CARLOS FREDERICO BARBOSA BENTIVEGNA

O DANO MORAL PELO ABUSO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR DOUTOR RUI GERALDO CAMARGO VIANA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

OUTUBRO DE 2018

CARLOS FREDERICO BARBOSA BENTIVEGNA

O DANO MORAL PELO ABUSO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Professor Titular Doutor Rui Geraldo Camargo Viana.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

OUTUBRO DE 2018

Banca Examinadora:

_____

_____

_____

_____

_____

RESUMO

O presente trabalho de ocupa da natural tensão verificada quando postos frente a frente o direito à livre expressão do pensamento de alguém e os direitos da personalidade, mais especificamente a imagem, a honra e a privacidade, de quem seja objeto daquela ideia manifestada.

Trata-se de reconhecer, em primeiro lugar, a importância e a essencialidade dos direitos da personalidade, como elementos indispensáveis ao desenvolvimento pleno de alguém enquanto pessoa humana; bem como de admitir a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento como parte desses atributos pessoais indispensáveis à constituição de uma pessoa íntegra, plena e apta a viver em sociedade. Para tanto, o trabalho foi às origens históricas da proteção de tais direitos, às Cartas Políticas e Declarações Universais antes de analisar o estado da arte na proteção dos postulados em potencial situação de conflito.

Em seguida, tratou o autor de descrever a necessária ponderação entre princípios de mesma hierarquia constitucional para que o caso concreto aponte qual deles deve prevalecer: (i) a liberdade de expressão – obrigando o alvo da notícia, manifestação artística, literária ou comentário a suportar a opinião que lhe seja desfavorável – ou (ii) os direitos de personalidade deste último – sua honra, sua intimidade, vida privada ou imagem, por exemplo – que, uma vez vulnerados, dão azo à mitigação dos danos morais.

Quanto aos danos morais, estudou-se o conceito, as teorias que aceitavam e que negavam a sua mitigação em dinheiro a partir de fins do Século XIX até a promulgação da Constituição Federal de 1988 que previu a "indenização" dos danos independentes de morais ou materiais. Por fim, cuidou-se do grave problema da quantificação da condenação dos danos morais e o cabimento de *punitive damages* e danos sociais no direito brasileiro.

PALAVRAS CHAVE: Danos morais – Conflitos entre Princípios Constitucionais – Direitos da Personalidade – Abuso da Liberdade de Expressão – Quantificação dos Danos Morais – Dano Social – Tutela Preventiva de Danos Morais – Censura Prévia

ABSTRACT

The present work deals with the natural tension that occurs when are placed face to face the right to free expression of one's thoughts and the rights relating to the personality, more specifically the image, honor and privacy, of whoever is object of that manifested idea.

It is a question of recognizing first and foremost the importance and essentiality of the rights relating to the personality as essential elements for the full development of someone as a human being; as well as to admit freedom of expression and expression of thought as part of these personal attributes indispensable to the constitution of a person who is complete, full and able to live in society. For this, the work went to the historical origins of the protection of such rights, to the Bill of Rights and Universal Declarations before analyzing the state of the art in the protection of the postulates in potential situation of conflict.

The author then treated to describe the necessary weighting between principles of the same constitutional hierarchy in order to define which one should prevail in a concrete case: (i) freedom of expression - compelling the target of the news, the artistic or literary expression or the commentary to bear the opinion that is unfavorable to him or her, or (ii) the rights relating to the personality of the latter – his/her honor, intimacy, private life or image, for example - that, once violated, give rise to the mitigation of moral damages.

Regarding moral damages, the concept was studied as well as the theories that accepted and denied their mitigation in currency from the late nineteenth century until the promulgation of the 1988 Federal Constitution that provided for "compensation" for damages independently of their nature: moral or materials. Finally, the serious problem of the quantification of the condemnation of moral damages and the fitting of punitive damages and social damages in Brazilian law was taken care of.

KEY WORDS: Moral Damage - Conflicts between Constitutional Principles – Rights relating to the Personality - Abuse of Freedom of Expression - Quantification of Moral Damages - Social Damage - Preventive Protection of Moral Damages - Prior Censorship

SOMMARIO

Questo lavoro si ocupa della tensione naturale che accade quando vengono afrontati il dirtitto alla libertà di espressione del pensiero di qualcuno ed i diritti della personalità, in particolare l'immagine, l'onore e la riservatezza, di chiunque sia l'oggetto dell'idea manifestata.

Si è dedicato a riconoscere, prima di tutto, l'importanza e l'essenzialità dei diritti della personalità, come elementi indispensabili per lo sviluppo pieno di chiunque come persona umana; oltre che per ammettere la libertà di espressione come parte di questi attributi personali indispensabili alla formazione di una persona intera, piena e adatta a vivere nella società. Per tanto, questo studio è tornato alle origine storiche della protezione di tali diritti, alle Carte Politiche e Dichiarazioni Universali prima di analizzare la protezione oggi data ai postulati in stato pontenziale di conflito.

In seguito, l'autore ha descrito la ponderazione necessaria tra i principi costituzionali della stessa gerarchia, in modo che il caso concreto indichi quale di loro dovrebbe essere maggiormente valutato: (i) la libertà di espressione – costringendo la persona bersaglio della notizia, manifestazione artistica, letteraria o commento a sopportare l'opinione che gli sia sfavorevole – o (ii) i diritti della personalità di quest'ultimo – il suo onore, riservatezza o immagine, ad esempio – che, una volta violati, danno origine alla mitigazione dei danni morali.

Sui danni morali, si sono studiati i concetti, le teorie che accettavano e che negavano la loro mitigazione *in pecunia* dalla fine del XIX secolo fino alla promulgazione della Costituizione del 1988 che prevedeva il risarcimento dei danni, independentemente dal fatto morale o materiale. Alla fine, si ha preso cura del serio problema della quantificazione della condanna per dani morali e della possibilità di applicare i danni punitivi e i danni sociali nel diritto civile brasiliano.

PAROLE CHIAVE: Danni Morali – Conflitti tra Principi Costituzionali – Diritti della Personalità – Abuso di Libertà di Espressione – Quantificazione dei Danni Morali – Danni Sociali – Tutela Preventiva dei Danni Morali – Censura Precedente

Agradeço imenso a meus pais, Antonio Sergio Bentivegna e Sylvia Maria Lopes Barbosa Bentivegna, pelo apoio incondicional e pela oportunidade de sempre conviver com a cultura. Da mesma forma agradeço à minha mulher Pepita e a meus filhos Francisco e Frederico, aos últimos por me inspirarem a querer ser a melhor versão de mim mesmo e à primeira não apenas pelas "manjadas" *horas roubadas ao convívio familiar*, mas por ajuda ativa e incansável que ela sabe bem qual foi. Ainda em meu círculo familiar, agradeço a meu tio Mágino Alves Barbosa Filho pelo apoio e incentivo por ocasião de meu ingresso no Programa de Pós-Graduação, com palavras gentis de suma relevância e jamais esquecidas.

No ambiente acadêmico, meus primeiros agradecimentos devem ser dirigidos, sem sombra de dúvida, ao Professor Titular Rui Geraldo Camargo Viana, de quem tive o privilégio de ser orientando, e que nem parece ser uns cinco ou seis anos mais velho que nós, tamanho é seu desassombro em enfrentar questões as mais modernas e novidadeiras dentro da ciência do direito, emprestando seu descortino e sua erudição às mais criativas teses e saídas jurídicas, onde a maioria só vê obstáculos. Também no âmbito das Arcadas, devo expressar minha profunda gratidão ao Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf, amigo há cinco décadas dos Bentivegna, dado que colega de meu pai da gloriosa Turma de 1970 do Largo de São Francisco, fonte inesgotável de indicações preciosas para minha pesquisa, com sua boa vontade e com o conhecimento de direito civil que são de todos conhecidos. Entre os professores da Casa, a Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato e os Professores Associados Otavio Luiz Rodrigues Junior e Antonio Carlos Morato também foram decisivos, na generosa interlocução que comigo estabeleceram, posto que houvesse um abismo entre as inteligências em interação. Aos ilustres Professores Doutores Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus Maluf e Jorge Shiguemitsu Fujita, que participaram de minha banca de qualificação, direcionando decisivamente os rumos do presente trabalho, devo muito do que tenha eventualmente conseguido produzir de aproveitável, isentando-os dos erros que serão todos de minha exclusiva responsabilidade.

Aos também professores e amigos Doutor Alfredo Domingues Barbosa Migliore, que leu o manuscrito com generosa atenção e fez sugestões valiosíssimas, e Doutor Gilberto Haddad Jabur, que, profundo conhecedor do tema, foi um interlocutor de fundamental importância para a consecução dessa empreitada; manifesto aqui minha profunda gratidão. Agradeço também aos meus colegas de Pós-Graduação, que comigo dividiram as agruras dos prazos, das dúvidas, do medo da crítica, do medo de uma encarnação não ser o suficiente para ler todo o necessário. E aqui cito, especialmente, Fernando Speck de Souza, Viviane Daniel Speck de Souza, Atalá Correia, Paula Luciana Menezes, Anna Figueiredo, Ricardo Maffeis e Patrícia Cândido A. Ferreira.

Entre os amigos, frequentadores de minha casa, tenho de destacar aqueles que trocaram valiosas ideias comigo sobre este trabalho, começando por André de Godoy Fernandes, cuja tese de doutoramento – vencedora do prêmio de melhor Tese da USP de 2009 – é aqui citada, que leu o esboço da dissertação e fez apontamentos preciosos, Joel Luiz de Thomaz Bastos, Cristiano Ávila Maronna e sua mulher Priscila Akemi Beltrame, todos leitores de esboços de capítulos e incomodados, com frequência muito maior do que a justa, para que me brindassem com suas preciosas opiniões. Muito obrigado a todos. Aos meus colegas do escritório Bentivegna e Ribeiro Sociedade de Advogados, Daniani Ribeiro Pinto, Juliana Raffo Montero, Paula Malandrin, Débora Fernandes e Bruna Trajano, com quem discuti os temas aqui tratados e que ocuparam minha mente durante as 24 horas do dia. O risco desses agradecimentos nominais é o velho adágio: "*A gente nunca se esquece de quem se esquece da gente!*" Espero não ter me esquecido de ninguém que tenha me ajudado nessa empreitada, muito obrigado a todos!

Dedicatória:

A

Francisco Rodrigues Bentivegna, meu amado filho, cientista. De quem, num cochilo do tempo e ordem natural, EU herdei a curiosidade sem fim.

Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet

(Ninguém perpetra dano, a não ser que tenha feito o que não tinha o direito de fazer)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 17

§ 1. A liberdade de expressão e a mitigação do dano moral 17

§ 2. Justificativa 18

§ 3. Problematização 19

3.1 Hipóteses a ser investigadas 19

PARTE I - DIREITOS DA PERSONALIDADE RELACIONADOS À INTEGRIDADE MORAL E COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 25

CAPÍTULO 1 - CONCEITOS DE PERSONALIDADE E DE DIREITOS DA PERSONALIDADE 27

§ 4. Conceito de Personalidade 27

§ 5. Conceito de Direitos da Personalidade 31

§ 6. Direitos da Personalidade e Pessoas Jurídicas 37

§ 7. Existência de um Direito Geral da Personalidade 38

CAPÍTULO 2 – CLASSIFICAÇÕES E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 43

§ 8. Classificações dos Direitos da Personalidade 43

§ 9. Características dos Direitos da Personalidade 45

CAPÍTULO 3 - PARALELISMO ENTRE DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS 53

CAPÍTULO 4 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO 59

§ 10. Normas matrizes internacionais sobre o tema ao longo da história 65

§ 11. O uso e o abuso da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento 68

§ 12. A vedação do discurso de ódio – "*hate speech*" 73

12.1 Exame de Caso concreto – Caso Bolsonaro: incitação ao crime de estupro 77

§ 13. As limitações da Liberdade de Expressão na jurisprudência estrangeira 79

13.1 Direito alemão 79

13.1.1 Caso Lüth 79

13.1.2 Caso Livro Sobre a Guerra 80

13.1.3 Caso Soldados Assassinos 80

13.1.4 Caso do Romance Pornográfico 80
13.1.5 Caso da cerimônia em memória de Rudolf Hess 81
13.2 Direito norte-americano 82
13.2.1 Caso Terminiello v. Chicago 82
13.2.2 Caso R.A.V. v. City of St. Paul 82
13.2.3 Caso Texas v. Johnson 83
13.3 Direito espanhol 83
13.3.1 Caso da Publicação Cômica contra o Povo Judeu 83

CAPÍTULO 5 - PROTEÇÃO À HONRA, À IMAGEM, À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE 85

§ 14. Conceito de Honra das acepções de honorabilidade Objetiva e Subjetiva 86
14.1 Caso concreto: Michel Temer X Joesley Batista 94

§ 15. Conceito de Imagem – Crítica à elasticidade do conceito de imagem-atributo 102
15.1 Teorias acerca da existência de um direito autônomo à própria imagem 106
15.2 O direito à própria imagem na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002 ... 108
15.3 Conclusões pontuais e alguns casos concretos 109

§ 16. Privacidade – Intimidade e Vida Privada tal como protegidas pela Constituição Federal 115
16.1 Direito à vida privada e à intimidade de pessoas jurídicas 126
16.2 Exame de alguns casos concretos na jurisprudência brasileira e estrangeira 128

§ 17. Alguns casos de proteção aos direitos à liberdade de expressão e à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade julgados nos Tribunais de Justiça dos Estados e do DF 134

CAPÍTULO 6 - COLISÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VS.* PROTEÇÃO À HONRA, À IMAGEM, À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE 141

§ 18. Circunscrição do tema ao Sistema de Direito Civil – Inocorrência *in casu* de Constitucionalização do Direito Civil 141

§ 19. Conflito de princípios constitucionais de mesma estatura 145

CAPÍTULO 7 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO É DIREITO FUNDAMENTAL PREFERENCIAL *PRIMA FACIE*? 157

§ 20. Exame de caso concreto: O Caso Siegfried Ellwanger (HC 82.424-2 RS, STF) 164

CAPÍTULO 8 - ELEMENTOS A SER LEVADOS EM CONSIDERAÇÃO NA PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS EM COLISÃO AQUI EXAMINADOS 169

§ 21. Redução da esfera de proteção dos direitos da personalidade de pessoas ditas "pessoas públicas" 169

§ 22. Direito ao esquecimento 179

22.1 Caso Melvil v. Reid - EUA *183*
22.2 Caso Lebach - Alemanha *184*
22.3 Caso Ainda Curi - Brasil *185*
22.4 Caso Chacina da Candelária - Brasil *188*
§ 23. Animus jocandi 192
§ 24. Redução da esfera de proteção dos direitos da personalidade do criminoso ou do acusado do cometimento de crime 197
CONCLUSÃO DA PARTE I 203
PARTE II – DANO MORAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO, CONCEITO E FENÔMENO DO DANO MORAL EM FACE DAS PESSOAS JURÍDICAS 207
CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DO DANO MORAL NA DOUTRINA 209
§ 25. Inexistência jurídica do dano moral 210
25.1 Incerteza da existência efetiva do dano moral *212*
§ 26. Indeterminação do número de vítimas 213
§ 27. Impossibilidade de rigorosa avaliação pecuniária dos danos morais. Imoralidade do *pretium doloris* 218
§ 28. Perigo do arbítrio judicial 226
§ 29. A chamada Teoria Eclética ou Teoria Mista 229
§ 30. Silêncio de alguns doutrinadores quanto à polêmica da reparabilidade de danos morais 231
§ 31. Avanço jurisprudencial na Europa 233
CAPÍTULO 2 - EVOLUÇÃO DOS DANOS MORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIROS 237
§ 32. O dano moral no direito posto brasileiro até a Constituição Federal de 1988 237
§ 33. A Constituição Federal de 1988 247
§ 34. O Código Civil de 2002 249
§ 35. O dano moral na jurisprudência brasileira 249
CAPÍTULO 3 – DANO MORAL: CONCEITO E PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS 263
§ 36. Conceito de Dano Moral 263

§ 37. Dano Moral por exclusão.....263

§ 38. Dano Moral: Corrente Objetiva.....266

38.1 Lesão a direito da personalidade..... 268

38.2 Lesão ao patrimônio ideal..... 270

38.3 Lesão à dignidade humana..... 272

§ 39. Dano Moral: Corrente Subjetiva.....277

CAPÍTULO 4 - DANO MORAL COMO "DANO-EVENTO" E COMO "DANO-PREJUÍZO" 283

CAPÍTULO 5 - TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA ECLÉTICA E FORMULAÇÃO DO NOSSO CONCEITO DE DANO MORAL 287

CAPÍTULO 6 – FENÔMENO DO DANO MORAL EM FACE DAS PESSOAS JURÍDICAS 291

§ 40. Conceito dominante na Jurisprudência Brasileira 291

§ 41. Honorabilidade objetiva e outros aspectos da personalidade das pessoas jurídicas tutelados pelo direito 291

§ 42. Jurisprudência brasileira anterior à edição da Súmula nº 227 do STJ 292

§ 43. Dano moral e pessoa jurídica – teorias "negativistas" e "afirmativas" de seu cabimento no direito estrangeiro.....294

43.1 Teorias Negativistas..... 294

43.2 Teorias Afirmativas..... 295

43.3 O entendimento doutrinário no Brasil quanto ao cabimento do dano moral às pessoas jurídicas 296

§ 44. Conflito entre direitos fundamentais de: liberdade de expressão e de honra da pessoa jurídica.....298

§ 45. Conclusão quanto ao cabimento ou não – nossa posição 299

§ 46. Novo Paradigma do Dano Moral – conceituação mais moderna do Dano Moral. 300

§ 47. Crítica à conceituação proposta até o momento para o instituto do dano moral e tentativa de construção de um conceito abrangente e tecnicamente preciso.....300

CONCLUSÃO DA PARTE II 303

PARTE III – TUTELA PREVENTIVA E MITIGAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR OFENSA À HONRA, À IMAGEM, À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE 305

