

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

FÁTIMA MORGANA LIMA BASTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA INTERNET E
AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

Aracaju

2013

FÁTIMA MORGANA LIMA BASTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA INTERNET E
AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

ORIENTADOR:

Profº Esp. Pedro Dias de Araújo
Júnior

Aracaju

2013

FÁTIMA MORGANA LIMA BASTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA INTERNET E
AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

Monografia apresentada à
Comissão Julgadora do curso
de Direito da Faculdade de
Administração e Negócios de
Sergipe.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profº Esp. Pedro Dias de Araújo Júnior
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe -FANESE

Profº Me. Vitor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe -FANESE

Profº Esp. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe -FANESE

À mainha, por todo o amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo colo nas horas difíceis e pela esperança quando tudo parecia me afastar dos meus objetivos.

À minha mãe, D. Cristina, por ser a melhor professora da minha vida e, ainda que subliminarmente, ter plantado no meu coração virtudes que se arraigaram e nunca morrerão.

À minha tia (e mãe) Beta, por seu jeito peculiar de me amar.

Ao meu noivo Ubirajara, ou melhor, Bi. Agradeço pelo amor e paciência para entender e suportar essa nova jornada, essa mudança de caminho e de planos. Amo você.

À Dr^a Janara Pereira, por ter me acolhido na Defensoria Pública e transmitido tantos conhecimentos, tanto de ordem jurídica quanto espiritual.

Ao orientador Pedro Dias, pelo incentivo em buscar novos rumos para este trabalho e me apresentar a novas e fascinantes leituras.

Aos mestres, pelos ensinamentos jurídicos e de vida, em especial aos professores Marcelo Schimmelpfeng, Kleidson Nascimento, Hortência de Abreu, Everton Gonçalves, José Carlos Santos, entre tantos outros que passaram por mim nesta jornada.

Aos coordenadores do Curso de Direito, Pedro Durão e Vitor Condorelli, pela constante preocupação em manter a qualidade de ensino.

E por fim, agradeço a todos os colaboradores da FANESE, em especial ao meu “anjo da guarda”: Lu. Sempre muito atenciosa, fez das minhas tardes no Núcleo de Prática Jurídica momentos muito especiais.

Muito obrigada!

If the freedom of speech is taken away then dumb and silent we may be led, like sheep to the slaughter.

George Washington

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo mostrar o conflito entre as liberdades de expressão e comunicação e os direitos da personalidade, e a responsabilização civil em decorrência da prática das primeiras fora dos limites éticos. O tema teve seu debate social ampliado devido ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF ao revogar a Lei de Imprensa. Naquela oportunidade, a suprema corte priorizou a liberdade de expressão em detrimento aos direitos da personalidade, principalmente quando se tratar de agente público. Tal posicionamento é protetivo da democracia conquistada após anos de luta contra a ditadura militar. Por outro lado, devem ser observados os limites do seu exercício, respeitando uma esfera da intimidade, daquilo que não é atinente ao interesse público. Este duelo de princípios ganha intensidade quando ocorrido na *Internet*, seja por meio de portais jornalísticos mantidos por pessoas jurídicas, seja pelos *blogs* e redes sociais, supridos por pessoas naturais. Neste meio a velocidade de propagação das informações é extrema, oferecendo riscos ainda mais evidentes à honra de quem tem seu nome vinculado a alguma notícia de cunho sensacionalista. Por este motivo também é abordada neste trabalho a tutela processual dos direitos aqui estudados.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Direitos da Personalidade; Liberdade de Expressão.

ABSTRACT

This monograph aims to show the conflict between freedom of speech and communication and personality rights, and civil liability as a practice's result of the first outside the ethical limits . The social discussion about the theme was expanded due to the judgment by the Supreme Court, the Action of Breach of Fundamental Precept N°. 130/DF that revoked the Press Law . At that time, the Supreme Court gave priority to freedom of speech in detriment of personality rights , especially when dealing with a public servant . This position is protective of democracy won after years of struggle against the military dictatorship . On the other hand , must be within the limits of its exercise , respecting a sphere of intimacy , what has nothing to do with the public interest . This duel of principles wins intensity when it happens on the *Internet* , either through journalistic portals maintained by corporations , whether by *blogs* and social networks, supplied by individuals . In this medium the information's speed of propagation is extreme, offering even more obvious risks to the honor of those who have their names attached to some sensationalist news. For this reason it is also discussed in this work the tutelage procedural rights studied here .

Keywords : Liability , Personality Rights , Freedom of Expression.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
2.1 Histórico.....	14
2.2 A Lei de Imprensa e a Responsabilização Civil.....	17
2.3 Natureza Jurídica.....	19
2.4 Elementos ou Pressupostos.....	20
2.4.1 Conduta Humana.....	21
2.4.2 Culpa Genérica.....	22
2.4.3 Nexo de Causalidade.....	24
2.4.4 Dano ou Prejuízo.....	27
2.5 Causas Excludentes do Dever de Indenizar.....	27
2.5.1 Legítima Defesa.....	28
2.5.2 Estado de Necessidade.....	29
2.5.3 Exercício Regular do Direito.....	29
2.5.4 Excludentes do Nexo Causal.....	30
2.5.5 Cláusula de Não Indenizar ou Cláusula de Irresponsabilidade.....	31
3 DO DANO.....	32
3.1 Espécies.....	34
3.1.1 Dano Patrimonial.....	35
3.1.2 Dano Moral.....	36
3.1.2.1 Distinção Entre Dano Moral e Mero Dissabor.....	38
3.1.2.2 Critérios de fixação.....	40
3.2 A Reparação dos Danos na Sociedade Pós-moderna.....	43
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA INTERNET.....	46
4.1 Os Direitos Fundamentais Envolvidos.....	46
4.1.1 Liberdade de Expressão e de Comunicação.....	46
4.1.2 Direito à Privacidade e à Honra.....	49
4.1.3 A Ponderação dos Direitos Fundamentais.....	53
4.2 O Equacionamento Jurídico dos Diversos Meios de Comunicação.....	55
4.2.1 Os Portais Jornalísticos, <i>Blogs</i> e Redes Sociais.....	55
4.2.2 A ADPF 130 e Suas Implicações à Imprensa Brasileira.....	60

4.3 Liberdade de expressão e a ponderação de direitos fundamentais.....	63
5 ASPECTOS PROCESSUAIS.....	68
5.1 Estudo de Caso: Polêmica Cicarelli.....	69
6 CONCLUSÕES.....	71
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de pesquisa sobre a responsabilidade civil dos meios de comunicação na internet, mais especificamente acerca dos limites das liberdades de expressão e de comunicação. A escolha do tema ocorreu pela observação que a imprensa tem se desviado da sua função primordial manter a sociedade informada sobre os fatos que nela ocorrem. Nota-se um crescimento do fenômeno denominado *sensacionalismo midiático* que desvirtua a função originária dos meios de comunicação.

O objetivo deste trabalho, em sentido amplo, é analisar a responsabilidade civil dos meios de comunicação na *Internet* pelo conteúdo disponibilizado, considerando a legislação, jurisprudência e doutrina. Visa-se perceber o impacto social dos conteúdos publicados e identificar quais as espécies de condenação mais frequentes.

A Responsabilidade Civil é um tema jurídico em constante atualização, em face da necessidade social de regulamentação de novas situações surgidas do convívio humano. O tema delimitado do corrente trabalho se encontra em fase transitória quanto à sua regulamentação, decorrente da revogação da Lei nº 5.250/67, mais conhecida como Lei de Imprensa. Logo, apesar dos constantes esforços acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais, ainda há uma lacuna legislativa.

Além do público jurídico, o tema também é pertinente aos comunicólogos interessados em estudar as limitações da sua atuação profissional. Destarte, é possível que o direito à liberdade de expressão seja exercido com mais responsabilidade e ética, evitando lides e desgastes desnecessários.

Tal fenômeno gera interesse no âmbito jurídico a partir do momento em que se colocam em conflito duas disposições constitucionais de grande peso: a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Trata-se de tema abraçado pela interdisciplinaridade, observando que se as liberdades são matéria constitucional, os outros, além de sê-lo nesta seara, são amplamente discutidos na esfera cível.

Para o desenvolvimento do estudo foi aplicado o método exploratório, visando avaliar as teorias e conceitos aplicáveis ao tema por meio de levantamento bibliográfico. Esta é a metodologia de pesquisa mais favorecedora à exploração do

assunto, ressaltando que foram consultados livros, periódicos, legislação, jurisprudência e súmulas.

O primeiro capítulo desta monografia, expõe um estudo detalhado da Responsabilidade Civil, contendo conceitos de fundamental importância para a devida compreensão do tema. São expostas as mais remotas origens históricas do instituto jurídico desde as sociedades pré-romanas, a comum prática da vingança privada e a Lei de Talião até a consagração de sua modalidade objetiva pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Diante da relevância histórica pertencente à Lei de imprensa, neste capítulo ainda se aborda o seu histórico e alguns dos seus principais institutos.

O capítulo inaugural ainda aborda a natureza jurídica do referido instituto e, com fundamento nas mais renomadas doutrinas civilistas brasileiras, indica o seu caráter. Em seguida, faz-se um estudo dos pressupostos ou elementos da responsabilidade civil, sendo elencados e explicados a conduta, a culpa, o nexo causal e o dano, este ainda de forma superficial, tendo em vista a necessidade de ser abordado em capítulo apartado.

As causas excludentes do dever de indenizar são abordadas no tópico atinente, sendo elas a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito, as excludentes do nexo de causalidade e, por fim, a cláusula de não indenizar ou de irresponsabilidade. São explicadas a culpa ou fato exclusivo da vítima, do terceiro e ainda os casos fortuitos e a força maior, enquanto excludentes do nexo causal.

No segundo capítulo é feito um estudo do dano e das suas respectivas espécies. Com o intuito de atender aos fins didáticos, os danos foram separados em patrimoniais e extrapatrimoniais ou, respectivamente, materiais e morais. Além dos pontos fundamentais como as características de cada uma das espécies e os critérios para sua fixação, o capítulo possui também uma abordagem crítica sobre o dano moral na sociedade pós-moderna. Nesta é notório o tratamento massificador dado pelas grandes empresas ao seu público, o que ocorre também com aquelas que trabalham com comunicação ao tentar desesperadamente prender a atenção das massas, criam personagens e violam direitos da personalidade dos indivíduos.

Ainda sobre o dano moral, observa-se a distinção entre aquele e o mero dissabor. Trata-se de ponto importante diante do crescente número de demandas frívolas, fundadas em sensibilidade mais aguçada que a do homem médio. Se, de

um lado, não pode imperar a conduta danosa, de outro, também não pode prevalecer a má-fé dos autores.

O terceiro capítulo adentra na delimitação temática desta monografia: a responsabilização civil dos meios de comunicação na internet e o confronto com as liberdades de comunicação e expressão. São abordados os direitos fundamentais à privacidade, à honra e à liberdade de expressão, para somente depois ser feito o estudo da técnica de ponderação de princípios.

É trazido à baila o equacionamento jurídico dos meios de comunicação. Inicialmente são estudadas algumas implicações técnicas acerca da *Internet*, para depois serem analisadas os aspectos jurídicos dos portais jornalísticos e das redes sociais. Não poderia também faltar neste trabalho uma análise do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF, tendo em vista que representa marco histórico para a justiça brasileira no tocante as questões da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade. O referido julgamento, ao revogar a Lei de Imprensa, quebrou o paradigma de responsabilização utilizado até 2009.

Por fim, fora separa o derradeiro capítulo para cuidar de alguns aspectos processuais. São abordadas as medidas processuais cabíveis diante da violação aos direitos aqui abordados.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Histórico

Como de praxe nos estudos jurídicos, antes de avançar nos conceitos atinentes ao objeto de estudo, faz-se necessário analisar os principais momentos da sua evolução histórica. Enquanto ser social que é, o homem se viu desde os primórdios imbuído em conflitos nos seus grupos de convivência. Os embates entre as vontades são inerentes as sociedades, subsistindo a necessidade de regras que assecuratórias da paz social.

A responsabilidade civil surge no contexto das civilizações pré-romanas, nas quais era comum a prática da vingança privada, ou seja, todos os males praticados por um indivíduo a ele retornavam em igual proporção por meio do ofendido ou da sua família. Tal reciprocidade encontrava fundamento na Pena de Talião, contida na Lei das XII Tábuas, cujo teor permitia a autotutela por meio da conhecida máxima “olho por olho, dente por dente”. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p. 52) Nesta fase os conceitos de pena e reparação se confundem, bem como a responsabilidade civil e penal como bem esclarece Alvino Lima:

[...] A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da ideia da pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a ideia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva da vingança; o caráter penal da ação da lei Aquília, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência. (LIMA, 1999 apud GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p.53-54)

Apesar da aparente incitação desenfreada à vingança e à violência, a referida lei apresentava possibilidades de evolução do instituto, porquanto além da autotutela, prevê a hipótese de composição entre a vítima e o ofensor. Tal meio de reparação do dano causado amenizava a propagação da cólera ao evitar que o ofendido revidasse a ofensa ao determinar que por força de transação este receberia, a seu critério e título de pena, uma importância em dinheiro ou outros bens. Em seguida, a autotutela fora abolida para dar lugar somente à composição obrigatória, embora subsistisse o sistema do delito privado, nota-se a influência da

inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é uma questão apenas particular, mas também do Estado. (LIMA, 1999 apud GAGLIANO, PAMPLONA, 2010, p.53)

No século III a.C., durante a República Romana, consta o próximo marco na evolução histórica da responsabilidade civil: a edição da *Lex Aquilia de Damno*, que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual. Sem revogar totalmente a Lei de Talião, a *Lex Aquilia* substituiu as multas fixas por penas proporcionais aos danos. O seu texto fora fracionado em três capítulos, sendo o primeiro o regulador dos casos de morte de escravos ou animais quadrúpedes, o segundo se referia ao dano causado por um credor acessório ao principal e, por fim, o terceiro normatizava o *damnum injuria datum*, que consistia “na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal”(GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p.53).

A intenção original era limitada ao proprietário da coisa lesada, porém a jurisprudência e as concessões do pretor motivaram a construção de uma sólida doutrina romana acerca da responsabilidade extracontratual. A partir de então se depreende uma evolução paulatina do caráter penal para o reparatório. Tal inserção da culpa como pressuposto da responsabilidade influenciou importantes legislações como o Código Civil Francês (1804), tornando-se regra em todo o Direito Comparado.

É relevante ressaltar que a culpa nos moldes do Direito Romano possuía significado diverso da conhecida pela sociedade contemporânea. Esta, traz consigo a ideia de pecado incutida pela Igreja Católica, enquanto aquela é fruto do pragmatismo romano sendo tratada apenas como pressuposto da obrigação de indenizar. Destarte, seria impróprio utilizar a expressão *aquiliana* como sinônimo da culpa atual, todavia tal nomenclatura se tornou comum. (HIRONAKA, 2005 apud TARTUCE, 2011,p. 316)

Apesar de ser uma notável evolução diante da barbaria inicial da Pena de Talião, a teoria clássica da culpa se tornou insuficiente para regular a imensidão de casos concretos que brotaram das novas relações sociais. O desenfreado aumento populacional, tecnológico e das grandes indústrias forçou a constatação de que incontáveis danos não eram reparados devido à dificuldade da vítima em provar a culpa do ofensor. Esta dificuldade ocorria em face do ônus da prova pertencer ao ofendido segundo a teoria subjetiva, de acordo com o seguinte relato:

O estrondo industrial sentido na Europa com a segunda Revolução Industrial, precursora do modelo capitalista, trouxe consequências jurídicas muito importantes. De acordo com a aclamada teoria do risco iniciaram-se os debates para a responsabilização daqueles que realizam determinadas atividades em relação à coletividade. Verificou-se, a par dessa industrialização, uma maior atuação estatal, bem como a exploração em massa da atividade econômica, o que justificou a aplicação da nova tese de responsabilidade sem culpa. Mesmo com resistências na própria França, a teoria da responsabilidade sem culpa prevaleceu no direito alienígena, atingindo também a legislação do nosso País. (TARTURCE, 2011, p. 317)

O surgimento do Código Criminal Brasileiro em 1830 motiva a criação de institutos de direito civil voltados à reparação dos danos causados. Contudo, por ainda se tratar de inovação lenta e gradual, esta reparação ainda estava vinculada à esfera criminal. Tal fato se deve à restrição jurisdicional mista que vigorava à época.

