Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 3 ed., 1991, p. 41.) escreve que "a segurança coletiva via a paz, pois a paz é ausência do emprego de força física. Determinando os pressupostos sob os quais deve recorrer-se ao emprego da força e os indivíduos pelos quais tal emprego deve ser efetivado, instituindo um monopólio da coerção por parte da comunidade, a ordem jurídica estabelece a paz nessa comunidade por ela mesma constituída. A paz do Direito, porém, é uma paz relativa e não uma paz absoluta, pois o Direito não exclui o uso da força, isto é, a coação física exercida por um indivíduo contra outro. Não constitui uma ordem isenta de coação, tal como exige um anarquismo utópico. O Direito é uma ordem de coerção e, como ordem de coerção, é - conforme o seu grau de evolução - uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz."

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Moreira. *A Parte Geral do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução a Teoria Geral*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

AQUINO, São Tomás de. *Dos Príncipes ao Rei de Cipro*. Rio de Janeiro: ABC, 1937.

BONAVOLONTÀ, Luigi. *Il Nuovo Processo Civile*. Roma: Buffetti, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELLUTTI, Francesco. *Instituições de Processo Civil*. Vols I , II. Campinas: Servanda, 1999.

_____. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASADO, Alfredo. *Os Meios de Comunicação Social (e sua influência sobre o indivíduo e a sociedade)*. São Paulo: Cidade Nova, 1987.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil, 3 ed.* São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIAS, Edilson Pereira de. *A Honra, a Intimidade, a Vida privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação.* 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

_____. *Colisão de Direitos, 2 ed.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira; **CRETILLA JR.**, Jose; **GANDRA**, Ives e **FERREIRA**, Pinto. *Comentários a Constituição federal.* São Paulo: Saraiva, 1995.

FONTES JÚNIOR, João Bosco Araújo. *Liberdade e Limites da Atividade de Rádio e Televisão.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2001.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 2001.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JURISPRUDÊNCIA INFORMATIVA SARAIVA (JUIS). n. 33. São Paulo: Saraiva: 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KOTLER, Philip. *Marketing.* 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

LOPES, João Batista. *Ação Declaratória.* 3 ed. São Paulo: RT, 1991.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme . *Tutela Inibitória*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *A Antecipação da Tutela*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*.

4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela Específica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

MARIO, Caio. *Responsabilidade Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDONÇA, Vitor M. P..(Org.) *Justiça e Comunicação*. Portugal: Ministério da Justiça, 1996.

MONTELEONE, Maria. *Diritto all'immagine e provvedimenti d'urgenza*. Milano: Il Foro Italiano, 1978.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, João Gualberto de. *A Liberdade de Imprensa no Brasil e na Suécia*. São Paulo: Expansão Comercial, 1956.

PAESANI, Liliana Minardi Paesani. *Direito de Internet (Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil)*. São Paulo: Atlas, 2000.

PAZ, José Carlos Laguna de. *Regimen Jurídico de La Television Privada*. Madrid: Marical Pons, 1994.

PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PIZARO, Ramón Daniel. *Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación*

- *Daños por noticias inesactas o agraviantes*. 2 ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1999.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, Jose Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Freitas Bastos, 1997.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5 ed. São Paulo: RT, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. Vol. 3.

SWENSSON, Walter Cruz et al. *Direito e Internet*. São Paulo: Themis, 2001.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1999. Vol. 2.

_____. *Das Obrigações em Geral*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. 1.