CAPÍTULO 1 - TUTELA CIVIL PREVENTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 307

§ 48. Contexto histórico do início da vedação à censura e da garantia à liberdade de expressão 307

§ 49. Tutela preventiva da personalidade vs censura nos dias de hoje 310

49.1 Exame de caso concreto de Tutela Preventiva: Caso "Lampião, o mata sete" 323

CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL – TUTELA "REPARATÓRIA" DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 329

§ 50. Responsabilidade Civil 329

§ 51. Evolução histórica da responsabilidade civil a partir do Direito Romano 330

§ 52. A Responsabilidade Civil - do Código Civil Francês à Revolução Industrial 334

§ 53. Responsabilidade civil no Brasil nos dias atuais 336

§ 54. Classificação dos danos 339

CAPÍTULO 3 - MECANISMO DE MITIGAÇÃO DOS DANOS MORAIS 343

CAPÍTULO 4 - A MITIGAÇÃO DOS DANOS MORAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 347

§ 55. A mitigação dos danos morais na CF/1988 e o direito de resposta 347

§ 56. O direito de resposta coletivo 350

§ 57. A mitigação dos danos morais no CC/2002 351

CAPÍTULO 5 - O PROBLEMA DO TABELAMENTO E DO ARBITRAMENTO JUDICIAL DO *QUANTUM* MITIGATÓRIO DOS DANOS MORAIS 355

§ 58. Inconstitucionalidade da tarifação legal do quantum mitigatório 357

§ 59. Tentativas frustradas de Projetos de Lei a reeditar a "tarifação" do quantum mitigatório dos danos morais 362

59.1 Projeto de Lei nº 7.124 de 2002 do Senado Federal 362

59.2 Projeto de Lei do Senado nº 334 de 2008 364

§ 60. Recente caso de "tarifação" implementada pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) 366

CAPÍTULO 6 - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES* NO BRASIL 371

§ 61. A aplicação dos punitive damages ao longo da história 376

§ 62. Os *punitive damages* na jurisprudência de alguns países da Europa Continental 379

62.1 Caso Security Fowards Inc. v. Trans Containers Services A. G. 382

62.2 Caso "John Doe" *383*
62.3 Os punitive damages no direito italiano *386*
§ 63. Os *punitive damages* no direito norte-americano hoje 389
63.1 Caso Liebeck v. McDonald's *390*
63.2 Caso BMW of North America, Inc. v. Gore *393*
63.3 Caso TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp. *396*
§ 64. Teoria do dano social de Antonio Junqueira de Azevedo – nossa posição.....398
CAPÍTULO 7 - O MÉTODO BIFÁSICO APLICADO PELO STJ 403
§ 65. O Acórdão paradigmático inaugural da Colenda 3ª Turma do STJ – Min. Paulo de Tarso Sanseverino 403
§ 66. Aplicação pela Colenda 4ª Turma do STJ em casos a envolver nosso objeto de estudo406
§ 67. Análise do cabimento do método bifásico em face do Ordenamento Brasileiro e sua utilidade.....413
CAPÍTULO 8 - O PROBLEMA DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* MITIGATÓRIO: ARBÍTRIO JUDICIAL E TENTATIVA DE BALIZAMENTO LEGAL.....415
§ 68. Critérios a ser levados em conta para a fixação do *quantum* mitigatório segundo diversos autores 415
§ 69. Nossa posição quanto aos critérios a presidir a fixação do *quantum* mitigatório dos danos morais.....427
CONCLUSÃO DA PARTE III 431
CONCLUSÃO 437
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....439
LIVROS 439
OBRAS GERAIS 439
OBRAS MONOGRÁFICAS 444
CAPÍTULOS DE LIVROS 454
ARTIGOS 457

TESES E DISSERTAÇÕES 459

TEXTOS EM MEIO ELETRÔNICO 460

INTRODUÇÃO

§ 1. A liberdade de expressão e a mitigação do dano moral

O objetivo do presente trabalho é estudar a necessária mitigação do dano moral de quem atingido em sua esfera de direitos personalíssimos pelo abuso alheio no exercício da liberdade de manifestação de suas opiniões. O tema dos danos morais e sua reparação esteve muito em voga no início dos anos 1990, tendo sido debatido *ad nauseam* no ambiente acadêmico para depois sofrer certo abandono, dando a falsa impressão de tratar-se, hodiernamente, de tema "velho" ou de uma discussão anacrônica ou mesmo redundante.

Nada mais distante da realidade, no entanto.

Já em 2009, Antonio Junqueira de Azevedo advertia[1]:

> "O grande tema, em matéria de responsabilidade civil, na década de noventa, foi o dos danos morais, apesar, porém, do tempo decorrido, da intensa produção doutrinária e da vasta jurisprudência, não se chegou a nenhum critério que pudesse pacificar o debate sobre sua quantificação. Se essa questão, hoje, parece menos vibrante, isso se deve antes ao cansaço dos contendores que ao fato de terem encontrado uma solução. Certamente uma das grandes dificuldades para essa não-conclusão dos juristas brasileiros foi a falta de acordo sobre os exatos fundamentos da responsabilidade pelos danos morais, ou seja, sobre se a indenização constituía somente uma espécie de compensação por sofrimentos psíquicos e lesões a direitos de personalidade, inclusive de pessoas jurídicas, ou se devia também incluir um ***plus***, os chamados "*punitive damages*". Ademais, nesses "*punitive damages*", grande parte da doutrina brasileira, à semelhança da norte-americana, ora tinha em vista uma punição do agente ora uma dissuasão ou desestímulo, à prática de atividades nocivas".

Diversas são as questões deixadas em aberto pelos estudiosos, envolvendo em lacunas exegéticas o instituto do dano moral, mas, pior que isso, diversas são as contradições diametrais a que se entrega a jurisprudência sem que os julgadores se disponham a enfrentar apropriadamente o tema e as dificuldades que ele proporciona. Exemplificam-se facilmente tais contradições com (i) o fato de a imensa maioria dos julgados referirem-se aos danos morais como sentimento de dor, vexação, tristeza e, sem qualquer ressalva, em seguida atribuírem-nos às pessoas jurídicas, ou (ii) o fato de se reputar antijurídica a hipótese de pena

---

[1] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377

privada, afirmando incabível no Brasil a aplicação dos *punitive damages* – possível apenas na tradição do *common law* –, principalmente em virtude do disposto no art. 944 do CC/2002, enquanto, ao fundamentar a decisão, em seguida, afirmam que o valor arbitrado é adequado por cumprir bem sua função de reparar o dano sofrido e dissuadir o ofensor de novos ataques, ou ainda (iii) o fato de o Poder Judiciário banir do sistema a antiga Lei de Imprensa (Lei Federal nº 5.250/67) por inconstitucional, vez que apresentava "tabelamento" ou "tarifação" do *quantum debeatur* nas hipóteses de reparação dos danos morais, enquanto este mesmo Poder Judiciário, logo em seguida, estabelece um "tabelamento", disfarçado sob a pomposa designação de "sistema bifásico" de quantificação da indenização dos danos morais. Será mesmo o sistema bifásico uma forma de "tarifação judicial"? Outros exemplos haveria e muitas hipóteses de problematização ocorrerão ao longo deste trabalho de forma a comprovar a atualidade e necessidade da discussão que ora se propõe.

§ 2. Justificativa

A escolha do tema se justifica em face da crescente litigiosidade entre os exercentes de sua liberdade de expressão e aqueles atingidos em sua honorabilidade, em sua intimidade ou pela exposição de sua imagem, de forma a experimentar **danos morais** advindos do abuso desse direito à livre manifestação do pensamento.

Com a decretação da não recepção *in totum* da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 1967) pela Constituição Federal de 1988, feita pelo Supremo Tribunal Federal, uma das ferramentas para apaziguar grande parte dos conflitos deixou de estar disponível, tendo com ela desaparecido o rito já consagrado do direito de resposta e outras técnicas até então eficazes - até certa medida - para atender aos conflitos surgidos nessa seara das relações sociais.

Hoje, com a expansão significativa dos meios de comunicação social - a partir das redes sociais, dos blogs, das mídias alternativas - as pessoas encontram muito mais facilidade para publicação de suas opiniões e impressões sobre os mais variados assuntos e pessoas, o que oportuniza, por óbvio, a veiculação de juízos desfavoráveis sobre outras pessoas ou a exposição de aspectos de suas vidas privadas ou intimidades. Essa aproximação perigosa do círculo mais íntimo do outro, com (i) a crítica que **pode** exceder aspectos públicos e avançar para questões que difamem ou firam o decoro do alvo da crítica, ou com (ii) a exposição que **pode** mostrar mais do que a pessoa objeto daquele descortino gostaria de ver publicado sobre

sua esfera privada; **tem o potencial de causar dano moral**, através de ataque a bens jurídicos protegidos da vítima (dano-evento, ou a lesão ao bem da vida), gerando a vulneração de direito da personalidade desta que, geralmente se manifesta num menoscabo anímico, ou seja, uma redução no arcabouço das afeições do lesado, fazendo-o experimentar tristeza e dor (dano-prejuízo, ou a consequência dessa lesão) – tristeza, dor e vexação que em alguns casos podem não se apresentar (são sintomas possíveis e não *conditio sine qua non* do dano moral): como no das pessoas jurídicas ou no daquelas privadas de consciência) **que deverão ser mitigadas** com uma espécie de "fator compensatório gerador de alegria".

§ 3. Problematização

Toda essa operação envolve grande número de desafios técnico-jurídicos, como (i) a superação da antinomia real entre princípios constitucionais; (ii) o estabelecimento do real alcance da chamada "supremacia" do interesse público sobre o particular em casos como os de confronto entre a informação do público e a revelação da intimidade de alguém; (iii) a perfeita caracterização do que é dano moral, diferenciando-o dos meros dissabor, contrariedade ou frustração; (iv) a adequação terminológica (que parece ser uma questão de menor importância, apenas semântica, mas não é) da "indenização" do dano moral – como trata a Constituição Federal – para algo como **mitigação** (visto que "reparação" é sinônimo de "indenização" e "compensação" já tem outra acepção técnica no Direito Civil), já que é impossível tornar **indene** a vítima do dano moral, sendo a maioria dos danos morais indeléveis; (v) a difícil questão da quantificação desta mitigação do dano moral; (vi) os novos paradigmas das relações jurídicas de responsabilidade civil, com o reconhecimento de novas modalidades de **danos**, como dano patrimonial, moral, estético, biológico, psíquico e a possibilidade de cumulação de sua mitigação ante o mesmo evento danoso; (vii) a possibilidade ou não de tutelas inibitórias ou preventivas a par das condenações pecuniárias posteriores ao dano e como coadunar estas eventuais medidas com a vedação constitucional à censura; etc.

3.1 Hipóteses a ser investigadas

Acredito que, a partir do desenvolvimento do presente trabalho, ao final possamos contribuir para a investigação mais acurada – ou mesmo para o deslinde - das **hipóteses** seguintes:

(i) Inexistência de maior valoração **apriorística** da liberdade de expressão, em face de suposta "supremacia do interesse público", em confronto com a inviolabilidade da honra, da imagem, da intimidade e da vida privada.

(ii) Responsabilidade civil como **alternativa mais efetiva** para o enfrentamento das violações aos direitos da personalidade pelo abuso da liberdade de expressão, em face da proximidade entre **tutelas inibitórias** e censura prévia (não em todos os casos) e da **ineficácia isolada do direito de resposta**.

(iii) Dano moral não é passível de **indenização**, pois dele não se pode ficar "indene". Reparação é sinônimo de indenização e **compensação** já tem acepção técnico-jurídica própria e diversa. Talvez a melhor alternativa semântica seja a **mitigação do dano moral por violação da honra, imagem, intimidade ou vida privada**.

(iv) Conceito de **imagem-atributo** se sobrepõe ao conceito de **honra objetiva** e imagem deveria limitar-se à identificação biotípica da pessoa, deixando **reputação e atributos de natureza social** para o conceito de **honra** trazido pelo mesmo dispositivo constitucional.

(v) É possível o deferimento de tutela inibitória em face de possível e iminente violação da honra, imagem, intimidade ou vida privada através de abuso no exercício da liberdade de expressão? *Quid juris* em face da vedação da censura? Por outro lado, como compatibilizar a eventual proibição da tutela inibitória com a **inafastabilidade da tutela jurisdicional a todo ato ou ameaça" do inciso xxxv do art. 5º**?

(vi) Mecanismo de compensação do "patrimônio" anímico lesionado pela causação de um sentimento negativo de dor ou sofrimento. Necessidade de gerar alegria, suprida apenas com prestação *in pecunia* capaz de proporcionar uma satisfação espiritual. Afastamento da crítica quanto ao *pretium doloris*.

(vii) Dano Moral é o **efeito** não patrimonial da lesão ao interesse juridicamente protegido **e não uma lesão sobre bem jurídico extrapatrimonial**. Além da lição de Aguiar Dias sobre essa distorção, vale buscar na doutrina italiana, em

Alfredo Minozzi[2] quando diz com invulgar precisão que: "a diferenciação do dano entre patrimonial e não patrimonial não se refere ao dano em sua origem, mas ao dano em seus efeitos. Quando falamos de danos não patrimoniais, pretendemos falar daqueles que não lesam o patrimônio da pessoa. O conteúdo desses danos não é o dinheiro, nem um bem comercialmente redutível a dinheiro, mas sim a dor, o susto, a emoção, a vergonha, o tormento físico ou moral, em geral uma sensação dolorosa experimentada pela pessoa, atribuindo-se à palavra dor o mais amplo significado".

(viii) A existência, além do "patrimônio" na acepção clássica do termo, de um "**patrimônio moral**" ou "**patrimônio afetivo**", que seria o arcabouço das afeições e dos sentimentos da pessoa humana; podendo sofrer diminuição (menoscabo) ou recomposição (através da mitigação do dano moral infligido).

Para tratar destas questões que nos impusemos e de outras tantas, dividimos o presente trabalho em três Partes. A **PARTE I**, intitulada **"Direitos da Personalidade Relacionados à Integridade Moral e Colisão de Princípios Constitucinais"**, foi dividida em 8 (oito) capítulos e nos permitiu abordar com alguma profundidade, nos 3 primeiros capítulos, os conceitos de personalidade e de direitos da personalidade, as características destes últimos e seu paralelismo com os direitos fundamentais e as liberdades públicas.

No Capítulo 4 da PARTE I tratamos da "Liberdade de Expressão e de Manifestação do Pensamento", trazendo notícia da evolução histórica desta importante garantia conquistada pela civilização, abordando questões como as normas matrizes internacionais (Declarações e Tratados), os casos de abuso desse importante direito e as limitações reconhecidas a esta garantia a um só tempo política e de pleno desenvolvimento da personalidade. Neste capítulo se abordou a questão da vedação do *hate speech* muito em voga nestes tempos conflagrados, em que o semi-anonimato das redes sociais aumenta exponencialmente a "valentia" e a manifestação odienta.

---

[2] MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale).* 3za ed., Milano: Soc. Editrice, 1917, tradução livre de: "la distinzione del danno in patrimoniale ed non patrimoniale non si riferisce al danno nella sua origine, ma al danno nei suoi effetti. Quando parleremo di danni non patrimoniali, intendiamo parlare di danni che non ledono il patrimonio della persona. Il contenuto di questi danni non è il danaro, nè una cosa commercialmente reducibile in danaro, ma il dolore, lo spavento, l'emozione, l'onta, lo strazio fisico o morale, in generale una dolorosa sensazione provata dalla persona, attribuendo alla parola dolore il più largo significato".

No capítulo subsequente (capítulo 5 da PARTE I) tratamos de conceituar, posicionar no tempo, no espaço e na sistemática jurídica os institutos da *honra*, *imagem*, *intimidade* e *privacidade*, trazendo sempre a contribuição das doutrina e jurisprudência estrangeiras e pontuando com alguns casos rumorosos no Brasil a envolver a proteção desses aspectos da personalidade. Os três capítulos finais desta PARTE I (caps. 6, 7 e 8) dedicam-se à colisão dos princípios em choque na hipótese principal de nosso estudo, ou seja, na colisão entre a liberdade de expressão de um lado e a proteção a direitos da personalidade alheios de outro; tratando, da forma mais aprofundade que conseguimos fazer, da necessidade da ponderação (sem considerações apriorísticas) **sempre em vista do caso concreto**, de forma a indicar qual a preponderância, *in casu*, dos princípios colidentes e saber se houve dano moral a mitigar ou não.

A **PARTE II** do trabalho, intitulada "**Dano moral: Evolução Histórica do instituto, Conceito e Fenômeno do dano moral em face das Pessoas Jurídicas**", divide-se em 6 (seis) capítulos, sendo os 3 (três) primeiros dedicados a uma revisão de toda a polêmica doutrinária de que foi (e é) vítima a aplicação do instituto, desde o século XIX, a partir da ideia da imoralidade do *pretium doloris* e da absoluta impossibilidade jurídica de compensar coisas de natureza compleamente distinta, "senza l'unità di misura", no dizer de um inconformado GABBA, veemente opositor da reparabilidade dos danos morais. Posto que talvez um pouco longa, esta porção de nosso estudo, quer nos parecer fundamental como explicação das dificuldades enfrentadas até hoje para a aplicação desabrida, e sem peias da mitigação *in pecunia* dos danos morais. Procuramos recorrer às fontes clássicas (italianas, francesas, alemãs, portuguesas etc) que alimentaram os debates e que, entre nós, foram visitadas, em primeiro lugar, por Wilson Melo da Silva, Ávio Brasil, Alsino de Paula Salazar e depois por Youssef Said Cahali, Walter Moraes e Arthur Oliveira Deda. Discussões que, modernamente, vêm sendo travadas com proficiência e erudição por Claudio Luiz Bueno de Godoy, Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho, Maria Celina Bodin de Moraes *et alteram*.