A partir de 1897 estudiosos como Saleilles e Josserand a teoria do risco com fundamento no aspecto objetivo do dano, passando a atender as necessidades daqueles que não tinham meios probatórios suficientes para ver seus danos reparados. No Brasil, um dos grandes responsáveis pelo entendimento da responsabilidade objetiva foi o doutrinador Alvin Lima por meio da sua obra *Culpa e Risco*. Apesar das fortes repressões as novas ideias, o artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 1916 representou um dos primeiros avanços neste sentido ao trazer a responsabilidade civil do Estado pelos atos comissivos dos seus agentes.

A codificação civil de 1916 também estabeleceu a dissociação da jurisdição repartindo-as em civil e criminal. Ressalte-se que o referido código se filiava à teoria subjetiva, reconhecendo o elemento anímico como fundamental para a configuração do dano. Antes desta codificação o ordenamento pátrio não era desprovido de uma responsabilização, tendo em vista a objetividade prevista no Decreto 2.661 de 1912, que abordava a responsabilidade em decorrência de danos ocorridos em estradas de ferro.

O Código Civil de 2002 consagrou a objetividade, entretanto, apenas para situações determinadas, como as que envolvem risco na atividade do ofensor. Esta novidade, por outro lado, não excluiu a responsabilidade subjetiva que continua sendo a regra no ordenamento jurídico civil vigente. (GONÇALVES, 2012, p.28)

2.2 A Lei de Imprensa e a Responsabilização Civil

Em 14 de março de 1967, em meio à turbulenta ditadura militar, entrou em vigor no Brasil a Lei nº 5.250, mais conhecida como Lei de Imprensa. Esta lei, dentre outros temas, dá continuidade à legislação brasileira de imprensa nascida ainda na era colonial, quando se aplicavam os dispositivos da lei portuguesa de 1821. Nesta época, a responsabilização do jornalista que cometesse abusos ao direito de manifestação do pensamento seria julgada perante o Júri. (COSTELLA, 1970 apud LANER, 2000, [n.p.]

O artigo 1º da referida lei é nítido quanto à limitação do direito de manifestação, com a seguinte redação: “É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer”. A responsabilização e a obrigação de reparar também estão explícitos no artigo 12: “Aquêles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem”.

A responsabilidade daquele que violasse os limites da liberdade de expressão só era configurada mediante culpa ou dolo do agente, ou seja, na modalidade subjetiva como preceituava o artigo 49, *caput*: “Aquêles que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, violar direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar”.

Entretanto, ao prever no artigo 28 que a vítima poderia demandar tanto em face da pessoa física quanto da pessoa jurídica exploradora do meio de comunicação ou divulgação, a Lei de Imprensa acolhera também a teoria da responsabilidade objetiva. Ressalte-se que, detectada esta espécie de responsabilização, havia direito de regresso contra o real responsável pela veiculação do material ofensivo. (BARREIROS, 2007, [n.p.]

Após inúmeras discussões acerca da legitimidade ativa nas ações indenizatórias por dano causados pela imprensa, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão por meio da súmula 221: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”. (BRASIL, 1999, [n.p.]

Tal entendimento se deu diante da necessidade de garantir à vítima que o dano fosse reparado. Percebeu-se que, em muitos casos, os jornalistas não dispunham de condições financeiras para adimplir as condenações e que, por outro lado, as empresas tinham também o dever de filtrar o conteúdo publicado. Assim, o sábio tribunal os uniu em um só pólo.

A jurisprudência do mesmo tribunal avançou na questão ao considerar legitimado passivo aquele que deu margem à notícia falsa ou ofensiva, ou seja, a fonte. Como se vê na seguinte ementa:

Processual Civil – Recurso Especial – Divergência Jurisprudencial – Responsabilidade Civil – Lei de Imprensa (nº 5.250/67, art. 49, § 2º) – Danos Morais – Pólo Passivo – Pessoa Física ou Jurídica – Possibilidade – Escolha do autor, tanto contra a empresa titular do veículo de comunicação, como ao jornalista ou contra aquele que a tanto deu margem – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 210961 SP, 4ª Turma, Rel.: Min. Massami Uyeda, 2007)

Outro aspecto abordado pela Lei de Imprensa era o arbitramento do *quantum* indenizatório. O artigo 51 traçava limites pecuniários quando o demandado fosse jornalista profissional, variando de dois a vinte salários mínimos de acordo com a espécie de dano. Já no artigo 53 se observam os critérios aos quais deveria o magistrado atentar ao arbitrar a indenização, todos relacionados ao bom senso, a exemplo da verificação da intensidade do sofrimento e do dolo ou grau de culpa do ofensor.

Frise-se que em 2006, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais os limites pecuniários as indenizações estipuladas no artigo 51, como segue:

INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 447.58 RJ. 4ª turma. Relator: Min. César Peluso, 2006)

Além de abranger a reparação pecuniária dos danos, a Lei de Imprensa trazia o direito de resposta ou à retificação de informação errônea ou danosa. O artigo 29 indicava que poderia ser exercido pelo próprio ofendido, representante legal ou por

cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos, se a vítima não estivesse no Brasil ou se houvesse falecido após a ofensa, mas antes de vencido o prazo decadencial.

A Lei nº 5.250/67 fora revogada em seu total teor pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, esta será devidamente estudada em momento oportuno.

2.3 Natureza Jurídica

Antes de ingressar no mérito da natureza jurídica da responsabilidade civil, faz-se importante tecer algumas linhas acerca do conceito de ato ilícito. O próprio Código Civil vigente determina em seu artigo 186 que estará configurado o ato ilícito quando por meio de ação, omissão voluntária, negligência ou imprudência, alguém violar direito de outrem, causando-lhe dano ainda que exclusivamente moral. Tartuce (2011, p. 331), explica que esta classe de atos é considerada como fato jurídico em sentido amplo, “uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei, sendo, por isso, chamados de involuntários”.

O ato ilícito pode ocorrer nas esferas cível, penal ou administrativa, contudo, sabe-se que em algumas circunstâncias a conduta reflete civil e penalmente. Nestes casos, incidirá a dupla responsabilidade, porém, não se pode negligenciar que o artigo 935 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) preceitua a dissociação de ambas afirmando que “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. (BRASIL, 2002)

Postas tais considerações sobre o ato ilícito se deve entender que, a princípio, tanto a responsabilidade civil quanto a penal decorrem desta violação à ordem jurídica, provocando um desequilíbrio social. Devem ser ressalvadas as hipóteses nas quais ocorre a responsabilização civil em decorrência de uma imposição legal, seja por atos ilícitos ou lícitos, tal como ocorre quando há exercício de atividade de risco. Em virtude das práticas indevidas, aplicam-se as respectivas sanções, estas, todavia, são alvo de confusão ao serem usadas como sinônimos de pena e vice-versa.

Na verdade se trata de uma relação de gênero e espécie, respectivamente. “A sanção é a consequência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito, pelo que, em

função de tudo quanto foi exposto, a natureza jurídica da responsabilidade, seja civil, seja criminal, somente pode ser sancionadora.” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p.61)

Esta natureza sancionadora está explícita no teor do artigo 927 da codificação civil supracitada. O dispositivo impõe ao agente responsável a obrigação de reparar o dano, ou seja, de indenizar justamente a vítima. O parágrafo único do mesmo artigo abrange a sanção em caráter indenizatório aos casos de responsabilidade civil objetiva.

2.4 Elementos ou Pressupostos

A delimitação dos pressupostos sobre os quais se configuram o dever de indenizar é ponto de divergência na doutrina pátria. Os doutrinadores não soam em unanimidade, sendo necessário o estudo de variados ensinamentos.

Maria Helena Diniz (2005, p. 42) aponta três elementos configuradores da responsabilidade civil. A princípio, deve existir uma conduta comissiva ou omissiva, obrigatoriamente qualificada juridicamente como ato lícito ou ilícito, vislumbrada a possibilidade do risco excetuando a culpa. A omissão ou comissão deve causar à vítima certo dano moral ou material. Por fim, deve existir nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Carlos Roberto Gonçalves (2005 apud TARTUCE, 2011, p. 364), por sua vez, opta por determinar quatro pressupostos. Para este autor deve haver omissão ou comissão imbuídas de dolo ou culpa do agente. O elemento anímico deve ter vinculação com a conduta, formando o nexo de causalidade gerador do dano.

O aclamado doutrinador Cavalieri Filho (2005, p.41) defende a existência de três elementos fundamentais à configuração do dever de indenizar. Nesta óptica o indivíduo deve agir culposamente, de forma que sua conduta induza ao resultado danoso, formando o nexo causal. Assim, os elementos seriam: conduta culposa, nexo causal e dano.

Os autores anteriormente citados compõem a doutrina majoritária, que defendem a presença da culpa, em sentido amplo, no rol de pressupostos essenciais à responsabilidade civil. Por outro lado, os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p.66), em posicionamento minoritário, apontam tal

espécie de culpa como um elemento acidental. Para estes os pressupostos são apenas a conduta humana, o dano ou prejuízo e o nexa de causalidade.

Tartuce (2011, p. 364) sintetiza, em tentativa de pacificar os debates, quais seriam os elementos, sendo: a conduta humana, a culpa genérica (*latu senso*), o nexa de causalidade e a existência de dano ou prejuízo. Corrente a qual se filia este trabalho.

2.4.1 Conduta humana

A configuração da responsabilidade civil somente ocorre se for possível ser atribuído ao homem. Define-se a voluntariedade como núcleo fundamental da conduta humana, sendo o resultado da “liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.69).

Cavaleri Filho (2010, p. 23) prefere tratar este pressuposto como conduta humana culposa por acreditar que a culpa recebe importância jurídica quando integra a ação ou omissão. Por outro lado, para fins de melhor compreensão, alguns autores como Flávio Tartuce (2011) preferem dissociar os elementos conduta e culpa. A conduta humana pode ser positiva ou negativa, respectivamente ação e omissão. Tais condutas podem estar evitadas por voluntariedade ou negligência, imperícia ou imprudência, caracterizando nesta ordem dolo e culpa, como impõe o Código Civil vigente em seu artigo 186 ao estipular que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002)

A configuração da conduta negativa requer a existência do dever jurídico da prática de determinado ato além da comprovação da não ocorrência da conduta. Tartuce (2011, p.365) reforça ainda a necessidade de demonstração que o dano poderia ter sido evitado se a conduta fosse praticada. Maria Helena Diniz (2002 apud TARTUCE, 2011, p.366) traz à baila a obrigatoriedade do elemento voluntariedade da conduta, no sentido de a vontade ser controlável diante da ação ou omissão.

2.4.2 Culpa genérica

Ao analisar a responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, deve-se ter em mente que a culpa aplicável neste âmbito é a genérica (*lato sensu*). Esta abrange o dolo e a culpa em sentido estrito (*stricto sensu*).

Entende-se por dolo a “violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem”. (TARTUCE, 2011, p.367) Tal violação deve ser apta a dar causa ao dano de acordo com o entendimento da teoria da causalidade adequada, adotada pela codificação civil vigente. Sobre o tratamento do dolo:

O dolo, na verdade, merece o mesmo tratamento da culpa grave ou gravíssima. A conclusão, pela qual o dolo equivale à culpa grave, vem do brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur*, originário do Direito Romano, e com grande aplicação na atualidade. (TARTUCE, 2011, p. 368)

No tocante à indenização, a sua fixação deve ser proporcional ao grau de culpa dos ofensores. O artigo 944 em seu parágrafo único (Código Civil, 2002) traz a hipótese de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, casos em que o juiz poderá reduzir equitativamente o *quantum* indenizatório. Assim, compreende-se que constatado o dolo não se aplicará a hipótese deste dispositivo, devendo o autor da ofensa pagar a indenização em sua integralidade em atenção ao princípio da reparação integral dos danos retirado do caput do referido dispositivo (Código Civil, 2002) e do artigo 6º, VI (Código de Defesa do Consumidor).

Vencido o conceito da culpa genérica e as suas implicações, faz-se necessário passar à análise da culpa *stricto sensu*. Diversos autores, ao conceituar culpa, valem-se de elementos psicológicos que avaliam a conduta moral e subjetivamente, como se observa:

[...] Assim, refere-se Chironi à culpa como um *stato d'animo* do agente que se pretende responsável. Salemi refere-se expressamente à relação entre a *psiche* e o ato lesivo, como característica da culpa. Stoppato alude à culpa como um '*diffetto dela intelligenza*'. Pontes de Miranda trata da culpa como 'falta de devida atenção. José de Aguiar Dias refere-se à previsibilidade do resultado como elemento indispensável ao conceito. Karl Larenz menciona, além da previsibilidade, um 'includível' juízo de valor do agente sobre o próprio comportamento. (SCHREIBER, 2013, p. 14-15)

Cavaliere Filho (2005, p. 59) elenca três elementos fundamentais para a constatação da culpa: a conduta voluntária seguida de resultado involuntário, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção. Na culpa estrita o agente quer a conduta, mas não o resultado.

Para fins didáticos, a culpa estrita é relacionada a três modelos jurídicos próprios do Direito Penal: imprudência, negligência e imperícia. Na primeira hipótese, verifica-se a falta de cuidado na ação; na segunda ocorre uma omissão por falta de cuidados; por fim, a imperícia é detectada mediante a falta de qualificação ou treinamento de um profissional para o exercício de determinada função. Aos casos de imperícia de profissional na área da saúde se aplica o disposto no artigo 951, a saber:

O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

Aplicação de tais dispositivos se pode encontrar no seguinte julgamento:

Responsabilidade civil extracontratual. Imprensa. Dano moral. Divulgação de notícia inverídica imputando à pessoa jurídica autora a prática de adulteração de combustíveis. Culpa do órgão jornalístico configurada, pela imperícia na divulgação do conteúdo de investigação policial. Irrelevância da ausência de dolo [...].(SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 9163698252006826/ SP. 2ª Câmara de Direito Privado. Relator: Fábio Tabosa, 2011)

Frise-se que ao Direito Civil não interessa a existência de dolo ou culpa na conduta do autor, a consequência em ambos os casos será a obrigação de indenizar ou de reparar o dano. Quanto ao ônus da prova, em virtude da adoção da teoria da culpa pelo ordenamento jurídico pátrio, pertence ao autor da demanda de acordo com a regra imposta pelo artigo 333, I do Código de Processo Civil. (TARTUCE, 2011, p. 369)

Importante se faz também buscar na doutrina civilista as principais classificações da culpa em sentido estrito. Quanto à origem, a culpa pode ser contratual ou extracontratual, atendendo ao tradicional duplo tratamento da responsabilidade civil, apesar das novas tendências unificadoras. Na primeira, a violação ocorre no contexto de um negócio jurídico preexistente, enquanto que na segunda não existe esta relação anterior ocorrendo a desobediência a uma obrigação imposta por um dever geral do direito ou da própria lei, de não lesar a outrem, também denominado de *neminem laedere*.

Quanto ao critério da análise pelo aplicador do direito pode ser *in concreto* ou *in abstracto*. Naquela se analisa a conduta com fulcro no caso concreto, sendo a análise mais coerente ao Código Civil de 2002. Enquanto que nesta, toma-se como

padrão de análise a pessoa natural comum ou homem médio, como explana Anderson Schreiber (2013, p.35) ao citar Silvio Rodrigues (2003, p.146):

Como modelo abstrato de comportamento, emprega-se tradicionalmente, nos ordenamentos de *civil law*, o parâmetro romanista do *□amil pater □amílias*, entendido como o *homem médio*, o *homem-padrão*, o *indivíduo prudentes*. Entende a doutrina que, para 'verificar se existiu, ou não, erro de conduta, e portanto culpa, por parte do agente causador do dano, mister se faz comparar o seu comportamento com aquele que seria normal e correntio em um homem médio, fixado como padrão. Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado *in abstracto* pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta'. E não é substancialmente diversa a metodologia adotada nos ordenamentos de *commom law*, onde invoca o chamado *reasonable man* como parâmetro abstrato de comportamento.

Ainda na mesma esteira, Schreiber (2013) detecta um flagrante divórcio entre a culpa e sua tradição moral. Ao obter esse diagnóstico, o autor indica que o agente não é mais considerado culpado por agir reprovavelmente no sentido moral, mas o é apenas por deixar de empregar a diligência social média. O indivíduo pode ser condenado a indenizar ainda que "tenha feito o seu melhor para evitar o dano". (MASSIMO, 2000 apud SCHREIBER,2013,p.37)

2.4.3 Nexo de causalidade

Inicialmente não se trata de um conceito puramente jurídico, sua origem se encontra nas leis naturais determinantes das relações de causa e efeito entre a conduta e o resultado (CAVALIERI FILHO, 2010, p.47). Tal conceito aplicado à seara jurídica, pode ser observado como "a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém" como conceitua Flávio Tartuce (2011, p. 377). O mesmo doutrinador ainda torna visual aquilo que ele chama de "elemento espiritual" ao trazer a imagem de um cano virtual, este é o nexos causal e a conduta e o dano estão em suas extremidades.

Se a causa do dano não estiver relacionada à conduta do suposto ofensor, ou se este não executar qualquer atividade considerada de risco, não recairá sobre ele a obrigação de indenizar. Neste ponto, é importante ressaltar as particularidades tanto da responsabilidade subjetiva quanto da objetiva. Na primeira espécie, o nexos de causalidade é composto pela culpa genérica, enquanto na segunda o vínculo é formado pela mera conduta somada à previsão legal de responsabilização sem

culpa, como instituiu o Código Civil Brasileiro ao consagrar a *teoria do risco* em seu artigo 927, § único, *ipsi literis*: “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”. (BRASIL, 2002)

Verifica-se aqui o critério utilizado para impor a responsabilidade civil às empresas de comunicação. Entende-se desta forma, pois estas granjeiam lucro por meio das suas atividades, enquadrando-se na modalidade do *risco da atividade* ou *risco profissional*. O seguinte julgado demonstra o entendimento do judiciário sobre o assunto, expandindo o rol trazido pelo artigo 932 do Código Civil:

Ação ordinária de indenização por danos morais Lei de Imprensa revogada pelo ADPF 130 Aplicação da Súmula 221 do STJ quanto à responsabilização tanto do autor do dano quanto do proprietário do veículo de comunicação Liberdade de expressão que possui limites nos direitos fundamentais, inclusive na inviolabilidade da honra Aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do risco Caracterização do dever de indenizar Valor de indenização dos danos morais bem fixados Possibilidade de publicação da sentença pelo princípio da reparação integral e com fundamento no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal – Incidência da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça Vedação da indexação do salário mínimo – Não providos os recursos dos réus e provido o apelo do autor com observação. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0137159-69.2006.8.26.0100 . 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Hélio Faria, 2012)

Tepedino (2001 apud ACUNHA, [s.d.]), em consonância com o julgamento citado, afirma que a finalidade da responsabilidade objetiva é imputar o dever de reparar àqueles que auferiram algum lucro com sua atividade, devendo estes assumirem os riscos de infortúnios. Assim, os meios de comunicação ao atingirem as massas se submetem ao risco de ofender os direitos da personalidade de algum indivíduo ou grupo, devendo responder pelos danos. Frise-se que tal responsabilização se dá diante da inobservância do controle editorial de forma ética pelas empresas de comunicação.

Acerca do nexo causal se levantaram algumas teorias, a exemplo é possível considerar: a *Teoria da equivalência das condições*, a *Teoria da causalidade adequada* e a *Teoria da causalidade direta e imediata*. Elaborada por Von Buri, a primeira não fora aplicada no Brasil por seu caráter extremamente amplo, pois de acordo com esta corrente todos os fatos relacionados ao evento causador do dano ensejam responsabilidade, ainda que não haja nexo entre eles e o resultado.

A segunda, desenvolvida por Von Kries, indica que se existirem possíveis causas do dano se deve detectar a de maior potencial ofensivo e sobre o autor desta recairá a responsabilidade. Logo, sob a óptica da causalidade adequada, somente fatos relevantes indicam nexos de causalidade e o consequente dever de indenizar (TARTUCE, 2011, p. 378-379). O antecedente deve ser plenamente capaz de provocar o resultado obtido, como também bem esclarece Cavalieri (2010, p.49) no seguinte trecho. Assim,

[...] causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorrerem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento.

Por fim, a teoria da causalidade direta e imediata, preceitua a interrupção do nexo causal por fato superveniente que dê causa imediata ao resultado. O indivíduo somente responde se sua ação ou omissão estiver diretamente vinculada ao dano, sendo excluídos aqueles atos de mera ocasião. Portanto, dependendo do caso concreto, a causa pode não ser a mais próxima e sim a que necessariamente ensejou o resultado.

Gagliano e Pamplona (2010, p.87) levantam ainda discussão acerca do dano reflexo ou ricochete, definido por estes como o “prejuízo que atinge reflexamente pessoa próxima, ligada à vítima direta”. Tais doutrinadores entendem que o fato de a teoria da causalidade direta e imediata definir o antecedente causal de forma tão restrita não exclui a ocorrência do dano reflexo. Entende-se desta maneira por ser direto e imediato o efeito do ato ilícito para a pessoa que sofreu reflexamente o dano, a exemplo do filho que sofre ao ver informação depreciativa sobre seu pai, já morto, ser veiculada pela imprensa. (BRASIL, STJ. Recurso Especial nº 1.115.859 – MG, Relator: Min. João Otávio de Noronha, 2009).

A doutrina não pacificou o entendimento quanto à definição de qual das supracitadas teorias teria sido adotada pelo Código Civil vigente. Enquanto Tepedino, Carlos Roberto Gonçalves, Gagliano e Pamplona defendem a adoção da teoria da causalidade direta e imediata devido ao teor do artigo 403 de tal codificação: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Por outro lado, Tartuce (2011, p. 379) observa o disposto nos artigos 944 e 945 que versam sobre a determinação

do *quantum* indenizatório ser proporcional ao dano, incluindo a possibilidade de redução deste em face da culpa concorrente, o que indicaria a adoção da teoria da causalidade adequada.

O último posicionamento recebe apoio tanto de parcela da doutrina nacional, por meio de nomes como Cavalieri Filho, e internacional nos ensinamentos de Carbonnier e Mazeaud-Tunc (GARCEZ NETO, [s.d.] apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 134).

Além do duelo doutrinário, observa-se na jurisprudência recente os tribunais possuem posicionamentos ecléticos. Tal indefinição quanto às teorias da causalidade “tem servido, muito mais do que a qualquer das soluções teóricas propostas, a garantir, na prática, reparação às vítimas dos danos” (SCHREIBER, 2013, p. 65). Observa também que os magistrados não tem dado, contemporaneamente, à prova do nexu causal a mesma importância que era atribuída à comprovação da culpa no passado.

2.4.4 Dano ou prejuízo

Como já observado previamente, para a configuração do dever indenizatório deve haver prova de que a conduta do agente fora maculada por culpa genérica. Além disto, deve se atentar também à necessidade de existência comprovada de dano patrimonial ou extrapatrimonial, também conhecidos como material e moral. Quanto à comprovação destes, em regra, aplica-se o artigo 333, I (CPC), cujo teor aponta o autor como detentor do ônus probatório em relação ao fato constitutivo do seu direito.

Por se tratar de tema mais complexo, o dano será objeto de estudo do próximo capítulo.

2.5 Causas Excludentes do Dever de Indenizar

Existem algumas circunstâncias nas quais a lei prevê excepcionalmente que o agente não seja responsabilizado pelos danos causados à suposta vítima. Aqui serão observados alguns também abordados pela melhor doutrina: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito, excludentes do nexu causal e a cláusula de não indenizar.

2.5.1 Legítima defesa

Encontra-se prevista no artigo 188, I (CC) cujo teor retira a ilicitude dos atos revestidos por características de legítima defesa. Segundo Venosa (2005, p. 62 apud TARTUCE, 2011, p.572), esta excludente pode ser explicada como uma justificativa para a conduta necessária à defesa ante uma situação injusta em uma nítida exceção à proibição da autotutela. É possível afirmar também que se aplica o mesmo conceito a ela atribuído pelo Direito Penal.

Esta excludente se configura diante de uma situação em que haja atual ou iminente agressão injusta, podendo esta ter sido dirigida a si ou a terceiro. A doutrina (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p. 146) indica que a fuga não é a conduta mais adequada a se tomar, tendo em vista que é considerada legítima a defesa de um interesse juridicamente tutelado, desde que o agente não cometa excessos. Frise-se que se o agente, ao exercer sua prerrogativa atingir terceiro, deverá indenizá-lo nos termos dos artigos 929 e 930 do Código Civil Brasileiro de 2002:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Sob a perspectiva da liberdade de comunicação e de expressão, a legítima defesa encontra aplicação no instituto direito de resposta. Este é compreendido como a

“defesa de quem se ache ofendido por notícia capciosa, inverídica, incorreta, atentadora da dignidade da pessoa humana, através da imputação de fatos prejudiciais, não cometidos pelo ofendido, seja pela imprensa televisionada, escrita ou falada, seja por uma assembleia [...]”. (BULOS, 2000 apud GOMES JÚNIOR; CHUEIRI, 2011, 24)

O direito de resposta é instrumento democrático e visa proteger a honra e a dignidade das pessoas que forem ofendidas por meios de comunicação. Trata-se de instituto dotado de ampla abrangência, ou seja, ainda que não haja repercussão de natureza penal, o ofendido poderá exercê-lo.

Arruda Miranda (1994 apud GOMES JÚNIOR; CHUEIRI, 2011, p.24) afirma ainda que o instituto supracitado deve ser considerado “um verdadeiro estado de

legítima defesa, pois o ofendido age imediatamente, antes que o dano da ofensa cause males maiores”. É a ferramenta disposta ao ofendido para que restabeleça a verdade e lute contra o poder persuasivo das massas detido pelos meios de comunicação. Note-se que, no entendimento dos autores citados acima, para a prática desta legítima defesa não há necessidade de a declaração danosa ser ofensiva ou se tratar apenas de narração dos fatos.

2.5.2 Estado de necessidade

Ainda o artigo 188, em seu inciso II, traz ao ordenamento a excludente por estado de necessidade. Este pode ser configurado quando for detectado perigo iminente e, para evitar tragédia, o agente deteriora ou destrói coisa alheia. Para este dispositivo, porém, há um freio na letra do parágrafo único que apenas legitima a remoção do perigo iminente quando as circunstâncias a tornarem realmente necessária devendo ser punido o excesso nos moldes do abuso de direito e do ato ilícito em si.

Ao abordar esta excludente, faz-se necessário frisar a aplicabilidade dos artigos 929 e 930, ambos do Código Civil, aos casos de estado de necessidade.

2.5.3 Exercício regular do direito

Também chamada pela doutrina de exercício regular das próprias funções, a presente excludente encontra determinação legal na segunda parte do art. 188, I (CC) cujo texto fixa que o direito deve ser reconhecido. Logicamente, compreende-se que se o indivíduo atua amparado por escudo fornecido pelo Direito, não poderá atuar contra este. Tal ocorre

quando recebemos autorização do Poder Público para o desmatamento controlado de determinada área rural para o plantio de cereais. Atua-se, no caso, no exercício regular de um direito. Da mesma forma, quando empreendemos algumas atividades desportivas como o futebol e o boxe, podem surgir violações à integridade física de terceiros, que são admitidas, se não houver excesso(GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p. 148).

A licitude inicial da conduta do titular de um direito pode atingir o *status* ilícito no momento em que forem ultrapassadas as barreiras da razoabilidade e da boa-fé. Neste contexto de exercício regular se insere a liberdade de comunicação e

expressão, contudo, como qualquer outro direito, este deve ser exercido dentro dos limites da responsabilidade sem jamais ser tolerado qualquer abuso. Um dos grandes problemas da desobediência pela imprensa a tais limites é a abrangência das mensagens divulgadas e a proporção gigantesca dos danos causados ao ofendido. Sobre as peculiaridades da atividade jornalística comenta Freitas (2009 apud GOMES JÚNIOR; CHUEIRI, 2011, p.119):

[...] jornalismo não é uma atividade propriamente comum. Daí não se deduz que seja mais importante do que qualquer outra, muito menos daquelas que têm relação direta com a preservação da vida ou da liberdade justificada. Mas, apesar de pouco conhecidas, são inegáveis muitas particularidades que começam nas urgências da produção de um jornal ou telejornal, com todos os riscos aí inerentes, até a magnitude das suas implicações sociais, políticas, econômicas e morais - que pesam com o mesmo peso sobre uma empresa e sobre uma grande parte dos jornalistas”.

O que se deve frisar é o caráter constitucional da liberdade de expressão, porém o abuso deste direito deve ser punido como qualquer outro. Quanto à obrigatoriedade de apenas serem divulgadas informações verídicas, Bonavides (2003 apud GOMES JÚNIOR; CHUEIRI, 2011, p.122) indica a existência de um direito de quarta geração que vinculam a notícia à veracidade. Tal ocorre por se visar atender à função social da atividade informativa.

Ressalte-se que o abuso do direito à liberdade de expressão não se configura apenas no âmbito dos meios de comunicação tradicionais, como o jornal impresso, o rádio e a televisão. Pode ser configurado também por meio das ferramentas comunicacionais trazidas pela *Internet* como os blogs, redes sociais e *broadcastings*, a exemplo do Youtube.

2.5.4 Excludentes do nexo causal

Em três situações o pressuposto nexo causal pode ser desconsiderado da relação, sendo estas: culpa ou fato exclusivo da vítima, do terceiro e ainda os casos fortuitos e a força maior. Ressalte-se que as duas primeiras circunstâncias também excluem a responsabilidade objetiva, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor prevê tais hipóteses em seus arts. 12, §3º e 14, §3º.

Schreiber (2013, p. 68) observa que, hodiernamente, a jurisprudência promove a relativização das excludentes. Exemplo disto é a força que a teoria do fortuito interno tem recebido em ordenamentos jurídicos de diversos países,

observando-se que esta se desenvolveu no âmbito do direito consumerista com o intuito de “evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis, se verificam anteriormente à colocação do produto no mercado” (SCHREIBER, 2013, p. 68). Contudo, tem se entendido que o fortuito interno se associa ao risco da atividade, sendo alegação insuficiente para derrogar o nexos de causalidade entre a atividade de risco e o dano. Neste contexto surge um terceiro requisito para a configuração do caso fortuito: a externalidade. Conforme segue:

Por isso mesmo, pelo menos no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito, a externalidade, apesar de normalmente não indicada, parece ser requisito essencial. Existem fatos que preenchem os requisitos da imprevisibilidade e da inevitabilidade e que, apesar disso, não excluem o nexos de causalidade. Cada pessoa tem uma esfera jurídica, maior ou menor, dentro da qual atua, que está sob o seu controle, que em regra utiliza em seu proveito, devendo ser responsável pelos fatos que aconteceram no seu âmbito. Não se pode ser considerado inevitável aquilo que acontece na esfera pela qual a pessoa é responsável e que certamente não aconteceria se não fosse sua atuação. (NORONHA, 2003 apud SCHREIBER, 2013, p. 69)

2.5.5 Cláusula de não indenizar ou cláusula de irresponsabilidade

Devido à natureza desta cláusula, sua hipótese de cabimento se restringe à responsabilidade civil contratual, por presumir prévio pacto. As partes convencionam que, em caso de inadimplemento da obrigação, será excluído o dever de indenizar, por esta razão também é conhecida como *cláusula de irresponsabilidade*. Faz-se mister ressaltar a proibição de teor violador dos princípios superiores de ordem pública. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.160-161)

Esta cláusula não é bem aceita pela doutrina, pois reflete ideais individualistas e egoísticos, não devendo ser aplicada na contemporaneidade, tendo em vista a crescente valorização do coletivo em detrimento do individual. Neste sentido, discursa Luiz Edson Fachin (2000 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 161):

Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, os princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da ‘percepção bem concreta dessa coisa que se chama solidariedade social que, nas modernas sociedades, já penetrou profundamente na área do direito privado’.

3 DO DANO

Para que se gere a obrigação de indenizar, faz-se necessário que haja um dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial. Ainda que se trate de responsabilidade civil contratual, a conduta do indivíduo inadimplente deve carregar em si uma presunção de dano, como bem ensina Cavalieri Filho (2000, p. 70), é possível que exista responsabilidade sem culpa, contudo, jamais sem dano. Desta forma, entende-se por dano a lesão efetiva de um bem juridicamente protegido, seja ele direito ou interesse personalíssimo. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p.78)

Como já observado no capítulo anterior, uma vez que surja o dano, deverá existir a sua reparação por meio da sanção imposta ao agente. Ainda que o judiciário não consiga determinar o retorno ao *status quo ante*, o magistrado poderá fixar uma quantia em dinheiro a título indenizatório.

Sob o fundamento preservar a função social da responsabilidade civil, são impostos requisitos mínimos para a existência do dever de indenizar. Inicialmente, deve-se verificar a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, requisito este respaldado pela conjugação do já citado artigo 186 (BRASIL, 2002) com os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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

Em seguida, deve-se atentar à certeza do dano, posto que, em regra, ninguém deve ser obrigado a indenizar outrem por dano hipotético. Ainda que se trate de dano a direito personalíssimo, “o fato de não poder apresentar um critério preciso para a sua mensuração econômica não significa que o dano não seja certo”. (GAGLIANO, PAMPLONA, 2010, p. 81) Ressalte-se que este requisito ainda é controverso nos casos de aplicabilidade da *teoria da perda de uma chance* cujos preceitos indicam que deve ser indenizado aquele que “vê suas expectativas frustradas, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem seu curso normal”. (TARTUCE, 2011, p. 435) A constatação de

lucros cessantes também afasta a regra de não indenização por dano hipotético, como se verá em momento adequado.