Nos capítulos 4 e 5 que se seguem, nos aproximamos de Antonio Junqueira de Azevedo – e da ideia de dano-evento e dano-prejuízo –, bem como de Alfredo Orgaz, e formulamos um nosso entendimento do que deva presidir o conceito mais tecnicamente preciso de Dano Moral. No último capítulo desta PARTE II (cap. 6) tratamos do fenômeno do dano moral em face das pessoas jurídicas, expondo os autores favoráveis e contrários a que se admita às pessoas ideais sofrer danos morais, em que pese a Súmula nº 227 da Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Finalmente, depois de passar pela descrição do DIREITO (PARTE I) a ser protegido e da LESÃO (PARTE II) que este direito pode sofrer, partimos para a última divisão deste trabalho, (a PARTE III) que cuida da TUTELA em face dessa potencial lesão. A PARTE III, intitulada "**Tutela Preventiva e Mitigação dos Danos Morais por ofensa à Honra, à Imagem, à Intimidade e à Privacidade**", também se divide em 8 (oito) capítulos, sendo o primeiro deles todo dedicado à tutela civil inibitória ou preventiva. Aqui fazemos um histórico do surgimento entre nós e alhures da repulsa do direito à censura e procuramos analisar as semelhanças e diferenças entre a **censura prévia**, vedada pela CF/1988 e a possibilidade de **o Judiciário impedir lesão ou iminente ameaça de lesão a direito**, garantida pelo inciso XXXV do art. 5º da CF/1988. Pontuamos, neste ponto, a discussão com casos concretos de interesse geral para melhor exemplificar as questões postas em disputa.

Nos três capítulos que se seguem (caps. 2, 3 e 4 da PARTE III), tratamos da tutela dita "reparatória", a que propomos redesignar como **mitigatória**, começando com um breve, porém necessário, retrospecto do que foi a evolução da RESPONSABILIDADE CIVIL ao longo da história da civilização. Em seguida, exploramos o funcionamento do mecanismo de mitigação dos danos morais de forma a poder abrir caminho para tratar, nos quatro capítulos finais dos problemas práticos a envolver esta operação.

O primeiro dos desafios práticos que enfrentamos – no capítulo 5 da PARTE III – é o da inconstitucionalidade das leis que propunham a "tarifação" ou o "tabelamento" do *quantum* mitigatório dos danos morais. Estaria correta tal vedação ou a compreensão de que tal previsão não foi recepcionada pela nova ordem constitucional instaurada a partir de 1988? Há utilidades ou vantagens em estabelecer-se "preços fechados" para cada espécie de direito da personalidade vulnerado? Todos os indivíduos terão sofrido o exato mesmo dano em circunstâncias fáticas semelhantes? São questões a nos desafiar neste ponto do trabalho.

Em seguida (cap. 6), passamos a discutir a aplicabilidade dos ***punitive damages*** do Direito Norte-Americano entre nós. Por ser instituto da tradição da *Commom Law*, poderia ser traladado para o nosso direito sem uma "tropicalização"? Prescindiria de alterações legislativas que permitissem sua aplicação, podendo dar-se por interpretação pretoriana apenas? Aqui trazemos inúmeros casos concretos e notícias recentes quanto à aplicação do instituto nos Estados Unidos da América do Norte, de forma a desfazer alguns mitos que se formaram em torno de tão controverso instrumento da Responsabilidade Civil. Também neste capítulo abordamos o **DANO SOCIAL** preconizado por Antonio Junqueira de Azevedo e

que, assim como os *punitive damages*, teria função exemplificativa e se justificaria pela diminuição da qualidade de vida geral de toda a comunidade, abalada por práticas danosas reincidentes e de alta reprovabilidade por parte do agente lesante.

No penúltimo capítulo abordamos o método bifásico inaugurado pelas Colendas 3ª e 4ª Turmas Julgadoras do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que consiste em dividir a fixação do *quantum* mitigatório do dano moral em duas fases: a primeira delas aplicando um valor inicial colhido de um grupo de precedentes, "grupo de casos típicos", com suportes fáticos idênticos e, numa segunda fase, chegar ao valor final da condenação, a partir da análise das circunstâncias do fato a partir de critérios objetivos dispostos por aquele sodalício, como: o grau de culpabilidade do agente; a gravidade do ato ilícito em si e sua repercussão na vítima; as condições sócio-econômicas das partes envolvidas etc.

O último capítulo dedicâmo-lo ao "problema da fixação do quantum mitigatório: arbitramento judicial e tentativa de balizamento legal", tentando mostrar um panorama o mais amplo possível daquilo que os mais diversos autores indicam como elementos a ser levados em consideração pelo magistrado no momento da fixação (arbitramento por equidade) do *quantum* mitigatório dos danos morais. É neste ponto que oferecemos nossas sugestões de *lege ferenda* para que adequações nas singeleza e retidão ortodoxa do art. 944 CC/2002 ("a indenização mede-se pela extensão do dano") possam tornar possível uma mensuração da mitigação baseada em critérios outros – que substituam a pura subjetividade judicial e que permitam a valorização de circunstâncias agravantes e atenuantes desse *quantum* mitigatório.

PARTE I - DIREITOS DA PERSONALIDADE RELACIONADOS À INTEGRIDADE MORAL E COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

CAPÍTULO 1 - CONCEITOS DE PERSONALIDADE E DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

§ 4. Conceito de Personalidade

Bastante elucidativa é a advertência trazida por J. M. Othon Sidou[3] no sentido de que é um desperdício esquadrinhar a palavra **pessoa** por seu suposto étimo cênico, tendo em vista a larga diferença encontrada entre os conceitos jurídicos de pessoa no Direito antigo e no atual. Enquanto quer na ciência jurídica moderna, igualam-se os conceitos de "pessoa" e de "sujeito de direitos", para os romanos *persona* era qualquer ser humano, incluídos aí os escravos (desprovidos estes últimos de qualquer resquício do que hoje se designa "personalidade" ou da titularidade de qualquer direito, já que eram *res*). O autor aponta para o fato de que as Institutas, em diversas passagens citam *servus* como uma das categorias de pessoas, querendo significar categoria de **ser humano** apenas, e não titular de direito algum. Portanto, sem qualquer conotação jurídica.

Uma outra diferença entre o conceito atual e o conceito antigo de personalidade diz com quase confusão atual entre a personalidade e a capacidade (sendo plena a coincidência no que se refere à capacidade de direito). Hodiernamente, nos casos em que não coincidem a personalidade e a capacidade de agir por si só, este descompasso é em geral transitório e devido a questões de idade ou a questão acidental ou inata, mas muito particular, de comprometimento do discernimento ou da expressão da vontade. Fora das hipóteses legais cada vez mais estreitas – reduzidíssimas com a Lei de Inclusão – a capacidade civil não pode ser subtraída de quem possua a personalidade civil. No direito romano a realidade era completamente outra: todos eram pessoas, mas para possuir a personalidade e, por conseguinte, para titularizar direitos e deveres, o indivíduo dependia da análise de seu *status* (pouco dependente da idade), dividido em *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*. Situações que compunham o seu *ius personarum*.

A personalidade no direito romano (e, por via de consequência, a capacidade civil dos indivíduos) não era uma situação estática e imutável, estando longe de configurar uma constância ligada ao nascimento (como o sistema de castas indiano) ou uma regra rígida

---

[3] SIDOU, J. M. Othon. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, FRANÇA, Rubens Limongi, coord., verbete *Personalidade II*, São Paulo: Saraiva, 1977, v. 58, p. 214

relacionada ao decurso do tempo (como o sistema de maioridade ou menoridade baseado na idade).

A *persona* podia nascer com plena capacidade jurídica na moderna acepção, apenas suprida quanto à idade (o *postumus*, qua já nascia *sui iuris*, portanto eventualmente *paterfamilias*, se seu genitor o tivesse sido ao morrer); podia adquiri-la em qualquer estádio da vida (o *filius*, com a morte do *paterfamilias*); podia perdê-la (o *paterfamilias* feito prisioneiro do inimigo); podia antecipá-la, por ato jurídico (o *filius* emancipado), como também dela podia ser privado (o paterfamilias que se desse em ad-rogação a outro paterfamilias); podia alcançá-la (a viúva de casamento *sine manu* após a morte de seu *pater*); como podia recuperá-la (o *paterfamilias* que, libertando-se do inimigo, retornasse à Urbs, por automático efeito do *postliminium*).[4]

Aqueles que, segundo o direito romano, para além de serem "pessoas" também dispunham de "personalidade civil", poderiam titularizar direitos de duas diferentes esferas: (i) direitos de natureza privada e (i) direitos de natureza pública. Dentre os primeiros pode-se citar o *conubium* (ou direito de contrair matrimônio); o *commercium* (ou o direito de alienar e adquirir coisas, bem como praticar atos que envolvam obrigações, ativa ou passivamente); o direito à transmissão *mortis causa* (podendo transferir ou receber bens por testamento – *testamenti factio* – mas que, por ser instituto de *ius civile*, exigia as condições cumulativas de ser cidadão e *sui iuris*) etc. Já dentre os direitos de natureza pública, a personalidade incluía, por exemplo, o direito aos *tria nomina* (direito a usar os três nomes a designar os romanos: o *nomen gentilicium*, o *praenomen* e o *cognomen*); o *ius tributi* (direito/dever de se pagar tributos para alimentar o erário romano, embora obrigatório considerava-se também um direito porque incidia apenas sobre os civis); os *comitia curiata et centuriata* (reuniões ou assembleias do povo romano das quais apenas os *cives* participavam). Para o exercício dos direitos de natureza pública, ou direitos cívicos (dos *cives*) não existia diferença entre um *filiusfamilias* e um *paterfamilias*, pois um filius, desde que atingida a idade legal poderia exercer tais "direitos políticos", isto prova a segregação clara, para fins do estabelecimento do *ius personarum*, entre o *status civitatis* e o *status familiae*.

[4] Idem, p. 215

Também Serpa Lopes[5], após explicar que o vocábulo **pessoa** adviria de *persona* – a máscara trágica utilizada para engrossar a voz do ator e também a máscara dos ancestrais que se apresentava no cortejos fúnebres – lembrou que, segundo as Institutas (Inst. 2, 12), é para as pessoas que o direito foi feito, pois **pessoa** passou para o mundo jurídico com o conceito daquele que pode titularizar direitos e obrigações. Mas advertiu, logo em seguida que "no Direito moderno, é ponto indiscutível que todo homem, como tal, é pessoa, ou sujeito de direito: em virtude do quê a capacidade jurídica é sinônimo de personalidade. Entretanto nem sempre assim foi. Segundo as fontes romanas, o vocábulo *persona*, como se disse, era empregado no sentido de *homem*, isto é, a pessoa física. Todavia, se bem que os romanos considerassem *hominum causa omne ius constitutum est*, nem todo homem na sociedade romana podia ser considerado sujeito de direitos. Além dessa qualidade de homem, mister se fazia a reunião de outras condições essenciais, como o ser livre (*status libertatis*), e, quanto às relações *iuris civilis*, ser cidadão (*status civitatis*)".

Para Pontes de Miranda[6] ser **pessoa** é um fato jurídico que se entra para o mundo do Direito com o nascimento, quando o ser humano nele ingressa como elemento do suporte fático em que nascer é o núcleo. E a partir de tal fato jurídico irradia-se uma miríade de importantes efeitos jurídicos da mais alta significação. Segundo a lição do grande jusprivatista alagoano "**a personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto a possibilidade de ser sujeito de direito**".

Desde o início da vigência do Código Civil de 1916 a doutrina brasileira já adotava a ideia de personalidade como possibilidade de ser titular de direitos, como se vê da lição de Milciades Mario de Sá Freire, incumbido dos comentários da Parte Geral do código, na obra clássica organizada por Paulo de Lacerda[7], que, citando Espínola, diz que "a personalidade, pode-se dizer com Unger, é o pressuposto de todo direito, o elemento que atravessa todos os direitos privados e que em cada um deles se contém; não é mais do que a capacidade jurídica, as possibilidade de ter direitos".

---

[5] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962, p. 255

[6] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, São Paulo: RT, 2012, p. 243

[7] LACERDA, Paulo M. de. *Manual do código civil brasileiro*, v. II. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1930, p. 17

São pessoas os seres suscetíveis de chegar a ser sujeitos, ativos ou passivos, de direitos e que têm, por conseguinte, aptidão para desempenhar um papel na vida jurídica[8].

Para parte da doutrina o termo **personalidade** não é unívoco, podendo ser considerado sob dois diferentes aspectos: a) um ponto de vista **estrutural**, porquanto respeite à estrutura das situações jurídicas subjetivas, em que a pessoa "tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das relações jurídicas"[9]. Nesta acepção, é o atributo da pessoa que a habilita a ser titular de relações jurídicas, ou seja, a ser sujeito de direitos e deveres; b) um outro ponto de vista que concebe a personalidade como o conjunto de características e atributos da pessoa e objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. Como se infere, por exemplo, da lição de San Tiago Dantas, em seu clássico "Programa de Direito Civil"[10]:

> Unger observa que há uma contradição entre o conceito de personalidade e a pretendida categoria dos direitos da personalidade. Diz ele: "a personalidade, sendo a capacidade que tem todo homem de direitos e obrigações", é um pressuposto de todos os direitos, não podendo ser deles o objeto de uma categoria especial.
> É um ponto de partida e não um ponto de chegada, na construção dos direitos subjetivos, esse argumento que ele explana muito bem, pode ser, entretanto, repelido com uma observação capital, é que a palavra *personalidade* está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando se fala em *direitos da personalidade*, não se está se identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e, não, nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica, em outras ocasiões identificada como a personalidade.

Partindo do pressuposto de que a **personalidade** não é um direito e sim um atributo de quem é **pessoa** e que, por isso, pode ser titular de direitos de deveres; deve-se destacar desde logo a diferença entre **personalidade** e Direitos da Personalidade.

---

[8] Na dicção precisa de JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*, Tomo I, v. 1. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1950. Tradução de Santiago Cunchillos Y Manterola, p. 170. Tradução livre de: *Personas humanas y personas Morales – Son personas los seres susceptibles de llegar a ser sujetos, activos o pasivos, de derecho, y que tienen, por conseguiente, aptitud para desempeñar un papel en la vida jurídica. Se distinguen dos grandes categorias de personas: de una parte, los seres humanos, las personas físicas, de carne y hueso, que tienen existencia material; de otra parte, las personas morales, o personas jurídicas, seres inmateriales que viven una vida jurídica, como el Estado, los Municípios, las Universidades, las Facultades, las sociedades, las asociaciones declaradas.*

[9] TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. *In Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 27

[10] SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Programa de direito civil. Parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979

Enquanto a **personalidade** é o centro de imputações jurídicas de um ser, ou seja, a *conditio sine qua non* para se tornar um núcleo em torno do qual gravitarão direitos e deveres – ou a "ossatura destinada a ser revestida de direitos", na imagem magistral de Adriano De Cupis[11] - os direitos da personalidade são aqueles indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa e da proteção da integridade desta utilidade primeira do homem que é a sua personalidade, ou seja a projeção exterior dos atributos da pessoa.

§ 5. Conceito de Direitos da Personalidade

Segundo Orlando Gomes[12], os Direitos da Personalidade constituem-se naqueles essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana, e que, por esta razão, vêm sendo reconhecidos como "direitos absolutos". Sua função seria a de resguardar um dos valores mais caros ao ordenamento jurídico, colocando-o a salvo de injustos ataques de quem quer que seja (*erga omnes*): a dignidade da pessoa humana.

Rubens Limongi França[13]conceituou os direitos da personalidade como "as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos. Consideram-se aspectos da personalidade o físico, intelectual, moral e psíquico". Ele baseou seu conceito na formulação de Savigny (Sistema, v. 1, § 53) em que o jurista alemão divide a incidência das relações jurídicas em três esferas básicas: i) a própria pessoa; ii) a pessoa ampliada na família e iii) o mundo exterior. Em tal divisão proposta por Savigny, as relações jurídicas incidentes sobre a própria pessoa corresponderiam aos direitos da personalidade, aquelas sobre a pessoa ampliada na família aos direitos de família, enquanto que ao mundo exterior corresponderiam os direitos patrimoniais. Curiosamente, este mesmo Savigny, que forneceu à ciência do Direito o melhor caminho para a definição dos direitos da personalidade a partir de sua análise sobre o objeto dos direitos (pessoa, pessoa prolongada na família e mundo exterior), foi quem em primeiro lugar negou a existência dos direitos da personalidade, alegando que se tais direitos existissem seria lícito o suicídio como forma de disposição sobre a própria pessoa.

---

[11] DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 14.

[12] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1, p. 168.

[13] FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade – I*, *in* Enciclopédia saraiva do direito, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), v. 28, São Paulo: Saraiva, 1977, p.140 e ss.

Traz Fábio Maria de Mattia[14], em artigo de invulgar erudição, a citação de Simón Carrejo e seu conceito de Direitos da Personalidade, que vale a pena aqui transcrever:

> Na linguagem jurídica atual a expressão "direitos da personalidade" tem significado particular, referindo-se a alguns direitos cuja função se relaciona de modo mais direto com a pessoa humana, pois se dirigem à preservação de seus mais íntimos e imprescindíveis interesses. Com efeito, esses direitos constituem-se num mínimo para assegurar os valores fundamentais do sujeito de direito, sem eles, a personalidade ficaria incompleta e imperfeita, e o indivíduo, submetido à incerteza com relação a seus bens jurídicos fundamentais. Pode-se deizer que os direitos da personalidade são os direitos subjetivos de caráter privado e não patrimonial, primordiais e absolutos através dos quais o ordenamento reconhece e tutela os interesses básicos e inerentes à pessoa em si mesma considerada.