Como último critério para se verificar a reparabilidade do dano, deve ser observada a subsistência deste. Portanto, se na data do ajuizamento da ação o lesante já houver reparado espontaneamente, não há que se falar em sanção indenizatória.

Apesar dos requisitos expostos, deve-se atentar à ampliação universal que a reparabilidade tem sofrido no decurso dos anos. Como narrado em outra oportunidade, a culpa e o nexo causal tem perdido a relevância enquanto óbice ao ressarcimento ou à reparação. Schreiber (2013, p.83), denomina tal fenômeno como “erosão dos filtros tradicionais da reparação”, abrangendo este além do âmbito probatório, alterando gradativamente por meio da jurisprudência a estrutura da responsabilidade civil.

Tal relegação da culpa e do nexo causal ao segundo plano, dá lugar de destaque ao dano, tornando-o, por si só, elemento fundamentador da reparabilidade. A erosão dos filtros da reparação tem sido percebida em diversos países, no Brasil, por exemplo, um dos motivos para o fenômeno é o constante desenvolvimento do sistema protetivo dos direitos da personalidade garantidos pela Constituição Federal. Como se pode denotar “progressivo desmoronar de barreiras processuais que veio assegurar a extensa camada da população, antes marginalizada, o efetivo acesso ao Poder Judiciário como meio de realização da justiça” (SCHREIBER, 2013, p. 85). Algumas ferramentas propiciaram o avanço, a exemplo da criação dos Juizados Especiais, do benefício da Justiça Gratuita e da atuação da Defensoria Pública.

Contudo, não apenas sob o aspecto quantitativo devem ser observados os danos reparáveis. Diante de toda a explosão estatística se verifica também um novo olhar do Poder Judiciário sobre as questões existenciais relacionadas à dignidade da pessoa humana, cuja violação passa a constituir dano passível de ressarcimento. Outro ponto da análise qualitativa da evolução dos danos ressarcíveis é a verificação daqueles mais abrangentes, de interesses transindividuais ou supraindividuais.

3.1 Espécies

Para fins didáticos, a doutrina os classifica em clássicos e novos danos. Os primeiros são subdivididos em patrimoniais, ou materiais, e extrapatrimoniais ou morais, sendo aqueles os que ocasionam lesão aos bens e direitos economicamente auferíveis do seu titular. Enquanto que os últimos se verificam quando feridos bens de cunho personalíssimo da vítima, a exemplo de direitos da personalidade como o direito à integridade psíquica, cujo teor abrange o direito à liberdade de pensamento e criações intelectuais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 86)

Por outro lado, tem-se também os danos contemporâneos, sobre os quais far-se-á brevíssima análise, tendo em vista que sua compreensão não é crucial ao entendimento do presente trabalho. Estes danos são os estéticos, por perda de uma chance, danos morais coletivos e os danos sociais ou difusos. Os danos estéticos são aqueles que provocaram uma lesão à beleza física da pessoa, segundo Lopez (1980 apud TARTUCE, 2010, p. 433), basta que haja transformação do estado natural para que se configure esta espécie.

A perda de uma chance se caracteriza quando o indivíduo tem sua expectativa frustrada, sendo que existiam reais possibilidades de concretização. Os danos morais coletivos são de conceituação controversa, entretanto, podem ser definidos como aqueles que ferem simultaneamente diversos direitos da personalidade, seja de pessoas determinadas ou determináveis. (TARTUCE, 2010, p. 441). Por fim, tem-se os danos sociais ou difusos propostos por Antonio Junqueira Azevedo (2004 apud TARTUCE, 2010, 448), que “são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição da qualidade de vida”.

Importante se faz pontuar a possibilidade de cumulação de indenizações referentes a danos de espécies diferentes em uma mesma ação, desde que frutos do mesmo evento danoso. Exemplos desta cumulatividade são encontrados na súmula 37, editada em 1992 pelo Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (BRASIL, 1992, [n.p.]). Em 2009 o douto tribunal, por meio da súmula 387, ampliou o rol das indenizações cumuláveis: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (BRASIL, 2009, [n.p.]).

Feitas estas iniciais explanações acerca das espécies de danos, agora o estudo adentra na seara dos danos clássicos e suas peculiaridades.

3.1.1 Dano patrimonial

Esta espécie de dano, também conhecida como dano material, incide sobre os bens patrimoniais da vítima. Como patrimônio pode se entender o conjunto de relações jurídicas, apreciáveis economicamente, de uma pessoa. Cavalieri Filho (2010, p.73) explica que o conjunto de relações jurídicas não se restringe as coisas corpóreas, a exemplo dos automóveis, mas abrange também as incorpóreas, como os direitos autorais e de crédito.

A mensuração do dano material é feita por meio de avaliação pecuniária, ao contrário do que ocorre com o dano moral. Sua reparação pode ser direta ou indireta, no primeiro caso haverá a restauração ao status anterior ao dano. A reparação indireta deve ocorrer diante da impossibilidade de reparar diretamente, devendo o juiz arbitrar indenização pecuniária.

Tartuce (2011, p. 396), faz uma ressalva sobre a terminologia adequada para fazer referência à indenização decorrente de dano patrimonial. Segundo o ilustre jurista, a doutrina prefere utilizar a expressão ressarcimento ao invés de reparação. Não há problema na utilização da segunda nomenclatura, porém, não se deve usar a primeira quando o caso abordar os danos morais.

Ao analisar o dano patrimonial enquanto gênero, observam-se duas espécies deste: o dano emergente, ou positivo, e o lucro cessante, ou negativo. Tal subdivisão surge da necessidade de se proteger não apenas o direito presente da vítima, mas também o seu futuro. A primeira espécie se caracteriza como aquilo que a vítima efetivamente perdeu, devendo ser a indenização suficiente para restituir o valor integral do dano (*restitutio in integrum*). Como exemplo podem ser tomados os casos de acidentes de trânsito, nos quais são indenizáveis os prejuízos como arranhões. (TARTUCE, 2011, p.396-397)

Já o lucro cessante vai além dos efeitos diretos do ato ilícito ao abranger os mediatos ou futuros. “Corresponde àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 83). Não se pode observar neste a mesma precisão do dano emergente, devendo o ressarcimento ser arbitrado com base no princípio da razoabilidade.

“Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos [...]” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 75). Ou seja, deve ser feito um juízo de probabilidade, contudo sem haver divagações que induzam a uma situação hipotética, imaginária. Esta concretude se faz necessária devido à determinação expressa no artigo 403 do Código Civil, a saber: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

A partir da ideia de lucros cessantes, a doutrina francesa desenvolveu a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*). Este desdobramento possui enfoque não mais nos lucros futuros aproximadamente certos, mas numa possibilidade de situação futura melhor, ceifada pela conduta danosa. Deve se tratar de chance séria e real, invocando-se novamente a razoabilidade do julgador, afastando demandas oportunistas. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 77)

A doutrina e jurisprudência não chegaram a um consenso sobre a natureza da indenização pela perda de uma chance, se seria esta a título de dano patrimonial ou extrapatrimonial. Há ainda uma corrente que defende se tratar de um terceiro gênero de indenização, localizado entre o dano emergente e o lucro cessante.

3.1.2 Dano moral

Até o advento do primeiro Código Civil Brasileiro, em 1916, não havia qualquer regra expressa acerca do ressarcimento por dano moral. Os artigos 76, 79 e 159 rascunharam a possibilidade de indenização por esta espécie de dano, contudo, o teor do último dispositivo não fez nítida menção às lesões de natureza extrapatrimonial, como se percebe:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família.

Art. 79. Se a coisa perecer por fato alheio á vontade do dono, terá este ação, pelo prejuízos contra o culpado.

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (BRASIL, 1916)

Os danos morais conseguiram o *status* de reparáveis apenas com o advento da Constituição Federal em 1988. Antes deste marco, a doutrina e jurisprudência

tenham dificuldades na sua determinação e quantificação. O artigo 5º, inciso V assegurou o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Após a pacificação trazida pela Carta Magna, necessitava o Código Civil se adaptar a esta evolução, o que ocorreu em 2002 com o seu novo texto. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p.97) expõem que a vigente codificação civil demonstra visível preocupação com a ética nas relações jurídicas, tanto pela previsão legal da reparação por dano moral, quanto por outros institutos como a repetição de indébito.

Superada a insegurança jurídica que pairava sobre a reparabilidade do dano moral, pode-se conceitua-lo, sob uma óptica negativa, como “qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária” (SAVATIER, [s.d.] apud CAVALIERI FILHO, 2010, p.82). A este conceito pode ser acrescentado o que é atribuído ao dano moral pela corrente positiva, segundo a qual haveria esta espécie de dano diante da dor, do vexame, sofrimento, desconforto e humilhação. Em síntese, a dupla baiana sintetiza o dano moral da seguinte forma:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 97)

Os fundamentos do dano moral não se restringem ao Código Civil, trata-se de um direito que tem sua configuração na Constituição federal, cujo texto fora elaborado “após a eclosão da chamada *questão social*, que colocou o Homem no vértice jurídico da Nação [...] transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos” (CAVALIERI FILHO, 2010, p.82). Desta forma, os direitos da personalidade, que possuem *status* de supraestatais, ou seja, de Direito Internacional, são titularizados por todos os seres humanos a partir do nascimento com vida. São direitos da personalidade: a vida, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, o direito moral do autor, a honra, a imagem, a vida privada, a liberdade, dentre outros.

Assegurar os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade é garantir, segundo Cavalieri Filho (2010, p. 82), a efetividade do direito à dignidade. Este é o verdadeiro sentido dos preceitos constitucionais relativos à

pessoa humana, podendo encontrar fundamento nas lições de Immanuel Kant, cuja tese aponta que “a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática” (KANT, 2004 apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 83).

Tartuce (2011, p. 410-411) menciona algumas classificações do dano moral, entre elas se encontra a que possui a necessidade ou não de prova. O dano moral provado ou subjetivo é a regra geral no ordenamento jurídico pátrio, sendo aquele que exige a comprovação pelo autor da demanda, cabendo-lhe o ônus probatório. Por outro lado, em caráter excepcional, tem-se o dano moral objetivo ou presumido (*in re ipsa*) que não precisa ser de prova, a exemplo dos abalos de crédito ou morais.

Outra classificação relevante abordada pelo mesmo autor é a que trata da pessoa atingida pela conduta danosa. Tem-se o dano moral direto quando atinge a própria pessoa demandante, a sua autoestima (honra subjetiva) ou quando os ecos da conduta repercutirem negativamente na sociedade (honra objetiva). Por outro lado, observa-se o dano moral indireto ou ricochete, que atinge a pessoa de forma reflexa, como nos casos de lesão aos direitos da personalidade do morto.

3.1.2.1 Distinção entre dano moral e mero dissabor

Além das questões aqui já suscitadas, como a dúvida quanto à reparabilidade e inacumulabilidade com o dano material, o dano moral enfrenta uma nova fase: a da sua industrialização. A busca por indenizações motivadas por meros dissabores tem suscitado na doutrina e jurisprudência uma ânsia pela determinação de freios mais eficazes para aplicar aos casos concretos.

Esta preocupação com a não banalização do dano moral encontra fundamento na base constitucional deste direito enquanto integrante do arcabouço da dignidade da pessoa humana, como visto anteriormente. Contudo, há de se observar que não se trata de um rol taxativo de direitos vinculados à dignidade, proporcionando inúmeras possibilidades de situações que ensejem a indenização por esta espécie de dano. Schreiber (2013, p. 125) afirma que não é possível aceitar correntes jurídicas defensoras da seleção de direitos mercedores da tutela com base em uma prévia especificação legislativa justamente devido à irredutibilidade do valor do princípio em questão.

A abordagem doutrinária encontrou apoio no Conselho da Justiça Federal por meio III Jornada de Direito Civil, oportunidade em que fora aprovado o enunciado 159 com o seguinte teor: “Enunciado 159 – Art. 186: O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”. (AGUIAR JÚNIOR, 2007, [s.p.]

Exemplo da aplicação daquele enunciado e das elucubrações doutrinárias é o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou indenização a um homem público, alvo de duras críticas feitas por comentarista político vinculado à determinada emissora de rádio:

Danos morais - Programa radiofônico - Inexistência de abuso do direito de informar e criticar - Não constitui dano moral a crítica, ainda que dura e pesada, a que pessoas públicas estão sujeitas - Ação improcedente - Recurso provido (TJSP, Apelação cível 92.106-4, Bragança Paulista, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator: Narciso Orlandi, 03.02.2000).

Antes de entrar no mérito da demanda, deve o magistrado tomar por paradigma o homem médio, ou seja, aquele que está entre o insensível e o extremamente sensível em igual medida. Deve o julgador atentar à ocorrência real da dor, do vexame, da ofensa aos elementos da personalidade do indivíduo. Aborrecimentos superficiais, que não invadam a esfera daqueles direitos, não devem ser entendidos por merecedores de reparação pecuniária. Trata-se de uma perspectiva objetiva, ou seja, se os elementos exigidos não constam na demanda, não há direito à reparabilidade, como se vê:

A gravidade de um dano [...] há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado (VARELA apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 87).

Na prática, de forma superficial, o que se nota é um duro ataque ao instituto do dano moral e não ao seu uso indevido. A comunidade jurídica tem se voltado contra a expansão do dano ressarcível, na ânsia de evitar as demandas de má fé ou aquelas fundadas em mero dissabor. Porém, é uma atitude equivocada tendo em vista que o direito deve se ajustar as demandas de cada período da história, não podendo se omitir diante dos crescentes interesses individuais e coletivos.

3.1.2.2 Critérios de fixação

Contemporaneamente, a fixação do quantum indenizatório é feita pelo magistrado competente, não mais por prévio arbitramento de valores ou percentuais. O artigo 953 do Código Civil incumbe ao juiz realizar o prudente arbítrio, “[...] atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor [...]” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 96).

Casos clássicos de arbitramento legal prévio são encontrados no Código Brasileiro de Telecomunicações (lei nº 4.117/62) cujo artigo 84, §1º mandava fixar a indenização entre 5 e 100 salários mínimos para as hipóteses de calúnia, injúria de difamação. A revogada Lei de Imprensa (lei nº 5.250/67) estipulava quantidade determinada, e diferenciada, de salários mínimos como *quantum* indenizatório a ser pago por jornalistas profissionais e pelas empresas exploradoras do meio de informação ou divulgação. Todas estas estipulações pecuniárias não foram recepcionadas pela Carta Magna de 1988, que ao cuidar dos direitos da personalidade criou um sistema geral de indenização por danos a estes submetendo a reparação ao Direito Civil, retirando a competência de qualquer lei especial para tanto.

Esta matéria fora sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2004 sob o nº 281 preceituando que “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa” (BRASIL, 2004, [s.p.]). Naquela data já se entendia por inconstitucional a tabela de valores indenizatórios. A revogação da lei mencionada na súmula, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, será objeto de estudo em capítulo posterior.

Aquele órgão jurisdicional, criado pela Constituição Federal em 1988 e instalado no ano seguinte, tem se mostrado de suma importância no processo evolutivo dos danos, especialmente dos morais, no Brasil. Por meio de recursos, o STJ tem pacificado os valores das indenizações, seja para aumentá-las quando o valor fixado em instância ordinária for irrisório:

Civil e Processual. Ação Indenizatória. Reiterada Publicação de Notícias Lesivas à Honra do Autor. Extrapolação do Dever de Informação. Dano Moral Configurado. Ressarcimento. Valor. Elevação. Publicação da Decisão. Cabimento. Forma. Duração. “Site” da Internet. Embargos Infringentes. Alcance. Prequestionamento. Ausência. Súmulas nº 282 E 356 -STF.

I. Configurada a gravidade da lesão causada ao autor, pela sucessiva publicação de matérias acusatórias de imenso teor ofensivo, desprovidas de

embasamento na verdade, procedente é o pedido reparatório, que deve ser o mais integral possível, pelo que a par de uma indenização compatível com o dano moral causado, impõe a publicação da decisão judicial de desagravo, pelos mesmos meios de comunicação utilizados na prática do ilícito civil, a fim de dar conhecimento geral, em tese, ao mesmo público que teve acesso às notícias desabonadoras sobre o postulante.

II. Elevação do valor indenizatório por considerado insuficiente aquele fixado no 2o grau da instância ordinária, ante a extensão do dano moral causado. Restabelecimento daquele fixado pela 1a instância.

III. Figurando as reportagens em "site" mantido pela editora ré na Internet, pertinente a condenação imposta pelo acórdão a quo de divulgação da decisão judicial reparatória no mesmo local, dentro da exegese que se dá aos arts. 12, parágrafo único, e 75 da Lei n. 5.250/1967.

IV. Impossibilidade de exame da possível violação ao art. 530 do CPC, quanto ao tempo de permanência da decisão no sítio mantido na Internet, por ausência de efetivo prequestionamento da questão federal, sob o aspecto suscitado pelo autor na peça recursal. Incidência das Súmulas n. 282 e 356-STF.

V. Recurso especial do autor parcialmente conhecido e provido nessa parte. Recurso especial da ré não conhecido. (BRASIL, STJ. Recurso Especial nº 957.343 - DF , Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior, 2008).

Seja para diminuí-las quando, ao entendimento da corte, ensejarem enriquecimento ilícito, como se vê no seguinte julgamento:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR USO INDEVIDO DE IMAGEM. PUBLICAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FOTO INTEGRANTE DE ENSAIO FOTOGRÁFICO CONTRATADO COM REVISTA ESPECIALIZADA. DANO MORAL. FIXAÇÃO EM PATAMAR EXCESSIVO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE, IN CASU?.

1. A redução do "quantum" indenizatório a título de dano moral é medida excepcional e sujeita a casos específicos em que for constatado abuso, tal como verificado no caso.

2. . In casu, tendo em vista o valor fixado no acórdão recorrido a título de indenização por dano moral em R\$ 143.400,00 (cento e quarenta e três mil quatrocentos reais), em razão das particularidades do caso e à luz dos precedentes citados desta Corte

Superior, impõe-se o ajuste da indenização aos parâmetros adotados por este Tribunal (R\$ 70.000,00), de modo a garantir à lesado a justa reparação, contudo afastando-se, pois, a possibilidade de enriquecimento indevido, corrigido monetariamente a partir desta decisão e dos juros moratórios nos termos da Súmula 57 desta Corte.

3. O direito à imagem ressalta duplo conteúdo, assegurando tanto o interesse moral quanto o interesse material do indivíduo em relação a ele. (Precedente: STJ, REsp. 267.529, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Doutrina: ?Direito à própria imagem?, Profª. Silma Mendes Berti, Editora Del Rey, 1993, p. 36).

4. Recurso Especial provido. (BRASIL, STJ. Recurso Especial nº 64.735 – RS. Relator: Min. Honildo Amaral de Mello Castro, 2010)

Ao explicar a fixação do *quantum debeatur*, Cavalieri Filho (2010, p. 97) recorda dos primeiros julgados concessores da reparação por dano moral, cujos teores versavam sobre a compensação da dor de do sofrimento no sentido de

substituí-lo pela alegria. Para promover tal mudança de sentimentos, afirma o autor, não eram concedidas indenizações pecuniárias, mas as reparações eram concretizadas por meios de aparelhos de televisão, de som ou até por uma viagem de férias, por exemplo.

O magistrado, no momento da fixação, deve observar a real função da reparação pecuniária, o valor deve ser suficiente para reparar o dano sem ensejar o enriquecimento sem causa, nos moldes do Código Civil vigente. Razoabilidade e proporcionalidade devem ser as palavras-chaves observadas pelo julgador neste crucial momento, ensina Tartuce (2011, p. 427-428) em consonância com Cavalieri Filho (2010, p.98). Além destes critérios, defende Tartuce (2011, p. 426-427) com fundamento na lei e jurisprudência, que a fixação deve abranger: a extensão do dano, as condições socioeconômicas, culturais e psicológicas dos envolvidos e o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.

É de interessante conhecimento a aplicação dos *punitive damages*, amplamente difundida no direito estadunidense, preceitua que o *tort law* objetiva também a prevenção de danos futuros. Segundo Andrade (2006, p. 138), servem de instrumento para as cortes de justiça ensinarem que o ilícito não compensa. Por meio da aplicação de reparações pecuniárias muito altas, ocorre a dissuasão do causador do dano e de outros intencionados em praticar condutas ilícitas. Contudo, afirma ainda o mesmo autor, deve-se observar que fogem deste âmbito os atos decorrentes de ignorância, culpa simples ou de engano.

No Brasil, a doutrina defende que a indenização por dano moral recebe dupla funcionalidade (ANDRADE, 2006, p.141). Para a vítima, tem força compensatória pelo dano sofrido. Por outro lado, para o ofensor funciona como uma pena pelo ilícito cometido. Cahali (2011, p.175) aponta uma função tríplice ao acrescentar a prevenção ao rol.

Em alguns casos a fixação de reparação pecuniária se mostra insuficiente, devendo o magistrado aplicar, isolada ou cumulativamente, medidas de retratação e publicidade da decisão. É o que ocorre quando são feridos direitos da personalidade do ofendido que também são pessoas públicas, a exemplo da publicação indevida de imagens, como se vê:

Lembro-me sempre, quando o tema em discussão é este (o da monetarização da indenização) daquele famoso caso que se deu lá pelos idos dos anos 60, com a famosa atriz Brigitte Bardot. Tendo ela sofrido

danos de natureza moral, requereu, na ação de indenização própria, que fosse, o lesante, condenado a pagar um franco, à guisa de reparação. Vencendo a demanda, a atriz recebeu aquele único franco em sessão à qual estiveram presentes os meios de comunicação de todo o mundo, dando ampla divulgação ao fato. O desiderato almejado certamente foi melhor alcançado, desta forma. (HIRONAKA apud SCHREIBER, 2013, p. 198)

Note-se que não se defende aqui a aplicação exclusiva da retratação ou da publicidade da decisão, mas a sua cumulação quando necessário para a efetivação da função social da responsabilidade civil.

3.2 A Reparação dos Danos na Sociedade Pós-moderna

Como já verificado, a matéria sob análise depende diretamente das influências sociais, o seu estado deve ser verificado em conjunto com os demais institutos regentes da sociedade à sua época. É consenso entre os pensadores determinar que a pós-modernidade tem como marco inicial a queda do Muro de Berlim em 1989. Tal sociedade é marcada pela “total aceitação do efêmero, do fragmentário, do descontínuo e do caótico que formavam uma metade do conceito baudelairiano de modernidade”. (HARVEY, 1992 apud LEVY, 2012, p.08)

A sociedade pós-moderna tem como base a economia de mercado, desta forma a lógica econômica se sobrepõe a qualquer outra racionalidade. Excluindo-se a racionalidade, desumaniza-se o indivíduo, tornando-o mero dado estatístico o que faz o processo decisório se transformar numa ponderação da simplória relação entre o custo e o benefício. Segundo Levy (2012 p. 08), hoje, não se trata mais de um “autor” e de uma “vítima”, mas de “agentes econômicos”.

Assim, entende-se que é impossível não considerar a transformação do acidente em custo e a internalização do dano, um *déficit* econômico. No momento em que o agente econômico autor, por qualquer motivo, promove uma conduta lesiva sobre o agente econômico vítima e este se sente ofendido, gera-se um dano que se representa em prejuízo ao primeiro.

A difusão midiática também é uma característica intensa da pós-modernidade, observando que acompanha a linha de raciocínio que a sintetiza como massificadora, transformadora dos indivíduos em “massa”. Ao utilizar a comunicação de massa para impor sua ideologia à sociedade, as empresas de comunicação

propiciam a expansão dos danos à personalidade. Insatisfeitas, as vítimas buscam o Poder Judiciário para que este efetue a reparação dos danos.

A publicação de matérias jornalísticas de cunho injurioso ou difamatório é ferramenta poderosa dos meios de comunicação de massa para conseguira atenção do público. Este, movido pelo caos e efemeridade típicos desta era, consomem avidamente de revistas de celebridades a informativos políticos ou econômicos, a por isso transformação da notícia em espetáculo se tornou um dos negócios mais rentáveis. A venda de exemplares, ou acessos aos portais e *blogs* na *Internet*, tornam-se compensadores se comparados ao provável prejuízo que uma eventual condenação judicial provocaria ao cofres da empresa.

Tal ocorre devido à não absorção pelo ordenamento pátrio dos *punitive damages*. Sob a justificativa de que estes favoreceriam o enriquecimento sem causa, o legislador não os permitiu.

Quando a condenação vai além da reparação material e impõe ao ofensor uma contrapropaganda é comum perceber que esta pode gerar um efeito inverso ao pretendido. Um portal jornalístico ao publicar uma nota de retratação pelos danos causados pode expor ainda mais a vítima, ainda que esta seja a coletividade, e abandonar a posição de “vilão” para a sociedade, por exemplo.

É importante frisar que a massificação da sociedade tem na mídia apenas um ponto de partida, de referência, mas atinge também outros aspectos e instituições. O Direito, como reflexo da sociedade, não poderia permanecer ileso e absorveu-a. Tal absorção implicou no abandono da órbita exclusivamente individual em que se restringia a tutela dos interesses jurídicos, alcançando a coletividade por meio de institutos como o “dano moral coletivo”, como se vê a seguir:

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou ilegal a obrigação de cadastramento de idosos imposta por empresas de ônibus do Rio Grande do Sul para que pudessem gozar do benefício da gratuidade. Ao fundamentar o seu voto, a Min. Eliana Calmon lembrou que ‘as relações jurídicas caminham para uma massificação’, onde a lesão dos interesses de massa não podem ficar sem reparação ‘sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar conflitos sociais’. (LEVY, 2012, p. 11)

A grande massa anseia pela criação de novos ídolos, pois estes são a verdadeira expressão da felicidade. Sentimento este que a coletividade anseia em alcançar, porém, tais ídolos representam um patamar humanamente inalcançável, o

que gera frustração. Segundo Philippe Le Tournau (2009 apud LEVY, 2012, p. 11): “toda frustração torna-se prejuízo a exigir um responsável”.

Tal máxima é uma das justificativas para o crescimento dos estudos, e aplicações, da Responsabilidade Civil. Ao se criar um padrão, ainda que platônico, de felicidade, o ser humano aceita cada vez menos que a infelicidade o atinja.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS JORNALÍSTICOS NA INTERNET

A Carta Magna de 1988, com seus direitos e garantias, é fruto de vinte e um anos de árduas lutas contra o regime ditatorial militar no Brasil. Uma das características mais marcantes deste foi a privação da liberdade de comunicação e de expressão com o intuito de impedir que a população conhecesse as diversas atrocidades cometidas em nome da ordem. Logo, não causa espanto que a nossa Lei Maior traga em seu texto um conjunto normativo que garante as liberdades de expressão e de informação, a saber: artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, além do artigo 220, §§ 1º e 2º.

Ao se falar em responsabilização dos meios jornalísticos o pensamento deve ser de interdisciplinaridade entre o Direito Constitucional e o Direito Civil. Não se trata apenas de dano moral na seara cível, mas de um estudo da responsabilidade civil conjugado com os sistemas protetivos da personalidade e das liberdades supracitadas.

4.1 Os Direitos Fundamentais Envolvidos

4.1.1 Liberdade de expressão e comunicação

Ao adentrar nos estudos deste tema polêmico, depara-se imediatamente com uma profusão de terminologias pela doutrina, o que causa certas imprecisões jurídicas quando diante de casos concretos e de uma sociedade ávida por liberdade, à igual proporção que anseia por ter seus direitos garantidos. Dentre as denominações é possível citar algumas: liberdade de opinião, liberdade de imprensa, liberdade de expressão, liberdade de expressão e informação, direito de comunicação. Edilson Farias (2004, p. 53), sugere que se adote a “frase liberdade de expressão e comunicação para representar o conjunto dos direitos, liberdades e garantias relacionadas à difusão das ideias e das notícias”.

O termo liberdade de expressão, segundo o mesmo autor, deve ser entendido como gênero que substitui os conceitos de liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de manifestação da opinião e liberdade de manifestação da consciência, sendo estas espécies da primeira. (FARIAS, 2004, p.55) Outra razão para adotar a denominação *liberdade de expressão e comunicação* é que esta

última palavra representa melhor o conjunto de fatos e notícias em si. Há de se observar também que a Declaração Universal de Direitos Humanos, pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, já havia deixado de tratá-la como liberdade de imprensa para usar o termo liberdade de expressão e opinião, *verbis*:

Artigo XIX: Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A locução defendida por Edilson Farias (2004) alude a um direito fundamental em duas dimensões: subjetiva e institucional. Subjetiva por constituir uma garantia da autonomia pessoal, institucional por garantir a formação da opinião pública, por meio de um amplo debate social que leva à consolidação da democracia.

Para fins de delimitação da responsabilidade decorrente do exercício da liberdade de expressão e da liberdade de comunicação, a doutrina faz uma conceituação dicotômica de ambas. Inicialmente, pode-se visualizá-las como liberdade de opinar e de informar, respectivamente. Enquanto a primeira se relaciona à manifestação de juízos de valor, a segunda é dotada de conteúdo objetivo, passível de apuração da verdade propagada. (FARIAS, 2004, p. 55)

Cavaliere Filho (2010,p. 114-115), ao optar pela expressão liberdade de informação ao invés de liberdade de comunicação, afirma que esta se subdivide em duas vertentes: o direito de informar e o direito de ser informado. O primeiro pertence aos órgãos de imprensa e foi contemplado pela Constituição Federal em seu artigo 220, §1º, com a seguinte redação:

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. (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

Já o direito de ser informado é de titularidade do cidadão em sentido amplo, ou seja, trata-se de um direito difuso. Disto se depreende a importância de haver um compromisso com a verdade por parte tanto do profissional Jornalista quanto da empresa de comunicação. O receptor da informação precisa conhecer o fato de

forma objetiva para que o analise e forme sua opinião, exercitando sua visão crítica do mundo.

Há que se observar que o exercício da liberdade de comunicação deve estar associado à divulgação de fatos relevantes, nem todos são realmente noticiáveis e de real interesse da comunidade. “O âmbito de proteção da liberdade de comunicação tutela preferencialmente a difusão de notícias que tem transcendência pública, ou seja, que digam respeito a fatos culturais, econômicos, políticos, científicos, educacionais, ecológicos [...]”. (FARIAS, 2004, p. 84)

A liberdade de expressão e comunicação pode ser analisada sob duas perspectivas: a subjetiva e a objetiva. A subjetiva a observa como valor indispensável para a proteção efetiva da dignidade da pessoa humana. Já a objetiva, defende que tal liberdade é essencial para a proteção do regime democrático, tendo em vista que oferece informações para que o cidadão participe do debate político e da construção social.

A partir de tais correntes doutrinárias surgem alguns princípios regentes do direito fundamental em pauta. O *princípio forte* é compreendido como a junção entre a liberdade espiritual e a liberdade política e democrática, logo a liberdade de expressão e comunicação deve ser vista como um sistema integrado e indissociável desde as suas raízes. Verifica-se também o *princípio da incensurabilidade*, cujos preceitos indicam que o cidadão deve ter liberdade para expressar seus pensamentos, comunicar os fatos sem quaisquer impedimentos. (FARIAS, 2004, p. 76)

De forma complementar ao anterior, surge o *princípio do pluralismo*, de acordo com o qual a liberdade de expressão e comunicação deve permitir que o maior número possível de indivíduos interajam expondo os seus pontos de vista sobre as mais variadas ideias. A ausência destes princípios levaria, fatalmente, à escassez de ideias e ao empobrecimento cultural. Estaria também afetada a soberania popular, tendo em vista que os agentes públicos seriam questionados em escala ínfima.

Obviamente, além destes princípios específicos, devem ser atendidos princípios de suma importância a todos os ramos do direito. Neste caso, devem ser observados também o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, ambos assegurados pela Constituição Federal. Sobre o primeiro, porém, devem ser tomados alguns cuidados como se pode ver no seguinte trecho:

[...]Em primeiro lugar, porque, se é certo que se a dignidade humana pode consistir um limite às liberdades da comunicação, também o é que estas se deduzem daquele valor fundamental. Daí que a edificação de uma retórica fundamentadora de restrições aos direitos, liberdades e garantias com base na dignidade da pessoa humana peque por assentar uma base demasiado geral e abstracta para poder ser juridicamente operativa de acordo com as exigências de certeza, segurança e controlabilidade que caracterizam o ordenamento jurídico. Alusões vagas à consideração dos indivíduos como 'fins em si mesmos', ou aos 'perigos do voyeurismo e do sensacionalismo' são particularmente débeis quando confrontadas com o exercício do direito à liberdade de expressão e informação. O valor em presença valerá, quando muito, em situações extremas. (MACHADO, 2002 apud MARQUES, 2010, p. 80)

Diante do exposto é possível perceber que a liberdade de informação não é um direito pleno e absoluto, encontra limitações no próprio texto constitucional. O primeiro freio é o compromisso com a notícia do fato em si e não com a elaboração de uma versão, esta deve ser construída pelo cidadão. O segundo se encontra no texto do artigo 220, que constitui verdadeiro sistema assecuratório dos direitos alusivos à liberdade de expressão e de informação garantidos no artigo 5º.