Já no começo do século passado, na Itália, dizia Francesco Ferrara que "são os direitos supremos do homem, aqueles que garantem o gozo dos seus bens pessoais. Ao lado dos direitos a bens externos, os direitos de personalidade garantem o gozo de nós mesmos, asseguram a cada um a senhoria de sua pessoa, a atuação das próprias forças físicas e espirituais".[15]

Os *status* de membro da família e de cidadão se exaurem nas suas manifestações imediatas, segundo Francesco Messineo[16], enquanto que, em relação ao *status* de pessoa, constatam-se "manifestações reflexas". Estas últimas são, na verdade, **poderes**, ou seja, direitos subjetivos que assumem a condição de atributos essenciais da pessoa. Nascem, assim, os Direitos (subjetivos) da Personalidade, os quais têm a finalidade de assegurar ao sujeito a

---

[14] MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade – II*, *in Enciclopédia Saraiva do direito*, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), v. 28, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 149. Tradução livre de: *"En el linguaje jurídico actual la expresión 'derechos de la personalidad' tiene significado particular, referido a algunos derechos cuya función se relaciona de modo más directo con la persona humana, pues se dirigen a la preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses. En efecto, esos derechos constituyen un mínimo para asegurar los valores fundamentales del sujeto de derecho; sin ellos, la personalidade quedaría incompleta y imperfecta, y el individuo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales. Puede decirse que los derechos de la personalidade son los derechos subjetivos de caráter privado y no patrimonial, primordiales y absolutos através de los cuales el ordenamiento reconoce y tutela los intereses básicos e inherentes a la persona en si misma considerada."*

[15] FERRARA, Francesco. *Tratatto di diritto civile italiano*. Roma: Atheneum, 1921, p. 388

[16] MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 9ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, v. secondo, p. 3. Tradução livre de: *Ma, mentre gli status di componente della famiglia e di citadino si esauriscono nelle loro manifestazioni immediate, è dato osservare, quanto allo status di persona, che se ne hanno anche manifestazioni riflesse. Esistono, infatti, poteri (ossia, diritti soggettivi), che assumono a pròprio oggetto, taluni attributi essenziali della persona: dove, quindi, vengono in considerazione, non tanto quegli atributti, quanto i diritti a quegli attributi. Si è operato um distacco fra lo stato di persona e quegli atributti, nascendone corrispondenti diritti soggettivi. Si profilano, così, i diritti (soggettivi) della personalità, i quali sono intesi ad assicurare al soggetto, l'esclusione di altri dall'uso e dall'appropriazione di quegli attributi (sono, quindi, diritti esclusivi e conferiscono un ius prohibendi); in tal modo, vengono ad integrare la tutela dell'individualità del soggetto e a garantirgli la signoria su una parte essenziale della propria personalità.*

exclusão de todas as outras pessoas **do uso e da apropriação** daqueles atributos, sendo, portanto, direitos exclusivos que conferem um *ius prohibendi*; dessa forma, passam a integrar a tutela da individualidade do sujeito e a garantir-lhe a senhoria sobre uma parte essencial da própria personalidade.

Interessante apanhado da doutrina portuguesa contemporânea sobre o conceito de **Direitos da Personalidade** vê-se em obra homônima organizada por Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet[17], onde se lê que "a doutrina portuguesa contemporânea define os direitos da personalidade como posições jurídicas fundamentais do homem, decorrentes de sua própria condição, a saber o nascimento e a vida (Cabral de Moncada). Consideram-se, desse modo, como: (a) aspectos imediatos da exigência de integração do homem (Gomes da Silva); (b) condições essenciais ao seu *ser* e *devir* (Orlando de Carvalho); (c) reveladores do conteúdo necessário da personalidade (Paulo Cunha); (d) emanações da personalidade humana em si; (e) direitos sobre outrem de exigir o respeito da própria personalidade (Adriano Vaz Serra); (f) direitos que têm por objeto não um elemento exterior ao sujeito, mas modos de ser da pessoa (Carlos Mota Pinto) ou bens da personalidade física, moral e jurídica (Carvalho Fernandes) ou manifestações parcelares da personalidade humana (Rabindranath Capelo de Sousa) ou a defesa da própria dignidade (Pedro Pais de Vasconcelos)."

Adriano de Cupis[18] em sua obra clássica sobre os direitos da personalidade explica de forma magistral sua essencialidade dizendo que todos os direitos, enquanto destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam dizer-se **direitos da personalidade**. Mas que, na linguagem jurídica comum tal denominação foi reservada àqueles direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, se especifica de forma a constituir o

---

[17] MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato. *Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado*, *in Direitos da personalidade*. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). São Paulo: Ed. Atlas. 2012. p. 13.

[18] DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 13. Tradução livre de: "*I diritti della personalità come diritti essenziali. - Tutti i diritti, in quanto destinati a dare contenuto alla personalità, potrebbero dirsi 'diritti della personalità'. Ma nel comune linguaggio giuridico tale denominazione è riservata a quei diritti soggettivi, la cui funzione, rispetto alla personalità, si specializza, costituendo il 'minimum' necessario e imprescindibile del suo contenuto. Vi sono, vale a dire, certi diritti, senza dei quali la personalità rimarrebbe un'attitudine completamente insoddisfatta, priva di ogni concreto valore; diritti, scompagnati dai quali tutti gli altri diritti soggettivi perderebbero ogni interesse rispetto all'individuo: tanto da arrivarsi a dire che, se essi non esistessero, la persona non sarebbe più tale. Sono essi i c.d. 'diritti essenziali', com cui si identificano precisamente i diritti della personalità. Che la denominazione di diritti della personalità sai riservata ai diritti essenziali, bem si giustifica colla considerazione che i medesimi costituiscono della personalità il nocciolo più profondo*".

minimum necessário e imprescindível de seu conteúdo. Afirma que existem, vale dizer, certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma atitude completamente insatisfeita, privada de qualquer valor concreto; direitos desacompanhados dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse acerca do indivíduo: tanto que se chegaria a dizer que, se eles não existissem, a pessoa sequer teria tal qualidade de 'pessoa'. São eles os assim chamados **direitos essenciais**, com os quais se identificam, precisamente, os direitos da personalidade. Que a denominação "direitos da personalidade", então, seja reservada aos "direitos essenciais", encontra justificativa na consideração de que esses últimos são os que constituem o núcleo mais profundo da personalidade.

Em verdade, conforme a lição de Walter Moraes, "para que a pessoa possa subsistir como sujeito de direito e desenvolver regularmente a sua vida jurídica, torna-se necessário que esteja de posse de certos bens ou valores"[19] e esses bens ou valores são exatamente os direitos da personalidade; imprescindíveis pois, sem eles, (i) ou deixará de existir a personalidade jurídica, ou (ii), em subsistindo, perderá tanto em substância que não será capaz de desenvolver todas as suas potencialidades.

Para Maurício Mazur[20], apoiando-se no magistério de António Menezes Cordeiro, os direitos da personalidade podem ser conceituados como "direitos subjetivos que têm por objeto bens da personalidade. Tal conceito demanda a compreensão de direitos subjetivos como permissões normativas de aproveitamento de bens determinados e de bens de personalidade como figurações autônomas relativas aos seguintes aspectos diretamente ligados ao ser humano (1) biológicos: vida, integridade física, saúde, necessidades vitais (sono, repouso, alimentação, vestuário) etc.; (2) morais: integridade moral, identidade, nome, imagem, intimidade etc.; (3) sociais: família, bom nome, reputação, respeito etc.".

Daisy Gogliano[21] formula, apenas ao final de seu alentado trabalho de pesquisa histórico-jurídica sobre o tratamento dado ao instituto, com a propriedade que o acurado exame a que empreendeu lhe conferiu, um conceito bastante completo de direitos da personalidade, nos termos seguintes: "são os direitos subjetivos particulares, que consistem

---

[19] MORAES, Walter. *Direito da personalidade in Enciclopedia Saraiva do direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), v. 26. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 29.

[20] MAZUR, Maurício. *A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais*, *in* MIRANDA, Jorge; RODRIGUES, Otávio Luiz Junior e FRUET, Gustavo Bonato (coords.) Direitos da personalidade. São Paulo: Ed. Atlas. 2012, p. 29

[21] GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 229

nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico e assegurada pelos meios de direito para fruir e dispor, como senhor, dos atributos essenciais da sua própria personalidade, de seus aspectos, emanações e prolongamentos, como fundamento natural da existência e da liberdade, pela necessidade da preservação e do resguardo da integridade física, psíquica e moral do ser humano, no seu desenvolvimento".

Em artigo de grande importância, Antonio Carlos Morato[22]traz um panorama histórico do surgimento dos direitos da personalidade e cita a Dissertação de Mestrado de Daisy Gogliano, intitulada "Direitos Privados da Personalidade" (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982, pp. 398-399), onde ela afirma que "os códigos antigos, de Hammurabi e de Manu não conheceram o instituto dos direitos privados da personalidade. No entanto, como embriões, e várias passagens, sentimos a preocupação com a preservação e a tutela de vários aspectos da personalidade. No direito romano, somente no período clássico afirma-se a noção de injúria, momento em que a *actio injuriarum* desenvolvida pelo direito pretoriano passou a compreender qualquer espécie de ofensa, tanto física como moral. Sob Cornelius amplia-se a noção de injúria abrangendo aspectos privados. O sentimento de dignidade do cidadão romano foi se aprimorando e se afinando a extensão dada à ação foi a abertura de um novo capítulo na história interna do povo romano". Prossegue o professor Morato, na sequência, demonstrando que, em que pesem essas aparições embrionárias reconhecíveis no direito da antiguidade, foi a ação dos jusfilósofos do séc. XVIII – cujas ideias propagaram-se com a independência norte-americana e coma revolução francesa: donde emanam a Constituição dos EUA de 1787 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1791, respectivamente – que voltou o foco dos ordenamentos jurídicos para a s pessoas e para as relações destas com o Estado.

Daisy Gogliano[23], antes de iniciar sua viagem histórica a partir do Direito Arcaico – mais de 2.100 anos antes da Era Cristã – faz uma admoestação, no sentido de gizar a diferença entre as liberdades públicas de natureza constitucional e os Direitos Privados da Personalidade pertencentes ao âmbito do Direito Civil, dizendo que:

> Vamos, portanto, buscar as origens remotas, antigas e abissais, dos direitos privados da personalidade, que não se confundem com os direitos "do homem e do cidadão", embora tenham aspectos semelhantes e participação íntima. Vamos voltar no tempo, procurando o germe, o embrião de tais

[22] MORATO, Antonio Carlos, *Quadro geral dos direitos da personalidade, in* Revista da Fac. Dir. Univ. de São Paulo, v. 106/107, jan/dez. 2011/2012, pp. 121-158

[23] GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo:Quartier Latin, 2012, p. 25

> direitos, sem levar em conta as "cartas magnas", os "bill of rights", as "declarações de direitos", tão conhecidas e propaladas, para que possamos, justamente, demonstrar que a matéria se circunscreve ao direito privado e que a sua tutela deve ser realizada sob esse ramo do direito.

Claudio Luiz Bueno de Godoy em seu importante "A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade" [24] faz um retrospecto da tradição jurídica da antiguidade e afirma ter cabido ao Direito Romano a primazia na criação de mecanismos protetivos dos direitos da personalidade, "entre os quais sobreleva a *actio injuriarum*, adequada à defesa da honra, afrontada por conduta injuriosa". Sobre a *actio injuriarum*, prossegue o autor em passagem que pedimos licença para aqui transcrever:

> O interdito em questão, desde o século II a. C., visava defender o indivíduo contra toda a ofensa a sua "pessoa", abrangendo, à medida que se foi estendendo seu elastério, basicamente por obra dos éditos dos pretores, ofensas voltadas à honra, à liberdade, ao nome e até às relações familiares do indivíduo, portanto contemplando não só a vulneração a sua integridade física, como de início sucedia. Substituiu a vingança privada que, ainda até a República, com cuja decadência se finda o período romano antigo, e mesmo em face da lei das XII Tábuas (surgida entre 451 e 449 a. C.), porque pertinente apenas ao ius civile, sem específico sancionamento do maltrato a bens da personalidade, era a forma predominante de defesa dos direitos da personalidade.

Mais adiante, descreve o autor o mesmo fenômeno embrionário da tutela dos direitos da personalidade na cultura helênica, *verbis*:

> Tal como a injúria romana, ou a *actio* reservada a sua correção, os gregos, em especial no período clássico, sintomaticamente chamado também de antropológico, de preponderância das cidades, conheceram as ações tendentes à punição da *hybris*, cuja noção comum traduzia, consoante obtemperou Jean Gaudemet, citado por Capelo de Souza, a ideia de injustiça, excesso, desequilíbrio.
> Veja-se, mais, que o próprio campo dos interditos punitivos da *hybris* foi, com o tempo, alargando-se. De início, previstos como forma de punição penal a ultrajes e sevícias, os interditos mencionados acabaram-se estendendo à sanção geral de ofensas a bens da personalidade. Ganharam, com isso, um caráter geral, de genérica tutela à personalidade.

No Brasil costuma-se dizer que o Código Civil de 1916 não tratou de direitos da personalidade. Entretanto, isso não é exatamente verdadeiro. O Código de Beviláqua tratou sim de direitos da personalidade sem, no entanto, emprestar-lhes tal designação. A razão disso é o fato de que a matéria floresceu com mais força entre nós e com este *nomem juris* a partir

---

[24] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2015, 3ª ed., pp. 7-8

da, aqui já citada, obra clássica de Adriano de Cupis de 1950, bastante posterior, portanto, à edição do Código Civil de 1916.

Aqui peço vênia para, uma vez mais, recorrer à lição de Antonio Carlos Morato[25], que afirma, *verbis*:

> Ao versar sobre a proteção da pessoa, o Código Civil de 1916 tinha diversos dispositivos que *implicitamente* admitiam os direitos da personalidade, sendo inegável a relevância jurídica de tal diploma legal que, ao tempo de sua elaboração – ao contrário de diversos países europeus – não ficou preso às suas tradições e teve, por meio de Clóvis Beviláqua, normas que traziam o que de mis avançado havia naquele período, sendo ainda possível registrar a existência de elementos que informam a teoria geral dos direitos da personalidade no esboço e na Consolidação de Teixeira de Freitas.

Realmente, os artigos 1.537 e seguintes do Código Civil de 1916 traziam uma série de hipóteses em que os bens da vida protegidos eram, *indubitavelmente*, direitos da personalidade, como o direito à vida, à incolumidade física, à honra, à liberdade etc. E, em que pese, como já dito em capítulo anterior, a opinião geral negativa da "reparabilidade" dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro à época da edição do Código de Beviláqua, como se explica, por exemplo, a natureza jurídica da indenização prevista no parágrafo único do art. 1.547 do CC/16?

> Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.
> Parágrafo único. Se este não puder prova prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.

Não resta dúvida ser a *mens legis* do dispositivo ***a mitigação do dano moral experimentado pela vítima de ataque a direito da personalidade***, mesmo não sendo estas as categorias jurídicas utilizadas à época pelas doutrina e jurisprudência brasileiras.

§ 6. Direitos da Personalidade e Pessoas Jurídicas

Um autor que muito se dedicou ao tema da personalidade das pessoas jurídicas e, consequentemente, ocupou-se da explicação quanto à forma como seriam a elas atribuídos os direitos da personalidade, no que coubessem, foi Antonio Carlos Morato[26]. Ele elucida que ao se afirmar que aplicam-se às pessoas jurídicas os direitos da personalidade, no que couber,

---

[25] MORATO, Antonio Carlos, *Quadro geral dos direitos da personalidade, in* Revista da Fac. Dir. Univ. de São Paulo, v. 106/107, jan/dez. 2011/2012, p. 122

[26] Cf. Antonio Carlos Morato. *A pessoa jurídica consumidora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; ou ainda, *Direito de autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007

a expressão "no que couber" está relacionada às limitações que a pessoa jurídica enfrenta no exercício de tais direitos face à inexistência de um paralelismo perfeito. Isto porque a pessoa jurídica, lembra o autor, é uma *realidade técnica* "no sentido de uma técnica empregada pelo legislador e atribuída no ato constitutivo ou modificativo e no exercício da autonomia privada da pessoa jurídica". Assim, não faria o menor sentido atribuir às pessoas jurídicas uma série de direitos da personalidade ligados à *realidade orgânica* ou *natural* dos seres humanos, a exemplo do direito à vida, do direito sobre as partes separadas do corpo vivo ou morto, etc.

Citando Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza, diz o autor, verbis[27]:

> Ainda quanto às pessoas jurídicas, assinalou Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa que devem ser excluídos os direitos 'que sejam inseparáveis da personalidade humana', mas certos direitos das pessoas jurídicas de Direito Público, tais 'como o direito ao bom nome, o direito de associação, a inviolabilidade da sede e o segredo de correspondência', existem ainda que sujeitas a um menor relevo de reserva da vida social e da própria liberdade de expressão – em razão de sua finalidade e interesse público – em comparação com as pessoas jurídicas de Direito Privado, pois estas 'são de certo modo uma projecção, um substituto ou uma continuação de vontades humanas individuais'.

Na verdade, não seria lícito ao intérprete fazer o *discrimen* onde a lei não o fez. Ao atribuir certos direitos como essenciais à personalidade, com a simples aquisição desta personalidade, sem ressalvar a qualidade de **personalidade natural** ou seja, de pessoa humana, o ordenamento, na minha opinião, estendeu tal perspectiva de um conjunto mínimo e indispensável de direitos essenciais **tanto às pessoas naturais, como às pessoas jurídicas**. A outra conclusão não se poderia chegar, sem que se instalasse verdadeira barbárie onde não houvesse o respeito ao nome, à correspondência ou à inviolabilidade da sede, por exemplo, das pessoas jurídicas.

§ 7. Existência de um Direito Geral da Personalidade

Grande é a polêmica mundial acerca da existência ou não de um Direito Geral da Personalidade. Tal discussão, embora não pareça, guarda estreita ligação com a questão da cláusula fundamental da **dignidade da pessoa humana**, no fundo os defensores da existência de um direito geral da personalidade são os mesmos que pretendem encontrar nele e na dignidade da pessoa humana uma matriz ou cláusula aberta de onde emanaria um sem-fim de

---

[27] MORATO, Antonio Carlos. *Quadro geral dos direitos da personalidade*; *cit*. p. 126/127

direitos da personalidade, independentes de positivação ou reconhecimento pelo ordenamento.