Frise-se que contemplar constitucionalmente as liberdades de expressão e de comunicação é de importância crucial à manutenção da ordem. A mídia é apontada por diversos comunicólogos como um quarto poder da República, tal é sua influência social, logo, o conteúdo veiculado nos jornais, nas emissoras de televisão e de rádio, nas revistas e na Internet tem poder de mover as massas. Detendo este, aparentemente, infundável poder, os *mass media* invadem os lares e semeiam ideias disfarçadas de notícias imparciais. É sobre este ponto que as liberdades supracitadas devem ser garantidas, no sentido de proporcionar ao cidadão o direito à informação idônea.

4.1.2 Direito à privacidade e à honra

Estes fazem parte de um grupo de bens extrapatrimoniais tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio: os direitos da personalidade. Abrangem os direitos atinentes à vida, à liberdade, ao nome, ao corpo, à imagem e à honra. A doutrina faz alguns agrupamentos destes direitos, a exemplo de Carlos Alberto Bittar que os distribui em três grupos: direitos físicos, psíquicos e morais.

Integram o primeiro grupo os direitos à vida, à integridade física, ao corpo, à imagem e à voz humana. Os direitos psíquicos abrangem a tutela da liberdade (de

pensamento, de expressão, de culto, dentre outras), da intimidade ao segredo. Por fim, os direitos morais englobam a identidade pessoal, a honra objetiva e subjetiva, além das criações intelectuais. (FARIAS, 2000, p. 132)

O reconhecimento jurídico internacional da existência destes direitos adveio com a Declaração dos Direitos do Homem (1789 e 1948) e da Convenção Europeia (1950). No Brasil o único direito tutelado era o garantidor da honra, acolhido no âmbito penal e pela revogada Lei de Imprensa, até que em 1988 a Constituição Federal semeou a referida proteção no artigo 5º, X, *verbis*: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

O Código Civil de 2002 aborda no Capítulo I, integrante do Livro I e Título I da Parte Geral, os direitos da personalidade em suas especificidades, confirmando o poder da disposição constitucional. O capítulo se inicia com o artigo 11 que determina as duas características mais importantes deste conjunto: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. Em suma, o legislador trata aqui da indisponibilidade, por exemplo, do direito à vida.

Contudo, alguns atributos da personalidade são passíveis de cessão a terceiros, relativizando a supramencionada indisponibilidade. É o que, por exemplo, acontece com a imagem física “que pode ser explorada comercialmente mediante retribuição pecuniária.” (GONÇALVES, 2011,p. 154) Tal relativização já fora determinada como tema pacificado pelo Conselho da Justiça Federal na I Jornada de Direito Civil em seu Enunciado 4, a saber: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”

A intransmissibilidade também se encontra relativizada tanto pela lei, em seu artigo 12, § único e do artigo 943, quanto pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ocorre esta relativização quando se tratar de lesão a direito da personalidade do morto, nestes casos, os seus sucessores estarão legitimados a propor ação visando a reparação do dano.

Gonçalves (2011, p. 154-155) expõe uma série de outras características dos direitos da personalidade. A primeira é o absolutismo, que implica na oponibilidade erga omnes destas garantias. Em seguida, aponta que estas são ilimitadas, ou seja, o rol trazido pelo Código Civil é simplesmente exemplificativo.

Como estes direitos não se extinguem pelo uso ou decurso do tempo,

enquadram-se como imprescritíveis, porém a pretensão à reparação dos seus danos se submete a prazos prescricionais devido ao caráter patrimonial do direito de ação por dano moral, de acordo com posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, observa-se a vitaliciedade dos direitos da personalidade, vez que estes são inatos, adquiridos desde o momento da concepção até a morte, e ainda depois desta são resguardados os direitos à honra, à memória e ao direito moral de autor, constituindo verdadeira proteção do respeito ao morto. (GONÇALVES, 2011, p.154-155)

Diante deste quadro geral dos direitos da personalidade, torna-se possível adentrar no estudo daqueles que se mostram mais pertinentes à compreensão do presente trabalho: os direitos à privacidade e à honra. É de se notar que a evolução da proteção jurídica destes institutos se deve, em parte, ao aumento em grande escala da influência dos meios de comunicação de massa, cada vez mais ávidos pela atenção do público. O grande problema é que a maioria qualitativa destes, ou seja, os de maior alcance na sociedade, optam por noticiar fatos que não são de interesse público, mas de interesse do público.

O direito à privacidade não é tutelado apenas no Brasil, mas em outros países como os Estados Unidos, onde é chamado de *right of privacy*, na Itália é chamado de *diritto alla vita privata*. A origem doutrinária do deste direito, na concepção hoje conhecida, ocorreu no direito anglo-americano com a publicação, em 1890, do artigo “*The Right to Privacy*” pelos advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis. Alguns doutrinadores brasileiros discordam quanto à nomenclatura, sendo José Afonso da Silva defensor a utilização de “*direito à privacidade*” e René Ariel Dotti favorável a falar em “*vida privada*”. (FARIAS, 2000, p. 137)

Na realidade contemporânea brasileira pode ser conceituado “como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só”. (CUPIS, 1961 apud FARIAS, 2000, p. 137) Ou ainda como “aquele que preserva-nos do conhecimento alheio, reserva-nos a nossa própria vivência”. (MARQUES, 2010, p. 118)

Dotti (1980 apud MARQUES, 2010, p.119), explica, por meio da *teoria dos círculos concêntricos*, que a intimidade se encontra inserida na vida privada, esta seria o círculo com maior raio e aquela, com o menor. A medida em que as informações se aproximarem da esfera de intimidade e segredo, a sua revelação só

terá relevância se observar o interesse público. Assim, deve-se considerar a intimidade uma espécie do gênero vida privada.

Quanto aos níveis de proteção do direito à intimidade, Alexy (2002 apud MARQUES, 2010, p. 119-120) defende a *teoria das esferas*. De acordo com esta, existem três esferas representativas do grau de intensidade da tutela jurisdicional: a *mais interna*, representando o último âmbito intocável da liberdade humana; a *esfera privada ampla*, inclui assuntos expostos à pessoa de confiança do indivíduo; a *esfera social*, cujo caráter é residual, abrangendo tudo aquilo excluído pelas anteriores.

A privacidade encontra fundamento no princípio da exclusividade, desenvolvido por Hannah Arendt fundamentada no pensamento kantiano. Este princípio tem por objetivo amparar o indivíduo diante da pressão social e do poder político. Assim, são observadas três perspectivas: da solidão, do segredo e da autonomia, que prioriza a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanante das informações. (FARIAS, 2000, p. 140)

Uma das grandes ressalvas feitas ao direito à privacidade é no tocante as pessoas públicas. É possível afirmar que as pessoas comuns tem este direito mais protegido que os homens públicos ou celebridades. Estes, ao se expor voluntariamente ao público, aceitam o ônus de abdicar parte da sua intimidade, contudo, ainda é preservada a esfera íntima da intimidade. Sobre esta limitação versou a decisão fundamentada no artigo “*The Right of Privacy*”, dois anos após a sua publicação:

O momento em que alguém se coloca diante do público, ou aceitando cargo público, ou a tornar-se candidato a cargo público, ou como artista ou como homem de letras, ele rende-se ao seu direito à privacidade e obviamente não pode reclamar de nenhuma descrição justa ou de como o expõem. (HIXON, 1987 apud FARIAS, 2000, p. 143)

Contudo, as notícias devem estar relacionadas as condutas públicas destes agentes e artistas. Os aspectos da intimidade e da vida privada destes indivíduos não constituem assunto de interesse público, ou seja, não afeta a sociedade. Desta forma, é possível concluir que se a informação não for de relevância pública, deve prevalecer o direito à privacidade, se do contrário, se sobreporá a liberdade de informação. (ALCALÁ, 2004 apud MARQUES, 2010, p. 122)

A proteção à privacidade enseja, na prática, a garantia de que o direito à honra não seja igualmente abalado. O vocábulo *honra* tem origem do latim *honor*,

cujo significado indica a dignidade de uma pessoa que vive nos padrões de dignidade e probidade. A honra é analisada sob os aspectos objetivo e subjetivo, logo, a dignidade pessoal refletida na concepção alheia seria a honra objetiva, enquanto que a honra subjetiva seria o sentimento da própria pessoa. (CUPIS, 2000 apud MARQUES, 2010, p. 108)

Importante se faz frisar que não importa se o indivíduo atende ou não as regras de convivência social para que se configurar lesão ao direito à honra. Assim se faz devido à base deste direito que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Ensina José Martinez Caveró (1993 apud FARIAS, 2000, p. 136) que chamar de prostituta uma mulher pode constituir delito de injúria, independentemente do exercício da referida profissão o fator decisivo será a intenção pejorativa no uso da expressão. Trata-se aqui do “direito ao segredo da desonra”. (CUPIS, 2000 apud FARIAS, 2000, p. 136)

Bem como os demais direitos da personalidade, o direito à honra não é absoluto, sequer ilimitado. Um exemplo da limitação deste é a admissibilidade da *exceptio veritatis* ou exceção da verdade nos casos de calúnia e difamação, oportunidade em que o agente deve provar a veracidade dos fatos imputados.

4.1.3 A ponderação dos direitos fundamentais

Observe-se que todos os princípios até aqui estudados integram o sistema de direitos e garantias fundamentais trazido pela Constituição Federal em seu artigo 5º. O único princípio de caráter absoluto é o alusivo à dignidade da pessoa humana, considerado um princípio em grau mais elevado que os demais. Dessa forma, não é raro que em casos concretos surjam verdadeiros embates principiológicos.

A contradição principiológica é um fenômeno inevitável, na medida em que constitui reflexo natural das desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo fato de, na constituição desta, tomarem parte diferentes ideias fundamentais entre as quais pode se estabelecer conflito. (ENGLISH, 1983 apud SARMENTO, 2002.p.97)

Diante destas circunstâncias é utilizado o método da *ponderação de interesses ou Balancing*. Este consiste na análise do caso em concreto motivador da lide priorizando as variáveis fáticas do problema. Ao se aplicar a técnica ponderativa devem ser observados os elementos da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale (2012): fato, valor e norma. (SARMENTO, 2002, p.97)

Barroso (2001 apud SCHREIBER, 2013, p.145) ensina que, diante da inexistência de um critério abstrato que imponha a supremacia de um valor constitucional sobre o outro, deve-se avaliar o caso e fazer concessões recíprocas. Estas devem produzir um resultado socialmente desejável sacrificando o mínimo de cada princípio envolvido.

Inicialmente, ensina Sarmiento (2002, p. 99), a técnica da ponderação de interesses só se faz necessária diante do confronto entre princípios e da impossibilidade de harmonizá-los. Ao aplicá-la, estará o intérprete colocando em prática o princípio da unidade da Constituição, cuja finalidade é conciliar as normas conflitantes, evitando as antinomias e colisões. Tal princípio é de importância crucial à efetiva aplicação da Lei Maior, pois preceitua que esta não é um aglomerado de normas isoladas e sim um sistema orgânico, cada parte é entendida com fundamento nas demais. (SARMENTO, 2002, p. 100)

A doutrina enxerga a atividade de ponderar como um delineamento da topografia do conflito, como faz o professor italiano Roberto Bin (1992 apud SARMENTO, 2002, p.100) ao elaborar duas questões as quais deve responder o exegeta: “a) se, e em que extensão, a área de tutela do interesse perseguido por uma norma se sobrepõem à área que deve ser garantida ao interesse de outra norma; b) qual o espaço residual [...] resta ao exercício de cada um dos direitos em conflito.”

A área em questão é demarcada após a constatação dos “limites imanentes” de cada direito. Estas barreiras são as fronteiras externas dos direitos fundamentais, sua definição pode estar expressa na Carta Magna ou decorrerem implicitamente dos seus preceitos. Assim, defende Sarmiento (2002, p. 101) que só será caracterizado o conflito se o caso concreto se encontrar entre tais limites de mais de uma norma constitucional.

Encontrada a delimitação, o intérprete procederá à análise das circunstâncias reais sobre as quais deve deliberar. Deverão ser feitas “compressões em ambos os interesses tutelados pelos respectivos princípios. O objetivo deve ser chegar a um ponto onde a “compressão” seja a menos possível e, ao mesmo tempo, indispensável à sua convivência com o outro.

Pontue-se aqui que esta tarefa não pode ser eivada por emoções ou vontades pessoais, porém, dentro dos critérios jurídicos da razoabilidade e da proporcionalidade. Deverá ser posto como parâmetro o peso genérico conferido pela

Constituição Federal aos interesses em disputa. Apesar de não ser estabelecida uma escala rígida, uma tabela explícita de valores, as constituições não costumam atribuir a mesma relevância a todos os direitos abrigados. O trabalho da ponderação, de fato, tem ficado a cargo dos tribunais.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a jurisprudência consolidou a doutrina das *preferred freedoms* ou *preferred rights*, que atribui um peso maior às liberdades individuais (liberdade de expressão, de religião, privacidade, etc.), em relação às liberdades econômicas (propriedade, liberdade de contratar, etc.), mas, sem embargo, admite ponderações entre elas. (SARMENTO, 2002, p. 103)

É desta forma que tem ocorrido na maioria dos Estados democráticos. Nota-se também a impossibilidade de se elaborar um catálogo exaustivo dos respectivos valores e princípios constitucionais, um ordenamento completo e fechado de valores. A produção de princípios tabelados seria um grande risco social, seria produzida a “tirania dos valores”, como denominava Carl Schmitt e Hartmann. (MARQUES, 2010, p. 66)

Segundo Robert Alexy (2002 apud MARQUES, 2010, p.67-68), o Tribunal Constitucional Federal Alemão tem tomado, na maioria dos casos, o seguinte critério: quanto maior for o grau de insatisfação de um princípio, maior deve ser a prioridade em satisfazer o outro. Sob a ótica desse jurista alemão, um princípio só pode ser satisfeito à custa do outro.

Frise-se que até aqui se falou da ponderação em sua modalidade *ad hoc* ou *ad hoc balancing*. Trata-se de uma distinção doutrinária que tem no outro pólo a ponderação abstrata ou *definitional balancing*, que ao contrário da anterior, é desvinculada a qualquer caso concreto. Fruto da doutrina e jurisprudência, nesta espécie são estabelecidos critérios para a compatibilização de princípios em hipóteses de colisão. (SARMENTO, 2002, p. 109-110)

4.2 O Equacionamento Jurídico dos Diversos Meios de Comunicação

4.2.1 Os portais jornalísticos, *blogs* e redes sociais

Por tratar este tópico de duas derivações da massificação da rede internacional de computadores, faz-se importante tecer alguns comentários quanto ao seu surgimento, desenvolvimento e algumas características. À primeira vista

pode parecer de pouca, ou de nenhuma, utilidade ao operador do Direito conhecer alguns detalhes, todavia, deve-se observar a interdisciplinaridade do tema. É possível que uma ação judicial não logre o esperado êxito por explanação insuficiente acerca da veloz abrangência do dano diante de um magistrado que desconheça a ferocidade das redes sociais, por exemplo.

A origem histórica da *Internet* é alvo de controvérsias entre os especialistas que, diante disto, dividem-se em duas correntes: a que defende a origem militar da rede e a defensora da raiz acadêmica. A primeira acredita que a *Internet* foi inventada na década de 1960 e início dos anos 70 pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos. Esta rede era chamada de ARPANet, cujo intuito era criar uma rede que interligasse as unidades militares de forma a possibilitar a transferência de dados entre elas e diminuindo o risco de perda destes em caso de ataque. (PARENTONI, 2009, [n.p.])

A segunda corrente defende que antes do surgimento da referida rede, já eram feitos diversos estudos nas universidades norte-americanas. Estas redes teriam sido criadas no padrão *packed switched*, bem explicado no seguinte trecho:

A comunicação de dados através da *Internet* não se dá pela mesma lógica da comunicação telefônica ordinária. Nesta, uma vez estabelecida a ligação entre duas pessoas, o circuito se fecha, pois a comunicação ocorre como se houvesse uma ligação dedicada, exclusiva, entre as duas pessoas. Já no caso da *Internet*, a comunicação não 'fecha' um circuito dedicado. As mensagens trocadas entre os usuários são transformadas em 'pacotes' que trafegam por rotas variadas ao longo da rede. (ROHRMANN,1999 apud SANTOS, 2011, [n.p.])

Em um ponto ambas as correntes concordam: a finalidade das redes. A ideia era de descentralizar o armazenamento físico de informações, por uma questão de segurança das informações até então armazenadas, além da facilitação da divulgação destas. Apenas nos anos 90 aconteceu a popularização da *Internet* devido a fatores como a redução do custo dos computadores pessoais, a eclosão de programas mais rápidos e complexos, além da utilização de um padrão para todo o mundo. A inserção no mercado brasileiro se deu apenas em 1988, por iniciativa da comunidade acadêmica. (PARENTONI, 2009, [n.p.])