Ao contrário dessa visão tem-se a dos que acreditam na necessidade de se extrair os direitos da personalidade, em espécie e positivados, dos artigos do Código Civil que se ocupam do tema, ou mesmo dos dispositivos constitucionais que trataram de elencar os direitos fundamentais que, por sua essencialidade, se enquadram nessa categoria jurídica.

Mas é muito nítida a correlação entre as duas discussões, porquanto imbricam-se de forma indissolúvel os dois institutos como "fontes" dos direitos da personalidade: o suposto direito geral da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar essa relação íntima, veja o que escreveu o professor Junqueira em seu artigo "Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana"[28]:

> *Grosso modo*, o pressuposto e as consequências do princípio da dignidade (art. 1º, III, da C.R.) estão expressos pelos cinco substantivos correspondentes aos bens jurídicos tutelados no caput do art. 5º da C.R.; são eles: *vida* (é o pressuposto), *segurança* (1ª consequência), *propriedade* (2ª consequência) e *liberdade e igualdadade* (3ª consequência), sendo o pressuposto absoluto e as consequências, "quase absolutas".
> Finalmente, a terceira consequência do princípio da dignidade é a consistente no respeito aos pressupostos mínimos de *liberdade e convivência igualitária entre os homens* (condições culturais). Excluindo o direito à vida e o direito à integridade física e psíquica, já tratados, relacionam-se com esta consequência os demais "*direitos de personalidade*" – mas não em todos os seus aspectos e sim, nos aspectos fundamentais; são, aqui, direitos que e prendem ao livre desenvolvimento da pessoa humana no seu meio social.

Em que pese ser crítico da abertura demasiada dos conceitos – como já citamos acima, no capítulo anterior, quando ele tratava do "bando dos quatro" - Antonio Junqueira de Azevedo é dos que defende a existência de um direito geral de personalidade[29], afirmando-o "anterior logicamente, e superior axiologicamente, aos vários aspectos da personalidade". Ele se apoia na obra de Rabindranath V. A. Capelo de Sousa (O Direito Geral de Personalidade, Coimbra, 1995, p. 93) para propor que seja o direito geral de personalidade o direito de cada pessoa "ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões de sua personalidade humana, bem como da unidade psíco-físico-sócio-ambiental dessa

---

[28] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, *in* RTDC, ano 2, vol 9, jan/mar 2002

[29] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 485

mesma personalidade". Para Junqueira de Azevedo seriam características desse direito geral de personalidade: a inalienabilidade, a incessibilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a intransmissibilidade.

O problema no Brasil se resume, como bem apontou Antonio Carlos Morato no artigo acima citado, a determinar se o art. 12 do Código Civil adotou ou não redação semelhante àquela do art. 70 do Código Civil Português, que fez a opção por uma "tutela geral da personalidade"[30], mesmo que isso não tenha tido o condão de afastar as dúvidas e as disputas doutrinárias naquele país.

Em Portugal, notadamente, vê-se clara a divisão entre a Escola de Direito de Coimbra, que é favorável à sua existência e a Escola de Direito de Lisboa, que é majoritariamente contrária ao reconhecimento. Importante, portanto, trazer novamente à colação a contribuição do texto preciso de Jorge Miranda, Otávio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Fruet[31], onde se lê:

> Os direitos da personalidade, tanto no Brasil (artigos 11-21, CCB/2002), quanto em Portugal (artigos 70-81, CCP), encontram no Direito Civil seu âmbito normativo primário. Essa afirmação implica o reconhecimento de que as normas do Código Civil fornecem os meios primários de vinculação dos particulares sem necessidade de recorrência permanente ao texto constitucional para sua concretização. O recurso imediato à dignidade humana como fundamento dos direitos da personalidade justifica-se no contexto da ordem jurídica alemã, dadas suas peculiaridades históricas. No caso brasileiro, porém, o Direito Privado possui os elementos adequados à conformação normativa dos principais casos. A Constituição brasileira de 1988, especialmente no que se respeita à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, inciso X), permite o reconhecimento desse paralelismo, sem necessidade de invocação imediata da dignidade humana, e por meio dos filtros da legislação privada.
>
> A existência de um *direito geral da personalidade* é defendida sob o fundamento de que, dada a variedade de tipos de lesões aos direitos da personalidade, é necessária a proteção ampla dos indivíduos, por meio de uma espécie de direito-quadro (*Rahmenrecht*), de caráter aberto, que permita açambarcar hipóteses não previamente reguladas em tipos legais específicos, algo que se torna ainda mais evidente quando se observam problemas ligados à privacidade e às liberdades comunicativas. O direito alemão combinou dispositivos do BGB, como o § 12 (direito ao nome) e § 823 (dever de ressarcimento do dano), e, posteriormente, com a *Grundgesetz-GG*, a dignidade humana e o livre desenvolvimento da

[30] "Art. 70º (tutela geral da personalidade) 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar; a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida".

[31] MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Ed. Atlas. 2012. p. 16.

> personalidade, chegou-se ao conceito definitivo cuja aplicação se daria a partir de um método: (a) qualificar a lesão e tentar enquadrá-la em alguma previsão normativa específica; (b) à falta dessa última, recorrer-se-ia ao direito geral da personalidade como um direito-quadro (*Rahmenrecht*) ou um direito-fonte (*Quellrecht*). Em certa medida, o direito geral permitiria que, com o passar do tempo e por efeito da experiência humana ou da apreciação de casos específicos pelos tribunais, pudesse o legislador instituir novos direitos em espécie, decalcando-os do direito geral de personalidade.

Na doutrina brasileira a aceitação de uma Cláusula Geral da Personalidade vem aumentando significativamente, ao reconhecer que o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 – que trata da dignidade da pessoa humana – serve de fundamento para o **direito geral da personalidade**.

Há também quem defenda[32], como Fabio de Mattia, que o próprio Código Civil, em seu artigo 12, serve de *locus* para essa "Cláusula Geral de Tutela da Personalidade" ao dispor, *verbis*:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Também James Eduardo Oliveira[33], nesta mesma esteira escreveu:"O Código Civil, embora se ocupe do regramento de apenas alguns direitos da personalidade, tem no seu art. 11 uma espécie de cláusula geral que acolhe em seu seio todos os direitos dessa natureza previstos no ordenamento jurídico vigente. Representa a mediação normativa, no plano infraconstitucional, de princípios e postulados que a Lei Maior encarregou-se de trazer para o direito positivo como direitos fundamentais. Pode-se dizer, pois, que todos os direitos da personalidade encontram-se aninhados na cláusula geral do artigo 11 do Código Civil".

Assim dispõe o art. 11 do Código Civil, *verbis*:

> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy[34]menciona que:

---

[32] MATTIA, Fabio Maria de. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*. Revista Forense, v. 262, n. 898/900, abr./jun. 1978, p. 79-88.

[33] OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil comentado e anotado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 64.

[34] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 19.

> no Brasil, mercê de igual previsão do artigo 1º da Constituição Federal, tem-se admitido a adoção do conceito de um direito geral de personalidade, muito embora sua proteção se dê, não raro, pela tutela de bens específicos, como a honra, a intimidade, a imagem da pessoa, entre outros, bem assim apesar de, em doutrina, no mais das vezes vir sendo abraçada sistemática de verdadeira tipologia dos direitos da personalidade. Vale lembrar, a propósito, que o novo Código Civil, cujo projeto elaborado sob a presidência de Miguel Reale, em capítulo específico (Capítulo II do Livro 1), intitulado "Dos Direitos da Personalidade", apesar disso não chegou a elencar, enumerando de forma taxativa os direitos da personalidade, prevendo a genérica tutela a qualquer desses direitos, na eventualidade de violação (art. 12), apenas mencionando, de maneira individual, o direito ao próprio corpo, vivo ou morto (art. 13/15), o direito ao nome (art. 17), o direito à imagem (art. 20) e o direito à privacidade (art. 21).

Também Gustavo Tepedino[35] defende que a opção da Constituição Federal pela dignidade da pessoa humana como fundamento da República, mas não só isso, como também os objetivos sociais (de promoção da igualdade e distribuição de renda), além da vedação da exclusão de quaisquer dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º - tidos como cláusulas pétreas – são circunstâncias jurídicas que levam à conclusão de que aí está o *locus* de previsão do nosso direito geral da personalidade, chamado pelo autor de "cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana".

[35] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 48.

CAPÍTULO 2 – CLASSIFICAÇÕES E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

§ 8. Classificações dos Direitos da Personalidade

Muitas foram as tentativas de classificação dos diversos direitos da personalidade pela doutrina[36] sendo importante citar a classificação trazida por Antônio Chaves[37], que os divide em direito: a) à honra; b) ao nome; c) à própria imagem; d) à liberdade de manifestação de pensamento; e) à liberdade de consciência e de religião; f) à reserva sobre a própria intimidade; g) ao segredo e h) direito moral do autor.

De Cupis[38], para tratar os direitos da personalidade em espécie, abre um capítulo com o nome de *IL DIRITTO ALLA VITA E IL DIRITTO ALL'INTEGRITÀ FISICA* (o direito à vida e o direito à integridade física), separando esses dois direitos em seções diferentes do capítulo; o capítulo seguinte denomina *IL DIRITTO SULLE PARTI STACCATE DEL CORPO UMANO E IL DIRITTO SUL CADAVERE UMANO* (o direito sobre partes destacadas do corpo humano e o direito sobre o cadáver humano); o capítulo seguinte é *IL DIRITTO ALLA LIBERTÀ* (o direito à liberdade), com uma seção separada para *IL DIRITTO ALLA LIBERTÀ SESSUALE* (o direito à liberdade sexual); em seguida, o capítulo *IL DIRITTO ALL'ONORE E IL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA* [o direito à honra e o direito à privacidade] (este último dividido em *DIRITTO ALL'IMMAGINE, ALTRE MANIFESTAZIONI DEL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA* [direito à imagem, outras manifestações do direito à privacidade] e *DIRITTO AL SEGRETO* [direito ao segredo]), depois *DIRITTO ALL'IDENTITÀ PERSONALE O IL NOME PATRONIMICO* (direito à identidade ou ao nome patronímico) e, por fim, *IL DIRITTO MORALE DELL'AUTORE* (o direito moral de autor).

Em seu MANUALE, Francesco Messineo[39] trata dos Direitos da Personalidade em espécie – *SINGOLI DIRITTI DI PERSONALITÀ* (direitos da personalidade em espécie) –

---

[36] A esse respeito leia-se o importante trabalho de Walter Moraes, no verbete *Direito da Personalidade, in Enciclopédia Saraiva do Direito*. FRANÇA, Rubens Limongi(coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 26, p. 30 e ss.

[37] CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil. Parte geral*. São Paulo: Bushatsky/USP, 1972, v. 3, p. 167

[38] DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*, *cit*.

[39] MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 9ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, v. secondo, p. 7 e ss.

em dois capítulos distintos: § 50 – *IL DIRITTO AL COGNOME (NOME PATRONIMICO)* (o direito ao sobrenome – nome patronímico), *AL PRENOME, ALLO PSEUDONIMO, AL PREDICATO NOBILIARE, ALL'EMBLEMA* (ao prenome, ao pseudônimo, ao título nobiliárquico, ao brasão) e no § 51 – *DIRITTO SUL PROPRIO CORPO; DIRITTO ALL'IMAGINE, ALL'ONORE, ALLA RISERVATEZZA, AL DECORO; DIRITTO SULLE LETTERE MISSIVE; DIRITTO AL SEGRETO EPISTOLARE; DIRITTO PERSONALE DI AUTORE* (direito sobre o próprio corpo, direito à imagem, à honra, à privacidade, ao decoro, direito sobre a correspondência, direito ao sigilo da correspondência, direito pessoal de autor).

Entre nós, é digna de nota a classificação composta por Rubens Limongi França[40], que defende, a despeito de haver um certo traço comum entre todos os direitos da personalidade – o de serem todos "direitos privados da personalidade" – aspectos distintos e determinados dessa mesma personalidade abrangidos pelos diferentes direitos, de forma que estes devam ser, em primeiro lugar, agrupados de acordo com os aspectos a que cada um concerne, ou seja: a) direito à integridade física, b) direito à integridade intelectual e c) direito à integridade moral. Dessa forma, foi este o rol de direitos privados da personalidade apresentado por Limongi França, com as advertências de (i) tratar-se de um elenco em estado embrionário e sem pretensões definitivas e (ii) de que a lista não é estanque, ou seja, os direitos podem participar de mais de um grupo:

A) Direito à integridade física:
a) direito à vida e aos alimentos;
b) direito sobre o próprio corpo, vivo;
c) direito sobre o próprio corpo, morto;
d) direito sobre o corpo alheio, vivo;
e) direito sobre o corpo alheio, morto;
f) direito sobre as partes separadas do corpo, vivo;
g) direito sobre as partes separadas do corpo, morto.

B) Direito à integridade intelectual:
a) direito à liberdade de pensamento;
b) direito pessoal de autor científico;
c) direito pessoal de autor artístico;
d) direito pessoal de inventor.

C) Direito à integridade moral:
a) direito à liberdade civil, política e religiosa;
b) direito à honra;
c) direito à honorificência;
d) direito ao recato;
e) direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional;

[40] FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade – I*, *in Enciclopédia Saraiva do direito*, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), v. 28, São Paulo: Saraiva, 1977, p.140 e ss.

f) direito à imagem;
g) direito à identidade pessoal, familiar e social.

Com relação a esta última categoria, a do **direito à integridade moral**, que é a que mais importa ao tema objeto do presente trabalho por ser o que entra em colidência frequente com a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, o autor fez a seguinte observação: "no que tange ao direito à integridade moral, distinguimos o direito à honra, cujo objeto são os valores morais da pessoa, do direito à honorificência, cuja matéria é o reconhecimento público desses valores (títulos, medalhas, comendas). Por outro lado, um dos aspectos mais relevantes do direito ao recato é o direito sobre a estória da própria vida, objeto que tem sido de importantes pronunciamentos dos tribunais italianos e franceses".

§ 9. Características dos Direitos da Personalidade

Muitos são os atributos que se pode reconhecer como tendo em comum todos os Direitos da Personalidade e muitos autores – alguns veremos aqui – se ocuparam de catalogar tais características, no entanto, partindo do elemento mais presente em todos os conceitos forjados para os Direitos da Personalidade, tem-se que a **essencialidade** é o atributo primeiro e mais característico do instituto. Eles são essenciais à pessoa e, apenas como corolário do fato de serem direitos essenciais, são considerados **inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis**.

Ora, se deles a pessoa não pode prescindir por fazerem parte de sua essência, decorre daí a impossibilidade dela alienar um direito da personalidade, a ele renunciar ou sofrer a prescrição com relação a seu exercício. No entanto, definir o exato alcance dessas limitações é que constitui o grande problema a ser enfrentado pelos estudiosos do tema.

Caso emblemático relacionado às inalienabilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade foi o do anão francês Manuel Wackenheim que protagonizou o polêmico caso do "arremesso de anão", até hoje usado como objeto de estudo nos cursos de Direito ao redor do Mundo. Este sujeito de apenas 1,14 m (um metro e quatorze centímetros) passou a ganhar a vida, depois de muito lutar contra o desemprego e as dificuldades impostas pelas suas limitações físicas, sendo arremessado – com os devidos equipamentos de segurança – contra um colchão inflável, para deleite de clientes de bares e clubes noturnos. A atração era designada *lancer de nain* (lançamento de anão) e mereceu questionamento das autoridades francesas por inusitada. Em primeiro lugar foi proibida pelo Prefeito de Morsang-sur-Orge, comuna da Cidade de Aix-en-Provence. Contra tal proibição se insurgiu o anão Manuel, que

passou a ser privado de seu sustento, em Recurso à Corte Administrativa de Versailles. Este órgão administrativo deu provimento ao recurso de Manuel, anulando a proibição municipal por reconhecer não haver afronta à ordem, à saúde pública ou à segurança. Desta feita, foi o prefeito quem apelou ao Conselho de Estado Francês – órgão decisório máximo acerca de questões administrativas daquele País – e este proveu o recurso por considerar que a atividade era atentatória à dignidade da pessoa humana.

Esgotada a jurisdição na França, Manuel Wackenheim ganhou notoriedade internacional quando levou seu caso ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, por entender que seus direitos mais fundamentais, que eram (i) o de trabalhar e obter o seu sustento, (ii) sua liberdade e (iii) sua privacidade é que estavam sendo violados a partir da decisão do Conselho de Estado Francês, configurando tal decisão, inclusive, um ato discriminatório em face dos portadores de nanismo. O reclamante não foi atendido pelo Comitê das Nações Unidas, que concordou com as razões manifestadas pelo Conselho de Estado Francês e desconsiderou a alegação de discriminação aos portadores de nanismo. Ou seja, permaneceu proibida a prática do lançamento de anão e permaneceu sem emprego o anão que não se sentia atingido em sua dignidade pessoal e que anuira desde sempre em participar da atividade (e também sem ter nunca corrido risco efetivo sua incolumidade física).

Como era de se esperar, o caso despertou e ainda desperta grande controvérsia por **obrigar** alguém a ter de ver respeitado o seu direito, enquanto este titular do direito não o reputa violado.

Tecendo comentários acerca deste caso e oferecendo um panorama histórico bastante interessante da evolução dos direitos subjetivos, até se chegar à construção da irrenunciabilidade "para proteger o homem de si mesmo" e de sua "concordância, manifestada através de sua sagrada liberdade, com abusos em face de seus direitos humanos", Anderson Schreiber[41], em seu "Direitos da Personalidade", traz questionamentos que valem a pena transcrever aqui:

> Sua vontade não foi atendida. Wackenheim foi impedido pela ordem jurídica de ser arremessado 'profissionalmente' de um lado a outro. O lançamento de anão não foi proibido porque causava prejuízo a outras pessoas, mas porque prejudicava, segundo as autoridades francesas, o próprio Wackenheim. Sua vontade, vale dizer, não violava direito alheio, violava direito próprio. Mas, afinal, pode alguém violar o seu próprio direito? Pode o direito de alguém ser protegido *contra* a sua vontade? Pode a ordem jurídica proibir alguém de fazer alguma coisa que não prejudica

[41] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 2

> qualquer um senão o próprio sujeito? Tal proibição não violaria, ela mesma, o direito fundamental de cada pessoa à sua liberdade, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão define como o direito de 'fazer tudo o que não prejudique o próximo'?

A explicação quanto a esta radicalização que chega às raias de promover a proteção do homem contra ele próprio, ou seja, de proteger o direito contra seu próprio titular, está no fato de que o Estado Liberal pós Revolução Industrial permitia aos trabalhadores, no uso de sua liberdade de auto determinar-se - e reconhecendo a primazia do *pacta sunt servanda* – anuir com condições degradantes de trabalho, com jornadas estafantes ou com remunerações indignas. Todas essas aberrações eram lícitas enquanto compreendidas como renúncias voluntárias a direitos. Chegou-se, portanto, à construção de um sistema de direitos que, **por sua essencialidade**, não se prestariam a renúncia ou alienação voluntária ou à prescrição quanto a seu exercício.

Há quem defenda[42] que embora inalienável, a nomenclatura "indisponível", também muito usual, devesse sofrer revisão, porquanto o seu titular pode dispor do direito da personalidade, só não podendo *privar-se* dele. Na verdade, o limite desta disposição e até da parcial e temporária renúncia a alguns dos direitos da personalidade são tema empolgante e ainda muito discutido. O direito à imagem é direito da personalidade, mas seu titular pode negociá-lo, desde que não com caráter de perpetuidade, no âmbito de contratos de publicidade, por exemplo. Também o direito às partes separadas do próprio corpo é direito da personalidade, mas não é posta em dúvida a possibilidade de alienar algumas delas, como ocorre, *v.g.*, com a venda de cabelo, doação de sangue ou de um rim em vida ou ainda de todos os demais órgãos e tecidos para depois da morte.

Para além de essenciais (e, portanto, inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis), diz-se dos direitos da personalidade ser *absolutos*. Tal atributo não quer dizer que eles não encontrem qualquer limitação, pois, nessa acepção de *absoluto*, já não se concebe, hodiernamente, a existência de nenhum direito. Esta admoestação já foi feita, inclusive por Gilberto Jabur[43], ao afirmar: "direitos *absolutos* ou *irrestritos* são, tecnicamente, desconhecidos no mundo moderno. Até a vida encontra empeço circunstancial, previsto na própria Constituição Federal (arts. 5º, XLVII, *a*, e 84, XIX)". Aqui se entende

---

[42] MORAES, Walter. *Direito da personalidade in Enciclopedia Saraiva do direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), v. 26. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 29.

[43] JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 69

absoluto no sentido de oponível *erga omnes*, ou seja, não-relativo. Não é direito que se exerça apenas em face de um devedor, como ocorre nas relações jurídicas obrigacionais, mas sim em face de um "sujeito passivo universal", vale dizer, se exerce em face de toda a coletividade que se obriga a reconhecer e respeitar a titularidade da pessoa sobre seus direitos da personalidade, abstendo-se de invasões ou ataques a esta esfera personalíssima (dos atributos essenciais da pessoa) de cada um.

Para Arturo Valencia Zea[44]são características dos **direitos da personalidade**, que ele entende como sinônimos de **direitos humanos**: a) serem direitos absolutos, pois seu respeito se impõe a todos; cada qual se encontra obrigado a respeitar a vida, corpo, honra, etc., das demais pessoas. Seu respeito se impõe ao próprio Estado, o qual não pode fazer outra coisa senão exigir seu respeito e garantí-los; b) serem atribuídos a todas as pessoas, configurando-se a partir do nascimento destas, não exigindo quaisquer outras condições para existir a não ser a própria existência da pessoa a que aderem (esta a razão de o autor não classificar como direito da personalidade o **direito moral de autor** ou **de inventor**, pois estes pressupõem o ato da criação ou invenção); c) estarem fora do comércio e não serem suscetíveis de apreciação em dinheiro, em sua maioria; ninguém poderia dispor da vida, do seu corpo ou de partes integrantes dele, de sua honra ou de seu nome, no entanto, alguns direitos da personalidade podem ter determinado conteúdo patrimonial, como acontece, por exemplo, com o direito à própria imagem.

---

[44] ZEA, Arturo Valencia. *Derecho civil; parte general y personas*. Bogotá: Ed. Themis, 1974, tomo 1, pp. 459-460. Nas palavras do autor: *"a) Son derechos absolutos, pues su respeto se impone a todos; cada cual se encuentra obligado a respetar la vida, cuerpo, honor, etc., de las demás personas. Su respeto se impone al propio Estado, el cual no puede hacer otra cosa sino exigir su respeto y garantizarlo él mismo. Es más: la propia persona titular de los derechos humanos o de la personalidad, tiene el deber jurídico esencial de respetarlo. En esto se diferencian en forma aguda de todos los demás derechos, pués una persona puede no querer conservar su derecho de propriedad, sus créditos; en cambio, toda persona está obligada a conservar y respetar sus propios derechos humanos, en el sentido de que nadie puede atentar contra su vida, su cuerpo, su salud, su honor, etc. Bien se puede decir que estos derechos parten de la persona configurados como un poder de voluntad y regresan a la misma en su condición de un deber esencial de conservación. b) Los derechos humanos o de la personalidad pertenecen a toda persona, y comienzan a existir desde que ella nace. No exigen más condición para existir que la misma existencia de la persona a la cual adhieren. Por este motivo, no debe considerarse como derecho de la personalidad el recientemente denominado derecho moral de autor o de inventor, pues este derecho requiere un acto de creación o de invención, motivo por el cual no es común a todo ser humano. La mayoría de estos derechos terminan con la muerte del titular (la vida, la salud, la integridad física), pero otros tienen la virtud de prolongar sus efectos más allá de la vida de una persona, por ejemplo, el honor, pues nadie está autorizado para atacar el honor de las personas muertas. c) La mayoría de los derechos humanos o de la personalidad se encuentran fuera del comercio y no son susceptibles de ser avaluados en dinero. Nadie puede disponer de su vida, de su cuerpo o de las partes integrantes del mismo, de su honor, del nombre y apelido, etc. Sin embargo, algunos derechos tienen determinado contenido patrimonial, como sucede con el derecho que recae sobre la propia imagen, sobre la voz humana, etc."*

Segundo Antônio Chaves, em seu "Lições de Direito Civil"[45]essas características serão: a) são direitos originários ou inatos, por se adquirirem pelo simples nascimento; b) são, em princípio, direitos subjetivos privados, correspondendo aos indivíduos como simples seres humanos; c) são absolutos ou de exclusão, tendo em vista sua oponibilidade *erga omnes*; d) são pessoais, isto é, extrapatrimoniais; e) são intransmissíveis e não suscetíveis de disposição pelo titular e f) são irrenunciáveis e imprescritíveis.

Carlos Alberto Bittar[46], em seu pioneiro "Os Direitos da Personalidade", sobre os caracteres desses direitos especiais, escreveu que:

> Os próprios autores de inspiração positivista conceituam os direitos da personalidade como direitos absolutos, embora no sentido em que defendem.
> Com efeito, esses direitos são dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz à pessoa humana, em função de possuir, como objeto, os bens mais elevados do homem. Por isso é que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial. Daí, são, de início, direitos intransmissíveis e indispensáveis, restringindo-se à pessoa do titular e manifestando-se desde o nascimento (C. Civil, art.4º).
> Constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes, como tem assentado a melhor doutrina.
> São os direitos que transcendem, pois, ao ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos na própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis *de lege lata*, pelo Estado, ou pelos particulares.

Já para Jean Carbonnier[47]os elementos distintivos dos direitos da personalidade seriam os seguintes: a) são direitos gerais, pois pertencem a todas as pessoas; b) são extrapatrimoniais e c) são direitos absolutos, porquanto oponíveis *erga omnes*.

Não diferem muito do conjunto examinado até aqui as características apontadas por Alberto Trabucchi, nas suas "Istituzioni di Diritto Civile"[48]: a) direitos não-patrimoniais; b) direitos absolutos; c) direitos inalienáveis; d) direitos intransmissíveis; e) direitos imprescritíveis e f) direitos irrenunciáveis.

---

[45] CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil; parte geral*. São Paulo: Bushatsky/USP, 1972, v. 3, p. 168

[46] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 11

[47] CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: PUF, 1969, v. 1, p. 246

[48] TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 13ª edizione, Padova: CEDAM, 1962, p. 91

Messineo[49] resume as características dos direitos da personalidade como sendo: a) absolutos (implicam para os terceiros, um dever geral de abstenção); b) indisponíveis; c) intransmissíveis aos herdeiros; d) irrenunciáveis; e) não-suscetíveis de aquisição por usucapião; f) imprescritíveis; g) inexpropriáveis; h) não redutíveis a apreciação pecuniária; i) alguns são imodificáveis em seu conteúdo; j) são adquiridos pelo simples fato de o titular ser "pessoa" e k) quase todos nascem e se extinguem, *ope legis*, com a pessoa.

Interessante a crítica feita por Paolo Vercellone[50]à repetição mecânica feita pela doutrina italiana até então das características dos direitos da personalidade como sendo todos eles *inatos*, *indisponíveis* e *intransmissíveis*: "na doutrina se pretende afirmar que características comuns dos direitos da personalidade são o fato de serem todos inatos, indisponíveis e intransmissíveis no caso de morte. Também estas afirmações, que se repetem frequentemente, de um autor ao outro, sem qualquer ponderação ou aprofundamento, deveriam ser reconsideradas e redimensionadas".

Quanto à afirmação de serem inatos os direitos da personalidade, opõe o então professor livre docente da Universidade de Torino o fato de que alguns desses direitos surgem de forma não contemporânea ao nascimento de seus titulares, mas ao depois, e apenas eventualmente, a depender de outros fatos. Tome-se como exemplo o direito moral de autor, que só surgirá quando seu titular criar obra protegida. Alega o autor que, no que respeita ao direito à honra, provavelmente seu surgimento está subordinado ao atingimento por parte do titular de um mínimo de maturidade psíquica que o torne capaz de ser sensível às eventuais ofensas perpetradas, afastada assim a ofensa à honra do recém-nascido, por exemplo, recaindo aquela sobre a dos pais.

---

[49] MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, volume secondo, p. 4. Tradução livre de: *Di qui, le caratteristiche dei diritti di personalità; i quali, sebbene non reali, sono tutti assoluti (implicano per i terzi, un dovere generale di astensione: nel che si concreta il rispetto e la salvaguardia di ordine privatistico di essi); e sono anche indisponibili, intrasmissibili all'erede (benchè comunicabili: retro, § 12, n. 3), irrinunziabili, non-suscettibili di acquisto per virtù di possesso (anche continuato), imprescrittibili, inespropriabili e non-suscettibili di stima pecuniária (taluni sono imodificabili nel contenuto). Essi si acquistano, per il fatto stesso di essere soggetto di diritti (persona); e quasi tutti nascono e si estinguono, ope legis, con la persona*.

[50] VERCELLONE, Paolo. *Diritti della personalità*, *in*, *Novissimo digesto italiano*, Terza edizione, Torino: UTET, 1957, v. XII, p. 1.086 e ss. Tradução livre de: "*in dottrina si suole affermare che caratteristiche comuni dei diritti della personalità sono l'essere essi tutti innati, indisponibili, intrasmissibili a causa di morte. Anche queste affermazioni, che spesso si ripetono da un autore all'altro senza controlo od approfondimento, dovrebbero essere riconsiderate e ridimensionate".*

Prossegue o autor explicando que, se o intento de qualificar os direitos da personalidade como *inatos* foi para realçar sua essencialidade, impõe-se uma graduação necessária entre os diversos direitos em espécie, pois, se é verdade que é *essencial* ao homem ser livre, íntegro e protegido de ofensas à sua honorabilidade, não é talmente deletério para a sua condição de *pessoa* o desrespeito consistente em reproduzirem de forma alterada uma sua comédia para veiculá-la como obra cinematográfica.

Da mesma forma, critica a afirmação apriorística quanto à *indisponibilidade* generalizada dos direitos da personalidade. Diz o autor: "uma regra geral, de fato, não existe. Por exemplo, é opinião comum que nem mesmo o consenso do titular possa tornar lícita uma grave lesão ao corpo de alguém; que, em matéria de ofensas à honra, o consenso, ao contrário, descriminalize a conduta, mas que não dê validade a um negócio jurídico que tenda a obrigar o promitente a suportar futuras ofensas; que obrigações de pactos sejam válidas em relação a comportamentos que lesem o direito à privacidade; enquanto que, de parte de alguns autores, já se sustentou haver verdadeiros negócios jurídicos de disposição em relação ao direito à própria imagem"[51].

No que tange à alegada intransmissibilidade *mortis causa* dos direitos da personalidade, a crítica que se faz vai no sentido de que: se à pessoa sobrevivem o seu nome, a sua honra, e, inclusive, incorporados em objetos materiais, a sua imagem estampada em retratos, a sua voz gravada em disco, suas obras intelectuais protegidas. Ora, seria lícito dizer que a proteção a esse nome, a essa imagem, etc, se extinguiriam com a morte de seu titular? Não se poderia falar de uma verdadeira sucessão de direitos, mesmo que regulada de forma distinta da sucessão patrimonial? Afirma Vercellone que se fosse verdade, como muitos afirmam, que, na verdade, o direito dos parentes do falecido de opor-se às ingerências de terceiros seja um direito separado da tutela da personalidade desses mesmos parentes, e, em particular, de seu sentimento de afeto pelo falecido, dever-se-ia então considerar ineficazes após a morte do titular os atos de disposição do direito eventualmente praticados ainda em vida do primeiro interessado; seriam, de fato, atos de disposição relativos a um direito distinto daquele dos quais vêm a ser titulares os parentes supérstites. Mas essa conclusão, mesmo

---

[51] Tradução livre de: *Una regola generale, infatti, non esiste. Ad. es., è opinione comune che nemmeno il consenso dell'avente diritto renda lecita una grave lesione al corpo altrui; che in materia di offese all'onore, il consenso, invece, scrimini, ma che non dia vita ad un valido vinculum iuris un negozio che tenda ad obbligare il promittente a tollerare future offese; che obbligazioni di pati siano valide in relazione a comportamenti che ledano l'interesse alla riservatezza; mentre da parte di alcuni si è anche sostenuto potersi avere dei veri e propi negozi di disposizione in ordine al diritto al proprio ritratto*.

logicamente inevitável, causa muita perplexidade, pois nos casos de atos de disposição com caráter definitivo, como a autorização para inserir o próprio nome numa razão social ou a própria imagem numa marca industrial, seria muito estranho que os parentes sobreviventes pudessem se opor àquela utilização que o falecido houvera definitivamente autorizado em vida. E também quando se tratasse de meros consentimentos revogáveis *ad nutum*, não parece lógico admitir que o destinatário do consentimento deva, com a morte do titular do direito, pedir novamente o consenso ao titular do **novo e diverso** direito. Natural seria entender que apenas a explícita revogação do consentimento por parte do novo titular do direito possa tornar ilícito o que antes era admitido. À toda evidência quer parecer ao autor ter havido transmissão *mortis causa* do direito de personalidade do titular.

CAPÍTULO 3 - PARALELISMO ENTRE DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS

Embora haja distinção estrutural entre os direitos *privados* da personalidade e os direitos *públicos* fundamentais, há muitos pontos de conexão entre eles e até momentos de sobreposição. Devemos os intérpretes encontrar os meios de relacioná-los, independentemente de sotoposição ou subordinação de um a outro (mas sim de coordenação), ou, no dizer preciso de José de Oliveira Ascensão[52]: "o progresso não está na absorção de um pelo outro, mas na sua coordenação em fórmulas sucessivamente mais perfeitas".

Diz em seu artigo, aqui já citado, Maurício Mazur[53], acerca das similitudes e do afastamento simultâneos entre os dois institutos:

> Mas a inegável atribuição histórica da tutela geral da personalidade ao direito civil não pode ser ignorada nem menosprezada numa investigação científica que se pretenda fiável. A origem dos direitos civis de personalidade remonta ao direito antigo grego e romano, enquanto que os direitos fundamentais tutelares de bens da personalidade são figuras jurídicas modernas. A tutela da personalidade pelo direito constitucional aproveita-se, nesse contexto, da longa evolução do direito civil. A fonte imediata dos direitos de personalidade é, inegavelmente, o Código Civil, não a Constituição.

Vê-se, portanto, que o grande elemento de afastamento entre os dois institutos é o *locus* onde tratados: pelo direito civil os direitos privados da personalidade e pelo direito constitucional os direitos públicos fundamentais. Estes últimos constituem-se em situações jurídicas dos particulares perante o Estado que, ao proteger poderes e esferas de liberdade de seus titulares, acabam por assegurar *também* alguns bens da personalidade.

Há, como já dito, alguma sobreposição, embora não haja coincidência total entre uns e outros. Rabindranath Capelo de Souza[54]adverte que, embora a Constituição Portuguesa tenha preordenado todo o ordenamento ao respeito à dignidade da pessoa humana, além de ter alargado a constitucionalização dos direitos da personalidade: nem todo direito da

---

[52] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral - uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 285

[53] MAZUR, Maurício. *A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, in* MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, p. 26-27

[54] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 30

personalidade constitui direito fundamental e, do mesmo modo, nem todo direito fundamental é direito da personalidade.