Apesar do alcance global, não existe qualquer organismo internacional que regulamente ou exerça domínio absoluto sobre a *Internet*. Cada país é livre para estabelecer normas para a sua utilização, hipóteses de responsabilização e requisitos de acesso. Em casos que envolvem diversos países, estes se unem para

impedir, investigar e reprimir as condutas lesivas praticadas no território virtual.

O funcionamento da rede se dá com base no sistema TCP/IP, sigla da expressão *Transmission Control Protocol/ Internet Protocol*. O TCP divide os dados em pequenos pacotes enquanto que o IP adiciona a cada um destes o endereço do destinatário, de forma que cheguem ao destino almejado pelo remetente. Cada participante do processo utiliza o endereço dos referidos pacotes. (LEONARDI, 2012, p. 80). Atualmente, as principais formas de transmissão e obtenção de informações via *Internet* são:

world wide web, os mecanismos de busca, o correio eletrônico (e-mail), as listas de discussão e os servidores de notícias, os servidores FTP (File Transfer Protocol), os sistemas peer-to-peer, a execução remota via telnet, o Internet Relay Chat (IRC), os programas de mensagens instantâneas e de voz sobre IP, as redes sociais e serviços de stream de vídeo e áudio, entre diversos outros. (LEONARDI, 2012, p. 81)

Ponto pertinente também é a percepção de que o denominado *cyberspace* ou “espaço virtual” não existe fisicamente. Trata-se apenas de uma representação audiovisual com base em sistemas informáticos e programas de computador. Logo, é possível concluir que é incorreto se falar em direitos virtuais e liberdade de locomoção virtual.

É neste cenário global e veloz que tem sido propagada a maioria das informações as quais a sociedade tem acesso, principalmente, por meio dos portais de notícias e das redes sociais, estas em escala cada vez maior. Ocorre que ainda há uma certa generalização quando o assunto aborda os primeiros, ao representá-los pela expressão “provedor de Internet”. Leonardi (2012, p.82) ensina que o “provedor de serviços de Internet é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet, ou por meio dela”.

Assim, provedor de Internet é o gênero do qual são espécies provedores de *backbone*, provedores de acesso, provedores de correio eletrônico, provedores de hospedagem e provedores de conteúdo. A grande problemática jurídica se encontra no fato de provedores de Internet dominarem as demais atividades simultaneamente a exemplo do Uol, IG, Globo.com, Terra, dentre outros.

Das espécies citadas acima, a que abrange os portais jornalísticos é a dos provedores de conteúdo. Estes podem ser conceituados como “toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando servidores próprios ou os serviços de um

provedor de hospedagem para armazená-las”. (LEONARDI, 2012, p. 84)

Os conteúdos publicados nos provedores de conteúdo, em regra, passam por prévio crivo editorial. Este tem o intuito tanto de manter a linha editorial do meio de comunicação, ou seja, o foco temático e ideológico, quanto de evitar danos aos direitos da personalidade de outrem. Estão sob o abrigo desta espécie desde *websites* e *blogs*, abastecidos de informações por pessoas naturais aos grandes portais de imprensa, por vezes ramificações de emissoras televisivas.

Hodiernamente, deve de se falar em uma subespécie bastante comum dos provedores de conteúdo, principalmente com a ampla promoção da inclusão digital, que é a dos provedores de informação. Estes podem ser definidos como “toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet”. (LEONARDI, 2005, p.30) Trata-se efetivo criador do conteúdo disponibilizado por um provedor de conteúdo.

Na sociedade digital, não satisfaz mais as massas o antigo posicionamento passivo diante das informações. Os indivíduos participam com crescente frequência dos diálogos políticos, econômicos, religiosos, dentre outros. A partir deste fenômeno é que ganham relevância jurídica os provedores de informação, tendo em vista que os materiais publicados, diante da falta de filtro editorial, podem conter lesões aos direitos da personalidade.

A intranquilidade doutrinária e jurisprudencial paira sobre os provedores de conteúdo que não exercem controle editorial, sendo meros operadores de comunicação. É de praxe a exigência da assinatura virtual de um contrato de adesão contendo limitações às publicações, visando substituir a fiscalização, contudo, Lilian Paesani (2006 apud SANTOS, 2011, [n.p.]) frisa que as cláusulas neste sentido não podem frustrar os elementos essenciais do contrato nem a boa fé objetiva, além de não implicar em abuso de direito. Ressalte-se ainda que devem ser guardados os valores compatíveis com os riscos envolvidos.

Neste âmbito da ausência de controle, encontram-se os blogs, fóruns, chats e redes sociais. Estas últimas “são espaços da Internet nos quais os indivíduos, representados por perfis, podem interagir uns com os outros e exibir suas listas de amigos e contatos”. (BOYD; ELLISON, 2007 apud ZAGO, 2010, p. 7)

Contemporaneamente por meio do *Facebook* e *Twitter*, as redes sociais tem se tornado grande palco de desavenças e conseqüentes ofensas por meio da amplitude das informações publicadas. Exemplo da dimensão que uma informação

equivocada ou lesiva possa tomar, é a ferramenta *hashtag* que permite a propagação de determinado tema ao colocar o símbolo “#” antes do texto. Ao compartilhar uma pequena frase com aquela, o usuário dissemina conteúdo informativo ou depreciativo, sem qualquer controle efetivo.

Dessa forma, afirma-se que as redes sociais não se enquadram como provedores de conteúdo, mas como provedores de hospedagem. Estes oferecem dois serviços: o armazenamento de arquivos em um servidor e o acesso destes conforme as condições previamente estipuladas. Neste contexto, a relação principal é formada, de um lado, pelo provedor e do outro, pelo usuário responsável pela comunidade ou perfil, o terceiro seria o indivíduo que comenta em alguma publicação. (LEONARDI, 2012, p. 84)

Quanto à responsabilidade por ato do terceiro, nota-se que não há de recair sobre o provedor da rede social, pois este não realiza controle editorial prévio. A possibilidade da sua responsabilização pode ser vislumbrada nos casos em que não colaborar para a identificação do usuário ou terceiro responsável por ato lesivo. (Tribunal de Justiça, Rio Grande do Sul, A.I. nº 70018812636, 9ª Câmara Cível, Rel.: Des. Odone Sanguiné, 2007)

Pinheiro (2006 apud ZAGO, 2010, p. 10), menciona o emblemático caso do Blog Imprensa Marrom, que em 2006 foi condenado a indenizar uma empresa por danos morais decorrentes de comentário de terceiro. Leonardi (2005, [n.p.]), aconselha que nestes casos, o responsável pelo blog deve retirar o comentário assim que notá-lo. Não proceder à retirada se configura em conduta omissiva que será devidamente responsabilizada.

A colocação de *disclaimers*, ou seja, de avisos próximos as caixas de comentários, isentando o dono do blog de responsabilidade sobre o conteúdo destes, não tem funcionalidade jurídica. Nesse diapasão, afirma Ribeiro (2006 apud ZAGO, 2010, p.11): “Os disclaimers não têm eficácia se houver convivência com a veiculação indevida de fato lesivo. A simples declaração de que não é responsável pelo conteúdo que deliberadamente divulgou, não se caracteriza como excludente”

O quadro total é caótico ainda não possui regulamentação legal no Brasil, porém já existe movimentação dos legisladores. Trata-se dos Projetos de Lei 4.906/01 e 2.126/11, este é amplamente conhecido como Marco Civil da Internet. Enquanto não há aprovação destes, o tema é regido por decisões do Poder Judiciário, a exemplo de decisões como a seguinte prolatada pelo Superior Tribunal

de Justiça.

Em suma, pois, tem-se que os provedores de conteúdo: (i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso. (BRASIL, STJ, Recurso Especial nº 1.193.764-SP, Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2011).

Observa-se que a referida decisão se mostra mais evoluída, menos burocratizada que o disposto no artigo 15 do PL 2.126/11. Este prevê que os provedores só serão responsabilizados diante da desobediência à decisão judicial que ordene a retirada do conteúdo ofensivo. Um grande retrocesso, tendo em vista que a lesão ao direito já ocorrera e gerou fardo pesado à vítima.

4.2.2 A ADPF 130 e suas implicações à imprensa brasileira

Após 42 anos de vigência, em 30/04/2009 a Lei nº 5.250/67 foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº130/DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Fruto do regime ditatorial militar, a referida lei, mais conhecida como Lei de Imprensa, regulava a liberdade de pensamento e de manifestação. Com o advento da Constituição Federal de 1988, em um cenário democrático, deu-se a construção e ressurreição das liberdades outrora ceifadas tornando a vigência da lei incompatível com a nova realidade.

Diante do caráter pré-constitucional da Lei de Imprensa, constata-se a adequação do instrumento processual e atendimento as condições da ação, nos termos da Lei nº 9.882 em seu artigo 1º, I, *verbis*: “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. (BRASIL, 1999)

O Ministro Gilmar Mendes (2009, p. 1208-1209) ensina que em toda controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal, anterior à Constituição Federal de 1988, qualquer dos legitimados à propositura da ação direta de constitucionalidade o serão também para arguir descumprimento de preceito fundamental, a saber:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A demanda judicial surgira diante da incompatibilidade de certos dispositivos da Lei de Imprensa com os da Carta Magna. Além de pedir o reconhecimento deste choque de ideológico das normas, a ADPF ainda informava que outros dispositivos careciam de interpretação à luz da Lei Maior. Ressalte-se que foram pedidos os efeitos de eficácia geral e vinculantes da decisão, para que não mais fossem desatendidos os preceitos constitucionais.

Como já pontuado em oportunidade anterior, o texto constitucional reservou uma série de dispositivos direcionados à regulamentação da comunicação social. Trata-se do Capítulo V, contido no Título VIII da CF/88, cujo primeiro artigo versa sobre o caráter irrestrito da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação. A limitação destes direitos se encontra em um grupo de incisos do artigo 5º da própria Constituição, ou seja, já estava nítido o não cabimento da vigência da Lei de Imprensa.

O Ministro relator do julgamento, Carlos Ayres Britto, versou sobre a função da imprensa na sociedade, referindo-se a esta como “plexo ou conjunto de ‘atividades’ ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública”. (BRASIL, 2009, p.3) Após atribuir tão importante função social, o Ministro ainda classificou como sobredireitos aqueles que dão conteúdo à liberdade de imprensa.

Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. (BRASIL, 2009, p. 4)

Do trecho acima se compreende que ambos os direitos, liberdade de imprensa e os referentes à personalidade, convivem harmonicamente. Não se pode

cercear a comunicação e demais manifestações com base em congeminções de futuras lesões. O correto é exercer as liberdades de maneira proba, sem gerar danos a outrem, o que é completamente possível nos limites da ética.

No tocante ao valor das indenizações, obviamente quando configurada a lesão, observa o relator que quando arbitradas em valores excessivos se tornam de imediato poderosa ferramenta de cerceamento à liberdade de imprensa. Por esta razão, é recomendável que quando o ofendido for agente público se agregue à indenização uma “cláusula de modicidade”, evitando altos valores. A lógica para tal é que se o agente não atua de forma tão límpida que não levante suspeitas, o comportamento deve ser questionado pelos cidadãos. (BRASIL, 2009, p.6)

O posicionamento favorável ao privilégio da liberdade de imprensa tem fundamento na função desta na manutenção da democracia. Ayres intitula a imprensa de “irmã siamesa” da democracia, tendo em vista que promove e mantém o pluralismo de ideias na sociedade. Esta pluralidade também é absorvida pelas regras que a regem, pois o artigo 220, §5º (CF/88) proíbe a monopolização e a oligopolização dos meios de comunicação, do contrário a imprensa poderia ser “irmã siamesa” de regimes totalitários.

Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. (BRASIL, 2009, p. 8)

O artigo 220, §1º (CF/88) assegura liberdade “plena” à informação jornalística diante do legislador. Tal plenitude é entendida pelo STF como o “núcleo duro” da atividade, ou seja, da liberdade de imprensa. E, para proteger este núcleo, a própria Constituição indicou as matérias reflexamente de imprensa suscetíveis a conformação legislativa. Algumas já foram citadas em outros tópicos, alguns outros exemplos são: estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica

(inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social . (BRASIL, 2009, p. 8)

Em artigo sobre a colisão entre as liberdades aqui estudadas e os direitos à honra e à imagem, o Ministro Gilmar Mendes, atuante na Suprema Corte, afirma que, apesar da formulação aparentemente negativa, o artigo 220 da Constituição na verdade autoriza o legislador a disciplinar o direito da liberdade de imprensa. Trata-se de expressa reserva legal qualificada autorizadora de restrição à liberdade de imprensa, com o intuito de preservar outros direitos individuais merecedores em igual importância de tutela no ordenamento. (MENDES, 1993, p.2)

Permanecendo no mesmo entendimento, Mendes (2009) se manifestou da seguinte forma em seu voto na ação *sub examen*:

Aqui, o que há é uma reserva legal qualificada e, portanto, não subscrevo esse entendimento de que não há lei e que não há matéria. Inclusive, em matéria de direito de resposta, fica evidente que a Constituição clama por norma de organização e procedimento. Não se pode simplesmente entregar a qualquer juiz ou tribunal a construção do que é o direito de resposta num setor extremamente sério, grave. Porque o mundo não se faz apenas de liberdade de imprensa, mas de dignidade da pessoa humana, de respeito à imagem das pessoas. É fundamental, portanto, que levemos em conta essas observações. (BRASIL, 2009, p. 82-83)

Outro corolário da plenitude da liberdade de imprensa no julgamento sob exame é a impossibilidade de que qualquer legislação disponha de maneira orgânica sobre a imprensa. Nos votos, muito se debateu acerca da preservação parcial da Lei de Imprensa, contudo, mais uma vez, imperou a ordem do artigo 220, §1º. Por fim, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental fora julgada procedente em sua totalidade, sendo vencidos os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

4.3 Liberdade de Expressão e a Ponderação de Direitos Fundamentais

Como visto anteriormente, o julgamento da ADPF 130/DF se tornou um grande marco na história das liberdades de expressão e comunicação no Brasil. Se antes dela os resquícios ditatoriais permeavam o cotidiano contemporâneo por meio de dispositivos da Lei de Imprensa que ensejavam o cerceamento daquelas, após o seu debate pela Suprema Corte, o cenário mudou. A leitura do julgado possibilita o entendimento de que, se examinados em circunstâncias ideais da prática informativa

ética, as referidas liberdades possuem peso maior que os direitos da personalidade, por exemplo.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal já era adotado há muito tempo pela *Supreme Court* dos Estados Unidos, desde o polêmico caso *New York Times vs. Sullivan*, oportunidade em que houve a interpretação da *First Amendment* (Primeira Emenda da Constituição Americana), preconizadora da liberdade. Esta corte atribui o status de *preferred position*, em abstrato, às liberdades de comunicação e informação quando em confronto com os direitos da personalidade quando as supostas vítimas forem pessoas públicas. Contudo, não se trata, em ambos os tribunais, de um incentivo à liberdade que entra no terreno da ilicitude. (ENTERRÍA, 1985 apud FARIAS, 2000, p. 175)

A Suprema Corte estadunidense estabeleceu dois critérios a serem observados diante daquele confronto principiológico. O primeiro é que sujeitos e assuntos públicos devem ser separados dos privados com o intuito de preservar a função social das liberdades de expressão e informação. O conteúdo deve estar a serviço da opinião pública e do seu pluralismo, além de funcionar como ferramenta de controle do Poder Público.

Vencido este critério, deve-se analisar o limite interno da veracidade, ou seja, se a notícia é de caráter correto e honesto. A liberdade de imprensa perde o abrigo de *preferred position* quando a notícia for de cunho sensacionalista. Quando pessoas públicas, ou personalidades vinculadas a fatos de interesse geral, demandam judicialmente por demanda em face de meios comunicacionais, devem provar que estes agiram imbuídos de *actual malice*, “isto é, com manifesto desprezo pela verdade ou consciência da falsidade da nota veiculada”. (DEVOL, 1990 apud FARIAS, 2000, p. 177)

Alcalá (2004 apud MARQUES, 2010, p. 112), ressalta que é a arena política um dos principais motivos para o aperfeiçoamento da ponderação dos demais direitos com a liberdades de expressão. Se não forem bem ponderados os princípios, ao passo que a liberdade de comunicação for cerceada, ocorrerá o mesmo com a democracia, o que é um grande risco. Afirma o autor que, de acordo com o sistema interamericano de direitos humanos, a liberdade de crítica ao Poder Público é ampla e não deve sofrer restrições, ainda que seja dura e de mau gosto.