Muitas são as consequências práticas da positivação constitucional dos direitos da personalidade, mas merecem destaque as quatro elencadas por Mazur[55], em virtude de sua intensidade: (i) tornam-se "realidades jurídicas operativas", abandonando o *status* de meras proposições políticas ou morais; (ii) passam a ser garantidos contra a eventual ingerência sobre seu conteúdo por parte do legislador infraconstitucional; (iii) "vinculam diretamente todos os poderes públicos" (parâmetro de decisões dos três poderes) e (iv) passam a dispor de "um conjunto de instrumentos sancionatórios que vão desde os mecanismos de fiscalização de constitucionalidade até a presença de meios específicos de tutela" constitucional. Mas o autor faz uma admoestação quanto à constitucionalização do direito civil, tendo-a por perigosa, nos seguintes termos:

> a constitucionalização do direito civil é uma grave e recorrente ameaça à liberdade e à autonomia das relações privadas que se ampara na ideia equivocada de uma grande proximidade entre o direito civil e a Constituição. Ora, as garantias constitucionais apenas traduzem o reconhecimento estatal de uma ordem jurídico-privada, sem causar impacto autônomo em seu conteúdo. Nem mesmo o detalhado catálogo dos direitos fundamentais é capaz de criar uma ordem acabada e fechada que permita inferir a regulação civil. O primado material das relações privadas é todo do direito civil, que se distancia da constituição política e atua como um desenho da constituição social.

Com o fito de mitigar os possíveis conflitos surgidos a partir da aplicação das normas constitucionais sobre o direito civil, são necessárias algumas operações de adaptação, pois que a mera transplantação de normas públicas para relações de direito privado sem qualquer clivagem gera efeitos indesejados como a *publicização* de relações entre particulares, impondo-lhes restrições originalmente pensadas para limitar a ação do Estado sobre o cidadão e não para limitar a autoregramento privado – no dizer preciso de Pontes de Miranda, em substituição à expressão "autonomia da vontade" - deste último.

Os direitos fundamentais podem atuar concretamente tanto no âmbito privado quanto no público, gerando restrições, desde que, no entanto, observe certos limites balizadores dessa interação. Àquele que limitar voluntariamente um seu direito através de pacto no âmbito privado não é lícito, ao depois, invocar norma constitucional que venha a

---

[55] MAZUR, Maurício. *A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, in* MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, p. 33

sobrepor-se a sua vontade livremente manifestada, no sentido de livrá-lo de alguma obrigação assumida. A não ser, é óbvio, que a limitação a direito fundamental tenha sido de tal monta que se tenha tornado incompatível com a essencialidade dos direitos da personalidade. É essa a operação de "harmonização" entre as normas constitucionais e aquelas de direito privado que se faz necessária sob pena de, no dizer de Mazur[56], "a vida jurídico-privada, para além das incertezas derivadas do caráter muito genérico dos preceitos constitucionais", conhecer uma "extrema rigidez, inautenticidade e irrealismo".

Gilberto Jabur afirma que seria uma incorreção apontar a identidade entre os direitos humanos e os direitos personalíssimos, em face de todas as razões já aqui expostas, "mas atribuir-lhes semelhante gênese e conteúdo, encarecendo a distinção de destinatários – definida em função da qualidade do agente – aproxima-se da realidade". Para o autor os direitos da personalidade seriam uma projeção dos direitos fundamentais entre particulares e "não, propriamente, uma esfera ou ramo daqueles, o que demandaria, além da diversidade de destinatário, descoincidência de substância"[57].

Para Carlos Alberto Bittar[58], no entanto, dá-se a divisão entre os institutos de maneira diferente. Ele primeiro agrupa como "direitos que o ser humano tem em face de sua própria condição", inatos, naturais e anteriores ao Estado, (i) os "direitos do homem" ou "direitos fundamentais" e (ii) os "direitos da personalidade". A sutil diferença detectada entre os dois subgrupos seria o foco ou intenção primordial da proteção: enquanto o primeiro se voltaria a proteger o indivíduo contra o Estado[59] (direito à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade; são alguns dos exemplos trazidos pelo autor), o segundo foca pelo ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens (e aqui cita como exemplos: "direito à honra; ao nome; à própria imagem; à liberdade de manifestação de pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo; e ao direito moral de autor, a par de outros").

---

[56] MAZUR, Maurício. *A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, in* MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, p. 43

[57] JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 81

[58] Bittar, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 22-24

[59] Em que pese a afirmação do autor de que tais direitos são "os direitos naturais, ou natos, impostergáveis, *anteriores ao Estado*, e inerentes à natureza livre do homem"

De forma apartada deste primeiro grupo, trata o autor das "liberdades públicas" – que seriam o que neste capítulo estamos tratando como **direitos fundamentais** – que, no plano técnico-jurídico se distinguiriam pelas seguintes razões:

> Assim é que a doutrina – principalmente na França – distingue os direitos da personalidade das liberdades públicas, como institutos diversos, quanto ao plano e quanto ao conteúdo. As liberdades públicas distanciam-se dos direitos do homem, com respeito ao plano, pois, conforme se expôs, os direitos inatos ou direitos naturais situam-se acima do direito positivo e em sua base. São direitos inerentes ao homem, que o Estado deve respeitar e, através do direito positivo, reconhecê-los e protegê-los. Mas esses direitos persistem, mesmo não contemplados pela legislação, em face da noção transcendente da natureza humana. Já por liberdades públicas, entendem-se os direitos reconhecidos e ordenados pelo legislador: portanto, aqueles que, com o reconhecimento do Estado, passam do direito natural para o plano positivo.
> Com respeito ao conteúdo, evidencia-se a diferença pela paulatina inserção de novas categorias de direitos no conceito de liberdades públicas. Às relações de direito do homem têm sido juntadas prestações positivas, impostas ao Estado e que configuram outros direitos essenciais além da liberdade e cujo reconhecimento se deve à própria natureza humana. São os direitos relativos à segurança material, à proteção à saúde, o direito ao emprego remunerado e ao desenvolvimento intelectual, o acesso ao ensino, à cultura e à informação, que outorgam ao titular não um poder de livre opção ou ação, mas um poder contra a sociedade, para exigir-lhe prestações positivas, como na criação de serviços públicos especiais.

Assim, entende o autor que os direitos humanos (que fazem parte do grupo dos direitos da personalidade) têm sua existência independente de positivação no ordenamento, porquanto inerentes à natureza humana, sendo, por isso, superiores às liberdades públicas. Eles "pairam acima do ordenamento positivo e do próprio Estado, pois encontram a sua raiz no próprio direito natural".

Na prática, quando a jurisprudência faz menção à proteção dos institutos sob comento, não se ocupa de aprofundar em distinções teóricas entre as liberdades públicas, os direitos da personalidade e os direitos humanos, Tome-se como exemplo esse excerto de um voto de lavra do eminente ministro Carlos Velloso[60]:

> É nesse contexto que se insere a Constituição brasileira de 1988, que, antes de cuidar da organização do Estado, preocupou-se em estabelecer princípios fundamentais, deixando expresso que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em seguida, no art. 5º, proclama os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos políticos, os direitos sociais e os interesses difusos e coletivos, aqueles no plano interno e internacional. Esses direitos, de 1ª, 2ª e 3ª geração,

[60] HC 82.424-2/RS, j. 17.09.2003, fls. 681

> espalham-se na Constituição, certo que são três as vertentes dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: a) estão escritos na Constituição, b) decorrem do regime e dos princípios por ela adotados – direitos implícitos – e c) estão nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (C.F., art. 5º, § 2º).

Para José Cretella Júnior, em seu "Curso de Liberdades Públicas"[61], liberdade pública é "todo direito subjetivo público de autodeterminação, individual ou coletivo, declarado expressamente pelo Direito Positivo, reconhecido e garantido pelo Estado, mediante o qual o respectivo titular opta livremente por modos de agir, dentro de limites previamente fixados por normas jurídicas constitucionais ou infraconstitucionais vigentes".

Na França, reconhecida a importância do instituto das Liberdades Públicas, com a Reforma Universitária ultimada em 1962 incluiu-se no programa da licenciatura em Direito, no terceiro ano do curso, disciplina com esse nome – já lecionada naquele País, portanto, há 56 anos!

[61] CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 43-44

CAPÍTULO 4 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Cumpre aqui, em primeiro lugar, fazer um corte epistemológico de forma a deixar claro o objeto de nosso estudo no presente trabalho. Sempre que mencionamos, a partir do título, e sempre que mencionarmos adiante **Liberdade de Expressão**, o fazemos no sentido lato (*lato sensu*), que compreende, de forma ampla, a liberdade de manifestação do pensamento e da opinião (aí incluídas as produções do espírito, quer de natureza científica, literária, artística etc), bem como a liberdade de informação. Esta última, a **liberdade de informação**, no dizer do grande constitucionalista português Jorge Miranda[62] também comporta suas subdivisões: "...são três momentos ou atitudes diferentes: o direito de informar corresponde a uma atitude ativa; o de se informar a uma atitude simultaneamente ativa e passiva (obter informação para si próprio); e o de ser informado, a uma atitude passiva ou receptiva (obter informação de outrem)".

É importante tal advertência porque há nuanças entre as diferentes modalidades da Liberdade de Expressão *lato sensu*. Por exemplo, para invocar a proteção da **liberdade de informação** o autor da afirmação que colida com direito alheio deve provar a verossimilhança da informação veiculada – não a verdade absoluta, que é inatingível –, algo que não se exige, em absoluto de quem invoca sua **liberdade de expressão** por ter emitido um juízo de valor sobre alguém através de manifestação artística, por exemplo.

Já dizia em 1857, sobre a liberdade de pensamento, o Marquês de São Vicente, José Antônio Pimenta Bueno, em sua obra "Direito Publico Brazileiro e Analyse da Constituição do Imperio"[63]:"a liberdade do pensamento em si mesmo, emquanto o homem não manifesta exteriormente, emquanto não o comunica, está fóra de todo o poder social, até então é do domínio sómente do próprio homem, de sua intelligencia e de Deos. A sociedade, ainda quando quizesse, não tinha meio algum de penetrar nessa esphera intellectual, suas leis não chegão até lá".

---

[62] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 405, nota de rodapé

[63] PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito publico brazileiro e analyse da constituição do imperio*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857, p. 394

Mais adiante, o tratar do pensamento manifestado, este sim do interesse do mundo do Direito, diz o autor, *verbis*[64]:

> O homem porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Elle tem a viva tendencia e necessidade de expressar e trocar suas idéas e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar porque fôra para isso necessario dissolver e prohibir a sociedade.
> Esta liberdade é pois um direito natural, é uma expressão da natureza intelligente do homem.
> É todavia necessario que o uso della não perca os caracteres de direito, não seja alterado pelas paixões, pelo crime, que não se dirija a fazer o mal.

A Constituição Federal de 1988 insculpiu em seus artigos 5º, incisos IV, IX e XIV e artigo 220 os princípios da Liberdade de Expressão e Manifestação do Pensamento e da Liberdade de Informação (ou de Imprensa). Fê-lo, contudo, como também em relação a todos os outros direitos e garantias fundamentais, sem criar **direito absoluto** ou **ilimitado**.

Assim, trouxe, a par da garantia desses direitos e liberdades, as hipóteses de seu temperamento ante os eventuais danos causados às pessoas ou as exigências relativas às suas vidas privadas, honras e imagens.

Desse modo dispôs a Carta Magna, *verbis*:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> (...)
> IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
> (...)
> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

E, mais adiante, no art. 220:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

---

[64] Idem, p. 395

(...).

Infere-se muito claramente do texto constitucional que a liberdade de expressão e manifestação do pensamento e a liberdade de informação jornalística **em que pese de enorme amplitude** encontram único anteparo **a partir do exato mesmo dispositivo constitucional que as introduz** na vedação do anonimato e na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurados o direito de resposta proporcional ao agravo e a indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação (incisos IV, V e X).

Em toda a história constitucional do Brasil a liberdade de expressão e manifestação do pensamento foi sempre garantida. Cada uma das Cartas Políticas brasileiras dedicou um dispositivo a garantir esse direito fundamental:

> **CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1824**
> Art. 179, § 4º. Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura, contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar.
>
> **CONSTITUIÇÃO DE 1891**
> Art. 72, § 12. Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.
>
> **CONSTITUIÇÃO DE 1934**
> Art. 113, IX - Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.
>
> **CONSTITUIÇÃO DE 1937**
> Art. 122, XV – Todo cidadão tem o direito de manifestar seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.
> A imprensa regular-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios: a) a imprensa exerce uma função de caráter público; b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões

> taxadas em lei; c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente, nos jornais que o infamarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação; d) é proibido o anonimato; e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa; f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal; g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes quanto às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos.
>
> **CONSTITUIÇÃO DE 1946**
> Art. 141, § 5º. É livre a manifestação do pensamento, sem que se dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.
>
> **CONSTITUIÇÃO DE 1967 E EC Nº 1 DE 1969**
> Respectivamente Arts. 150, § 8º e 153, § 8º. É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença de autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem, ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações que forem contrárias à moral e aos bons costumes.

José Cretella Júnior[65] nos lembra que a liberdade de pensamento, em si mesma, nunca foi um problema para o direito, pois o ser humano pode pensar o que quiser e ninguém será punido pelo seu pensar (*nemo poenam cogitationis patitur*). Segundo o autor, o pensamento, mau ou bom, que pode interessar às religiões e à moral – que exaltam o primeiro e condenam o segundo – é estranho às cogitações do mundo jurídico. É o pensamento **transitivado**, ou seja, **manifestado**, que sai da mente do homem e chega aos demais, que interessa ao direito e é essa manifestação do pensamento, este ato de exteriorizá-lo o objeto

---

[65] CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, v. I, p. 204

da proteção constitucional, como liberdade pública fundamental. Em seguida, Cretella Jr. cita um trecho de rara clareza e bem ao estilo elegante de Carlos Maximiliano (Comentários à Constituição Brasileira de 1891, ed. de 1918, p. 710): "o pensamento é íntimo, simples função psíquica, incoercível. Dele faz uso até o encarcerado. O próprio indivíduo dificilmente o evita; cada um sente a tortura de uma ideia, que desejaria expungir do cérebro. Reivindica-se apenas a liberdade da *palavra*, que é a *expressão do pensamento*[66]".

Sobre a importância do direito à informação e à liberdade de comunicação, ensina o Professor Gustavo Bonato Fruet[67]que na qualidade de um princípio fundamental, conforme ensina René Ariel Dotti, a liberdade de comunicação é "a faculdade da pessoa de desenvolver as atividades relacionadas com o ato ou efeito de emitir, transmitir e receber mensagens por meio de métodos ou processos convencionados". Para o autor, entre as garantias fundamentais para a efetividade de tais direitos destacam-se as relativas à divulgação e à crítica, pois estas seriam garantias inerentes e impreteríveis ao exercício da atividade, *v. g*., dos meios de comunicação. Ele afirma que, em verdade, tais fenômenos devem ser também encarados como deveres impostos pelo Estado de Direito à imprensa, ao rádio, à televisão e aos demais meios de comunicação:

> Trata-se de uma valiosa contribuição para tornar factíveis os princípios de legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade dos atos administrativos, estabelecidos pelo artigo 37 da Constituição. Aliás, a censura pública (*libertas convinciandi*) é um dos traços marcantes da informação independente. Em determinadas circunstâncias, a imprensa livre não exerce apenas um direito, como também cumpre um dever imposto pela convivência democrática. De nada valeriam as garantias formalmente instituídas na Constituição e na lei se não houvesse mecanismos e hábitos compatíveis com a implementação de um regime que, efetivamente, garanta aos profissionais e colaboradores dos meios de comunicação, ao público destinatário e à sociedade em geral, as condições para que a informação seja praticada com liberdade e responsabilidade.

Desdobrando o conceito da liberdade de pensamento consagrada na Constituição Federal de 1988, leciona Pinto Ferreira[68]:

> O sistema democrático e jurídico-constitucional da liberdade de pensamento é básico e desdobra-se das seguintes maneiras: a) liberdade de consciência, compreendendo a liberdade de crença (direito de professar qualquer religião ou de ser ateu) e a liberdade de opinião (ou o direito de possuir convicções

---

[66] Idem, v. I, p. 206

[67] FRUET, Gustavo Bonato. *Direito à informação: limites entre informação, comunicação e democracia*. São Paulo: Atlas. 2012. p.189.

[68] FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 70

> próprias em matéria política ou filosófica); b) liberdade de exteriorização do pensamento, abrangendo a liberdade de culto (organização de movimentos religiosos, proselitismo, edificação de igreja e templo) e, além disso, a liberdade da palavra, imprensa, cátedra, ou aprendizagem científica, artística, literária.

Colhe-se do magistério de Paulo Gustavo Gonet Branco[69], ao tratar do conteúdo da liberdade de expressão, que a garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos "toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não".

Até porque, segundo Ulrich Karpen[70] "diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista".

Sobre os modos de expressão "é intuitivo associar uma controvérsia suscitada pelo uso da palavra num discurso ao tema da liberdade de expressão. Não é grande tampouco a dificuldade de enxergar nesse domínio uma representação figurativa da realidade ou a projeção material de um estado anímico, quando, por exemplo, um artista pinta um quadro, compõe uma música ou fotografa um tema que lhe pareceu importante fixar" [71].

Essas são formas muito comuns – e as mais lembradas – mas estão longe de ser os únicos meios de manifestar pensamentos, sentimentos e juízos de valor. Os seres humanos podem fazê-lo até em silêncio, através do gesto ou de seu comportamento e um falso dilema se instaura sobre a abrangência da garantia à liberdade de expressão. Nos parece claro que as formas não influem na garantia, pois o que está garantido é o ato de manifestar, ou seja, extrair o pensamento, o sentimento (a produção do espírito, enfim) e manifestá-lo exteriorizando-o. Sobre o tema, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, entendeu que sair em passeatas como a "marcha da maconha", que tinha como intenção defender a revisão da legislação e a descriminalização do uso dessa planta, configura regular exercício da liberdade

---

[69] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ªed, São Paulo: Saraiva. 2016. p. 264

[70] KARPEN, Ulrich. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, apud. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Op. cit.* p. 265.