Sobre a colisão entre o direito à liberdade de comunicação e os referentes à personalidade, é possível visualizar o caso do documentário intitulado “O

assassinato de soldados em Lebach”, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1973. Ressalte-se que a referida corte, de acordo com a doutrina brasileira, é de grande relevância na temática aqui abordada.

O referido programa reproduzia um crime real de homicídio contra sentinelas de um depósito de munições na Alemanha, nas proximidades da cidade de Lebach. O delito fora cometido enquanto as vítimas dormiam e as suas armas foram furtadas para a prática de outros atos. O demandante da ação fora condenado como cúmplice e, à data da polêmica, estava prestes a conquistar a esperada liberdade e a exibição do documentário, com diversas menções ao seu nome e fotografias. Esta exposição, segundo sua tese, violava a proteção da sua personalidade, impossibilitando a sua ressocialização. (SCHREIBER, 2013,p. 146)

Diante do caso, o Tribunal decidiu da seguinte forma:

[...]3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura [...]

Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição. (LIMA, 2007, p. 80-81)

A melhor solução prática encontrada pelos julgadores foi a aplicação do princípio da concordância prática. Este determina que nenhum dos direitos fundamentais em conflito será pleno ou absoluto, mas que serão reciprocamente poupados e compensados dentro da possibilidade do caso concreto. Logo, seria possível a transmissão do documentário, desde que não aparecesse o nome e a imagem do autor da Reclamação Constitucional.

No Brasil, contemporaneamente, ocorre uma discussão acerca da constitucionalidade do artigo 20 da codificação civil vigente, *in verbis*:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Na prática, o referido dispositivo trata da necessidade, ou não, da autorização do biografado para a publicação da sua biografia. Recentemente alguns biografados e suas famílias tem se manifestado contra a divulgação de obras não autorizadas ou que receberam a permissão, mas tiveram seus conteúdos alterados em edições posteriores.

Exemplo desta última situação ocorreu em 2013 com a obra “Paulo Leminsk - O bandido que sabia latim” (2001), biografia sobre o escritor Paulo Leminsk, escrita por Toninho Vaz. Na quarta edição do livro, o autor acrescentou um parágrafo discorrendo sobre o suicídio do irmão de Paulo. A família desaprovou a inserção e ingressou com medida judicial para que não fosse publicada a referida edição, sob o argumento de que estaria o biógrafo adentrando em um âmbito da intimidade e história familiar que deveria ser reservada e não propagada à sociedade.

De acordo com o já analisado no presente trabalho, trata-se de uma questão de *Balancing* principiológico entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Sob o prisma da *teoria dos círculos concêntricos*, ao adentrar na questão do suicídio, Toninho invadiu a esfera de menor raio, entenda-se a intimidade, o núcleo inviolável. Apesar de o biografado já ter falecido em 1989, são resguardados à família do morto, nos termos do artigo 12 do Código Civil, que assegura ainda a legitimidade da ação ao cônjuge sobrevivente, a qualquer outro parente em linha reta ou colateral até quarto grau.

Contra todo o arcabouço cível se insurge a classe autoral, alegando que a preservação dos direitos da personalidade, nestes casos, seria uma ofensa nítida ao direito à liberdade de expressão e de informação. Artistas como Chico Buarque e Caetano Veloso se reuniram e fundaram a Associação Procure Saber com o intuito de defender o direito à intimidade e a necessidade de autorização para a publicação das biografias. Contudo, dentro da própria classe artística essa corrente encontra barreiras, a exemplo de Alceu Valença e Luís Fernando Veríssimo.

A Suprema Corte brasileira, como visto, manifesta-se favorável a esta liberdade, asseverando que esta deve ser exercida com responsabilidade. Se não

respeitado este limite, entende a mesma que, deve haver a incidência da responsabilização e conseqüente indenização à vítima. A Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel), questionando a constitucionalidade do artigo 20 do Código Civil, ainda não foi apreciada pela corte até esta data.

5 ASPECTOS PROCESSUAIS

Faz-se importante tecer aqui alguns comentários acerca da tutela processual do duelo entre os direitos da personalidade e as liberdades de comunicação e informação. Seria inútil toda a evolução do direito material sem o respectivo acompanhamento na seara que lhe atribui efetividade. Ao passo que é vedada a censura, existe o mecanismo utilizado para impedir a continuidade e agravamento do dano.

Em virtude do manto de inviolabilidade que reveste os direitos da personalidade e da irreversibilidade dos danos a estes causados, a tutela processual deve ocorrer antes da violação ou imediatamente após. O intuito é de cessar a lesão ou prevenir a sua ocorrência quando verificadas ameaças prévias. Por isso, defende Marinoni (2010 apud CADORIN, 2012, p.8-9) que “se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de admitir uma ação de conhecimento preventiva”.

É possível afirmar que a permissão para tal admissão se encontra no texto do artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso XXXV, quando preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A doutrina entende que este dispositivo é o fundamento existencial da tutela inibitória, como explica Marinoni (2011, p.85):

A locução “ameaça a direito” deixa clara a intenção de se garantir a tutela inibitória. 58 Ora, se determinados direitos, por suas peculiaridades próprias, somente podem ser tutelados através da tutela inibitória, não há como se negar a extensão deste tipo de tutela às hipóteses dela carentes. Negar a tutela inibitória para os direitos que não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória é negar atuação concreta à norma constitucional.

Pelo âmbito da legislação processual civil a tutela inibitória se encontra nos artigos 461 e 461 do Código de Processo Civil. A dupla de dispositivos apresenta arcabouço jurídico para viabilizar a espécie de ação que a doutrina define como “aquela que visa à prevenção da prática, da repetição ou da continuação de uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa, que pode ser positiva ou negativa, contratual ou extracontratual”. (POZZOLO, 2001 apud CADORIN, 2012, p. 10)

Inicialmente, a tutela inibitória se dentina à prevenir o ilícito, mas pode ser utilizada para inibir o próprio dano. É válido afirmar que a tutela preventiva independe de verificação de um dano, bastando sinais de ameaça.

Algumas peculiaridades atingem a ação inibitória, tendo em vista que não ocorre apenas a declaração do direito, mas a decisão também tem força executiva. Essa duplicidade caracteriza a agilidade desta espécie de tutela, justificando ser esta a escolha processual mais acertada para se defender os direitos da personalidade.

Bem como o indivíduo sofre danos à sua personalidade, a coletividade também pode sofrê-los, como ensina Bittar (1994 apud MARQUES, 2009, p.6):

Assim como cada indivíduo tem sua carga de valores, também a comunidade, por ser um conjunto de indivíduos, tem uma dimensão ética. [...] Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todas; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.

A tutela de tais direitos encontra suporte em alguns dispositivos encontrados na legislação extravagante, a exemplo dos artigos 11 e 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Ponto pertinente acerca da tutela jurisdicional dos danos morais é valor da causa. Preceitua o artigo 258 do Código de Processo Civil que “a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato”. Como a dor e o vexame não são auferíveis pecuniariamente, o autor da demanda poderá indicar um valor, ainda que estimativo. Este não vinculará o arbitramento do magistrado, mas pode ser moderado visando facilitar o acesso as vias recursais ao não gerar custas muito altas. Sobre o tema, segue o julgado:

"Se, para determinação do seu pedido indenizatório, o autor fixar valor que entenda devido (ainda que para isso se utilize de fórmulas arbitrárias ou estimativas - para o caso entendo que não existem outras: são valores subjetivos), estará valorando o seu pedido, ainda que de forma estimativa, e simultaneamente, estipulando o valor da causa" (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. EREsp nº 80501, Segunda Seção Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ Acórdão Ministro Carlos Albert o Menezes Direito ,1999)

5.1 Estudo de Caso: Polêmica Cicarelli

Foi a ação inibitória a ferramenta processual utilizada por Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos em face de IG Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. . A ação tinha por

objetivo a abstenção da exibição do filme dos autores, e das fotos deste extraídas, em que ambos trocavam carícias mais íntimas. O pedido foi indeferido pelo Juiz de Primeira Instância, deixando os pleiteantes inconformados, pois a intimidade continuava a ser violada. (SILVA, 2012, p.28)

Logo, utilizaram o recurso cabível: agravo de instrumento. A distribuição indicou a competência para a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que concedeu a tutela antecipada inibitória, mandando que as empresas demandadas se abstivessem da exibição do vídeo, sob pena de multa diária no valor de R\$ 250.000,00. Porém, o YouTube Inc. não cumpriu o teor e as partes ingressaram com medida visando o bloqueio do *site* para os usuários brasileiros.

O pedido fora negado em Primeiro Grau, levando os autores à interposição de outro agravo de instrumento até que foi determinada a implementação de filtro impeditivo da exposição do vídeo em território nacional. Contudo, houve o bloqueio total do *site*, tendo em vista a impossibilidade técnica do filtro parcial. Assim, a decisão fora mantida, desde que fosse possível apenas o bloqueio parcial, caso contrário não deveria o mesmo ser desativado completamente por questões de proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, a sentença de Primeira Instância foi reformada, sendo julgados procedentes e determinando o pagamento da multa estabelecida anteriormente, como se vê:

Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis - Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv - Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1º, III e 5º, V e X, da CF] - Manutenção da tutela antecipada expedida no agravo de instrumento nº 472.738-4 e confirmada no julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3 - Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação - Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC, preservada a multa diária de R\$250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 5560904400, 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Enio Zuliani, 2008)

6 CONCLUSÕES

Os estudos realizados para a confecção deste trabalho permite o esboço de algumas breves conclusões. Em primeiro lugar, nota-se que a ausência de uma legislação específica para regulamentar o tema deixou uma lacuna jurídica que merece ser completada com certa urgência, sob forte risco de aumento do número de lesões aos direitos da personalidade. A falta de regulamentação traz, por vezes, intranquilidade jurídica principalmente ao ofendido.

É notável também a disparidade de valores atribuídos a princípios de igual força constitucional. Na prática, dá-se mais peso à liberdade de expressão e de comunicação que aos direitos da personalidade, principalmente quando a demanda é promovida por pessoa pública. Entretanto, tem sido preservada a menor esfera da intimidade, tendo em vista que esta não é de interesse público.

A proteção aos direitos da personalidade é posta em segundo plano ao ser colocada em prática apenas quando forem desatendidos os limites éticos da liberdade de imprensa. Apesar de soar incoerente, é compreensível tal posicionamento da Suprema Corte brasileira, pois o que está em jogo, é a manutenção da democracia. Ou seja, notou-se com o estudo que o direito da coletividade deve preponderar sobre as desavenças entre particulares, sob pena de, se assim não ocorrer, voltar-se à censura típica dos governos totalitários.

Observou-se, também, com a presente monografia que se a responsabilidade civil já é seara árdua do direito, quando a esta se associam os danos consumados na Internet, seja por meio de pessoas jurídicas ou naturais, a situação tende a se agravar. Isto se dá pela velocidade de propagação das informações na era digital, destarte a contenção dos efeitos dos danos é de maior complexidade.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **A responsabilidade civil do jornalista em ilícitos de imprensa.** [s.d]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15554-15555-1-PB.htm>> . Acesso em: 11 outubro 2013.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Org.). **Jornadas de Direito Civil I, III e IV.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>> . Acesso em: 2 novembro 2013.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.9, nº 36, 2006. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf> . Acesso em 16 nov. 2013.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. Responsabilidade civil na lei de imprensa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1450, 21 jun. 2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10043>> . Acesso em: 6 set. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 2.126 de 2011.** Marco Civil da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>> . Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/22/consti.htm>> . Acesso em: 25 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/11/1916/3071.htm>> . Acesso em: 4 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm> . Acesso em: 22 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> . Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 210.961/SP.** Relator: Min. Massami Uyeda. 4ª Turma. Brasília, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24922/recurso-especial-resp-210961>> . Acesso em: 8 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 64.735/RS**. Relator: Min. Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 22 de fevereiro de 2010. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=mait%EA+proen%E7a&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em 16 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 675.941/MS**. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 2 de fevereiro de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400900712&dt_publicacao=02/02/2009 > Acesso em 10 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.115.859/ MG**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 22 de setembro de 2009. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6537560/peticao-de-recurso-especial-resp-1115859>>. Acesso em: 11 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm >. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 221**. São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação. Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0221.htm>. Acesso em: 6 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 281**. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0281.htm>. Acesso em: 26 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 387**. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0387.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 447.58/ RJ**. Relator: Min. César Peluso. 4ª Turma. Brasília, 16 de março de 2006. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730496/recurso-extraordinario-re-447584-rj> >. Acesso em: 8 set. 2013.

CADORIN, Anelise Dell'Antonio. **Tutela inibitória e os direitos à intimidade e à privacidade**. Santa Catarina: UFSC, 2012. Disponível em : < http://www.ajufesc.org.br/arquivos/8798_Anelise_Dell_Antonio_Cadorin__TUTELA_I

NIBITORIA_E_OS_DIREITOS_A_INTIMIDADE_E_A_PRIVACIDADE.pdf >. Acesso em 14 nov. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 7 v.

FARIAS, EDILSON. **Liberdade de expressão e comunicação: Teoria e Proteção Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Colisão de direitos: A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e a Imagem Versus A Liberdade de Expressão e Informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

ENTENDA a polêmica sobre a proibição de biografias não-autorizadas. **G1**, Rio de Janeiro, 27 out. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/10/entenda-polemica-sobre-proibicao-de-biografias-nao-autorizadas.html%3E>>. > Acesso em: 28 out. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 3 v.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. **Direito de imprensa e liberdade de expressão: Soluções Teóricas e Práticas Após a Revogação da Lei 5.250, de 09.02.1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 4 v.

_____. **Direito civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v.

LANER, Vinícius Ferreira. A lei de imprensa no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/146>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. **A liberdade de expressão em blogs tem limites**. 2005. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/2005/05/a-liberdade-de-expressao-em-blogs-tem-limites/>> .

Acesso em: 20 outubro 2013.

_____. Internet: elementos fundamentais. *In*: Regina Beatriz Tavares da Silva; Manoel Joaquim Pereira dos Santos (Org.) **Responsabilidade Civil na Internet e Nos Demais Meios de Comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 79-95.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, George Marmelstein. **Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha**. Niterói: Universidade Federal Fluminense; 2007.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

MARQUES, Marcelino Pereira. Dano Moral Coletivo. **Revista Faculdade de Direito Milton Campos**, v.7, 2009. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/marcelinopereira marquesdanomoralcoletivo.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais**: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. 1993. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74> Acesso em: 24 outubro 2013.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 16 nov. 2013.

PARENTONI, Leonardo Netto, Responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet: breves notas. **Revista de Direito Empresarial**, nº 25, fev-mar/2009. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll/Dout/fe8#JD_DoutrinaEmpresarial25-1>. Acesso em: 2 nov. 2013.

Regina Beatriz Tavares da Silva; Manoel Joaquim Pereira dos Santos (Org.). **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **EResp. 80501**. 2ª Seção. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar; Relator para Acórdão: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro, 20 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/39541322/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-iii-14-08-2012-pg-477>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70018812636**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Odone Sanguiné. Porto Alegre, 6 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=Agravo+de+Instrumento+N%BA+70018812636&tb=ju>>

risnova&pesq=juris&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=Relator%3AOdone%2520Sanguin%25C3%25A9&as_q=>. Acesso em: 30 out. 2013

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 5560904400**. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Enio Zuliani. São Paulo, 12 de junho de 2008. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6917167/apelacao-civel-ac-5560904400-sp-tj-sp> > . Acesso em: 15 nov. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 9163698252006826**. 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Fábio Tabosa. São Paulo, 10 de outubro de 2011. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20643178/apelacao-apl-9163698252006826-sp-9163698-2520068260000-tj-sp> > . Acesso em: 10 out. 2013

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0137159- 69.2006.8.26.0100**. 8ª Câmara Cível. Relator: Hélio Faria. São Paulo, 29 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21299590/apelacao-apl-1371596920068260100-sp-0137159-6920068260100-tj-sp> > . Acesso em: 11 out. 2013

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº 16, maio- junho- julho- agosto, 2007. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf > Acesso em: 25 outubro 2013.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SANTOS, Fabio Lima dos. Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet. dos blogs aos jornais online. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, nº 2783, 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18489>>. Acesso em: 30 outubro 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Sistema Protetivo dos Direitos da Personalidade. *In*: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA; MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS (Org.) **Responsabilidade civil na internet e Nos Demais Meios de Comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 27-75.

TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2011. 2 v.

ZAGO, Gabriela da Silva. A Possibilidade de responsabilização civil de terceiros por comentários na Internet. **Revista Anagrama**, nº 1, set-nov/2010. Disponível em: < http://www.usp.br/anagrama/Zago_responsabilizacaocivil.pdf > . Acesso em: 15

outubro 2013.