[71] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Op. cit*. p. 270.

de expressão e não o delito de apologia do cometimento de crimes. Vê-se que o exercício da liberdade de expressão dá-se de formas múltiplas e vai muito além do discurso e da palavra.

§ 10. Normas matrizes internacionais sobre o tema ao longo da história

Romanista na origem de seus estudos jurídicos, o professor Cretella Júnior, em seus "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", traz uma saborosa crônica a envolver a fragilidade da liberdade pública de manifestação do pensamento no Direito Romano[72]:

> Em Roma, há dois mil anos, foi proibida por ordem de Lúcio Élio Sejano (20 a.C. – 31 d.C.), *praefectus praetorii*, a circulação das *Fábulas* escritas por Fedro (15 a.C. – 50 d.C.), liberto do Imperador Augusto, e o antigo escravo, livre embora em sua pessoa física, pois fora manumitido, não teve mais licença – ou liberdade pública – para divulgar seus escritos.
> Como se sabe, Caio Júlio Fedro, o grande fabulista romano, nasceu alguns anos antes da era cristã, publicou as primeiras fábulas sob o reinado de Tibério, foi exilado por ordem de Sejano, voltou a Roma depois da morte do imperador, continuou a escrever fábulas no reinado de Calígula e Cláudio, e morreu, provavelmente, nos primeiros tempos do reinado de Nero, com avançada idade.
> A fábula que mais irritou Sejano foi a do *Lobo e o Cordeiro*, sendo o Lobo alusão clara ao "prefeito do pretório" e o Cordeiro todo e qualquer cidadão inocente perseguido, no Império. No dia seguinte, toda a cidade de Roma comenta a fábula e Sejano é posto em ridículo. Sejano, que acusava, julgava e condenava (cf. *Epílogo das Fábulas*, II, vs. 17-18 *"accusator, testis, iudex"*), usa o *poder de censura*, mandando apreender o *volumen* e exilando, ao mesmo tempo, o fabulista.
> Rememorando com tristeza velha sentença de Ênio, o trágico, que aprendera, em menino, com o mestre de primeiras letras – "é crime para o plebeu manifestar-se publicamente" (Ênio, *Tragédias*, 276, V), nada mais restou a Fedro senão conformar-se com a perda da *liberdade pública da manifestação do pensamento* escrito.

A censura, em suas diversas formas, seja *direta* ou *indireta*, *prévia* ou *posterior*, *administrativa* ou *judicial*, vem sendo sistematicamente afastada e condenada pela consciência dos povos civilizados, o que se reflete nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo que a refutam, quase sem exceção. Desde 1695, na Inglaterra, já se refutou iniciativa (*Licensing Act*) de censura prévia; seguindo-se a Declaração de Direitos de Virgínia, nos Estados Unidos da América, de 1776, que, em seu art. 12 prevê, *verbis:* "**a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos**".

---

[72] CRETELLA JÚNIOR. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, v. VIII, p. 4492

Lá mesmo, nos Estados Unidos da América, a Constituição de 1787, através de sua célebre Primeira Emenda de 1791, proclamou que: "o Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; **ou cerceando a liberdade de palavra ou de imprensa**, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos".

Também na França, com a Declaração dos Direitos do Homem de 1791, viu-se disposição do mesmo jaez, no art. 11 daquele histórico monumento legislativo, onde se lê que "**a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade, pelo qual deverá responder nos casos determinados em lei**".Já se vê aqui a primeira previsão de coibição do abuso deste direito, evidenciando-se – desde o séc. XVIII, quando forjado neste histórico documento – que ele não tem caráter absoluto, como veremos melhor abaixo.

A Constituição alemã de Weimar de 1919 declarava igualmente: "Todo alemão tem direito, dentro das leis gerais, a manifestar com liberdade a sua opinião, oralmente ou por escrito, mediante a imprensa, a gravação, ou de qualquer outra maneira".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que este ano completa 70 anos de vigência (de 1948), também tratou do tema estipulando que "**Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras**".

Houve, também, em Roma o Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, em 1950, ocasião em que se reafirmou, igualmente, a **liberdade de expressão**, bem como o **recebimento e a comunicação de informações** e o **afastamento da ingerência de autoridades publicas**.

Com o Pacto de San José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969, surge a Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 13, número 1, dispôs: "**Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, sem**

consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou em forma impressa ou artística ou ainda por qualquer outro procedimento de sua escolha"[73].

Com o fito de trazer um panorama do acolhimento dessa evolução internacional do instituto pela ordem constitucional brasileira, pedimos vênia para transcrever trecho do erudito e esclarecedor voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio de Mello no famoso Caso Ellwanger, que examinaremos mais detidamente no nº 19.4 abaixo, onde Sua Excelência faz um libelo de defesa da liberdade de expressão e de menifestação do pensamento, bem como de seu corolário, a liberdade de imprensa, colocando esse sistema de garantias como pilares do Estado Democrático de Direito, forte nas lições de Canotilho e de Böckenförde[74]:

> 1.Liberdade de Expressão e Estado Democrático de Direito
> Dando fim a período inaceitável de ditadura militar, a Constituição de 1988 resgatou as bases do Estado Democrático de Direito, a partir da restauração concreta de um sistema de valores e princípios de direitos fundamentais que hoje constitui a verdadeira essência de uma sociedade plural e democrática. Nesse sentido, a eficácia plena dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, bem como de outros direitos advindos do regime e de tratados internacionais, na forma do §2º desse mesmo art. 5º, é condição essencial para a consolidação e amadurecimento de nossas instituições políticas e para a conservação e promoção da democracia.
> Democracia significa assegurar a formação e a boa captação da opinião pública; significa garantir a soberania popular, para que os rumos do Estado acompanhem fidedignamente os resultados e as manifestações dessa soberania. Para tanto, o sistema constitucional brasileiro prevê vários institutos e mecanismos que têm por finalidade concretizar o princípio democrático, de maneira a torná-lo algo vivo, presente e eficaz.
> (...)
> Pode-se concluir que os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa,

---

[73] E prosseguem os números 2 a 5 deste art. 13: 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia senão a responsabilidades ulteriores, que devem estar expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos e à reputação dos demais ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde e da moralidade públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel para periódicos, de frequências radioelétricas, ou de aparelhos e equipamentos usados na difusão de informação, ou por quaisquer outros meios destinados a impedir a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. Os espetáculos públicos podem ser submetidos por lei a censura prévia com o exclusivo objeto de regular o acesso a eles para a proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do estabelecido no inc. 2. 5. Ficará proibida por lei toda a propaganda em favor da guerra e toda a apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constituam incitações à violência ou a qualquer outra ação ilegal similar contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas, seja por qualquer motivo, inclusive os de raça, cor, religião, idioma ou origem nacional.

[74] Min. Marco Aurélio de Mello. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Habeas Corpus 82.424-2/RS. Rel. Min. Moreira Alves, Brasília/DF, DJ 17/11/2003.

> direito à informação e a proibição da censura. É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de ideias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas. Na feliz e apropriada redação utilizada pelo Professor Catedrático de Direito Público e História Constitucional da Universidade de Friburgo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, utilizando-se de expressão cunhada pela Corte Constitucional Alemã, os direitos de comunicação, em que se inclui a liberdade de opinião, são "constitutivos do princípio democrático por antonomásia", já que promovem a autonomia individual e formam o ambiente plural de participação democrática.
>
> É fácil perceber a importânciado direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernosconstitucionalistas do mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. E é bom sempre lembrarmos Hans Kelsen, quando afirma que a democracia se constrói sobretudo quando se respeitam os direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a opinião da maioria. E venho adotando esse princípio diuturnamente, daí a razão pela qual, muitas vezes, deixo de atender ao pensamento da maioria, à inteligência dos colegas, por compreender, mantida a convicção, a importância do voto minoritário.

§ 11. O uso e o abuso da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento

> ***La libertad de expresión y, en particular, la de prensa no constituyen un altar en el que pueda inmolarse indebidamente la dignidade de las personas. El tantas veces denominado "cuarto poder" debe, al igual que los tres que reconoce formalmente la Constitución Nacional, someterse a un orden jurisdicional, cuya observancia resulta imprescindible para una comunidade organizada.***
> **(Ramon Daniel Pizarro[75])**

[75] PIZARRO, Ramon Daniel. *La responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Daños por por noticias inexactas o agraviantes. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 31

Nos dias atuais, após o advento da internet, principalmente, pôde-se notar significativo incremento no exercício da liberdade de expressão, visto que o acesso à difusão de ideias quedou-se facilitado e democratizado. Tal facilitação facilitou igualmente a ocorrência dos conflitos entre tal exercício e a preservação dos outros direitos da personalidade como a honra, a imagem e a privacidade. Não foi outra a conclusão a que chegou o estudioso da concentração dos meios de comunicação, André de Godoy Fernandes[76] que afirma:

> A Internet, por ser uma mídia convergente, pulverizada e de livre acesso, tem a capacidade de promover a difusão de informações e dados que antes eram tradicionalmente transmitidos apenas por veículos de comunicação concentrados e setorizados (como televisão, rádio, jornal, revista). Na Internet, o acesso a diversos tipos de conteúdo (desde uma informação jornalística até eventos esportivos, filmes e músicas) é feito por um único meio convergente, aberto ao uso geral do público.
> É interessante destacar que a Internet permite ainda maior acesso por parte de indivíduos e organizações sociais a canais de comunicação com a sociedade. *Blogs*, *wikis*, *web sites* interativos, redes sociais e salas de discussão contribuem para maior diversidade e pluralismo de informação. A Internet faciita a comunicação na medida em que torna muito mais fácil e barata a distribuição da mensagem ou do conteúdo informativo. Pode-se afirmar que a Internet permite uma distribuição mais igualitária das oportunidades de participação na esfera pública.

Permite, outrossim, a distribuição mais igualitária de (i) juízos de valor às vezes desfavoráveis sobre outrem, (ii) de notícias invasivas da esfera de privacidade de alguém, (iii) do uso indevido da imagem alheia etc.

Mas apenas mencionamos o incremento da difusão do pensamento através da rede mundial de computadores, não significando que queiramos a este ambiente nos ater. Tratamos, neste ponto, do abuso no exercício da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento por qualquer meio, seja numa "conversa de botequim", seja num noticiário televisivo de grande audiência, através da publicação de um livro ou uma obra de arte ou qualquer outro meio de comunicação de uma ideia.

É indisputável, por tudo o que aqui já se viu até o momento, que a Constituição Federal garante a "quem quer que seja dizer o que quer que seja", na expressão sempre poética do Ministro Carlos Ayres Britto, que também já chegou a afirmar que "a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade". Tal liberdade abrange a (i) exteriorização de

---

[76] FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. Tese de Doutorado sob orientação do Professor Doutor Calixto Salomão Filho, defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 316

suas impressões ou pensamentos, (ii) a exposição do fruto de sua atividade artística, intelectual, científica ou de comunicação e (iii) como corolário, o direito de informar e de ser informado sobre os fatos não abrangidos por uma causa legítima de sigilo. No entanto, estas prerrogativas não implicam na imunidade de seu titular em relação à resposta por eventual agravo a terceiros que o **abuso** deste direito venha a causar.

A Carta Magna garante ao cidadão um espaço apriorístico de movimentação: o uso de seu autoregramento privado para a exteriorização do pensamento e de toda a produção de seu espírito.

O abuso desse direito e o agravo que daí pode decorrer são questões subsequentes e tratadas e dos incisos do mesmo artigo 5º a disciplinar as garantias individuais: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; e X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O que precisa ficar claro é que a premissa constitucional é esta: não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de abuso, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão. A liberdade de expressão é de ser plenamente **usada** e livre de qualquer espécie de censura, dando margem *a posteriori* ao recurso de quem atingido por eventual **abuso**, ao direito de resposta ou à indenização dos danos materiais e mitigação dos danos morais dele decorrentes. É o binômio **liberdade e responsabilidade**. Salvo casos excepcionais autorizativos do recurso a medidas protetivas/preventivas, após realizada a poderação entre os direitos conflitantes, como se verá adiante.

O primeiro dos direitos subjetivos tutelados é aquele de o cidadão não sofrer impedimento ao utilizar de seu autoregramento privado – para usar a expressão de Pontes de Miranda – para transmitir uma ideia, mensagem ou obra até então encerrada dentro de si para terceiros. É o momento de tirar algo da subjetividade e passar para o plano da ação e da socialização. Uma vez materializada essa escolha de manifestação do pensamento baseada no autoregramento privado de seu autor, realizou-se o direito subjetivo protegido pelo inciso IV do art. 5º da CF/1988 e se exauriu de seu conteúdo. Este direito, já exercido – apenas respeitados os limites trazidos pela própria constituição: anonimato, hate speech, etc – em nada influi no direito subjetivo igualmente reconhecido àquele que, porventura possa ter sido

agravado em sua honra, imagem, intimidade ou vida privada em face dessa utilização – ou abuso.

O outro dos direitos envolvidos, num ângulo diametral oposto, é o daquele que se sentiu agravado, portanto, de (i) exigir o direito de resposta e (ii) provar judicialmente a abusividade do exercício do direito do outro e, com isso, obter reparação dos danos que tenha experimentado.

Gilberto Haddad Jabur, em seu "Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada"[77], já advertia, em trecho que, por sua clareza e precisão, pedimos licença para a qui transcrever:

> Os limites de atuação da imprensa encontram-se no exercício desimpedido do direito alheio de similar envergadura personalíssima. Ao lado do respeito à moral pública e aos bons costumes, absorvidos pela comunidade e consagrados pelo direito, repousam o respeito à vida privada e a homenagem à honra, entre tantas outras formas de projeção da personalidade humana, implementos fundamentais ao desenvolvimento espiritual pleno, indispensável à expansão do próprio indivíduo.

Mais adiante prossegue o autor afirmando que se a imprensa atuasse sem qualquer controle ou contrapeso por parte dos direitos da personalidade, partindo para a difusão excessiva e irreprimível de informações que não atendam ao **real** interesse público, voltando-se mais "à satisfação da curiosidade pegajosa de alguns e insolente de outros", ter-se-ia um rompimento cada dia maior do isolamento fundamental ao desenvolvimento da pessoa, vale dizer, daquele recato que a condição humana exige para manter a paz de espírito e a harmonia da vida em sociedade. Para o autor, "o ser humano não vive despreocupado com sua honra e privacidade. Justamente por isso tantos as agregam, tantos as confundem. Porque se a honra é um dos bens jurídicos mais estimados da personalidade humana, considerada como a primeira e mais importante projeção do grupo de matizes morais dessa personalidade, como referiu José Castan Tobeñas, a privacidade é principal complemento à satisfação dos bens espirituais".

O Ministro Carlos Ayres Britto traz em seus votos no Supremo Tribunal Federal interessante construção acerca das **excludentes constitucionais da abusividade** que teriam o condão de tornar lícito o exercício da liberdade de expressão mesmo diante de aparente

---

[77] JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 189

abuso alegado por quem se sinta agravado pela veiculação daquele pensamento. Assim se manifestou o ministro[78]:

> 49.Três comportamentos, todavia, são especialmente normados como excludentes da abusividade. Comportamentos ditados por imperativos de consciência e que são, pela ordem com que a Lei Maior a eles se referiu: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. Matéria que também faz parte da altissonante nominata dos direitos e garantias individuais, a saber: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação social alternativa, fixada em lei" (inciso VIII do art. 5º). Logo, de fora a parte essa ressalva que se lê na parte final do dispositivo, a liberdade de expressão ganha um decidido reforço constitucional. Desde que utilizada, evidente, numa das três explicitadas esferas da mais íntima subjetividade humana: a crença religiosa, a convicção filosófica e a mundividência ou cosmovisão política.
> 50. É bom repetir: com essas três excludentes de abusividade no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e das sempre lembradas atividades artística, científica, literária e de comunicação, a Constituição homenageou três aspectos fundamentais da ontologia humana: o anseio de infinito (que é a busca da religação da criatura ao Criador), a inata curiosidade pela produção de um tipo tão especulativo quanto universalizante do saber (núcleo duro de toda a investigação filosófica) e, finalmente, a formulação de doutrinas e teorias que tenham na estruturação e funcionalização otimizadas dos Estados e dos Governos o seu específico objeto (fórmula simplificada de compreensão da política enquanto ciência e enquanto arte de governar). Mas com esse acréscimo de ideia: a convicção política de que trata o Código dos Códigos é aquela que materializa o fundamento republicano-federativo de nome "pluralismo político" (inciso V do art. 1º). De conseguinte, atividade que ora se contém no fechado conteúdo programático de uma determinada agremiação partidária, ora se exprime numa concepção estritamente pessoal do modo optimum de estruturação e funcionalização da pólis (espaço ideal de materialização das primárias relações entre governados e governantes e ainda entre os próprios Estados e Governos soberanos).

Embora sedutores os argumentos esgrimidos por Carlos Ayres Britto, não podemos aderir a esta forma de pensar, pois a simples alegação de convicções de ordem metafísica, política ou filosófica não podem, ao nosso sentir, legitimar o ataque, ilícito por força do Código Civil e da Constituição Federal, à honorabilidade, à imagem ou à privacidade alheias.

Guillaume Lécuyer, em sua Tese de Doutorado[79] defendida perante a Universitè Panthéon-Sorbonne (Paris I), intitulada "Libertè d'expression et responsabilité – Étude de

---

[78] HC nº 82.424-2/RS, DJ 17.11.2003

[79] LÉCUYER, Guillaume. *Liberté d'expression et responsabilité – Étude de droit privé*. Thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). Paris, 2004. Tradução livre de: "*La définition de la responsabilité apparaît au centre d'une lutte d'influence entre l'intérêt de la liberté d'expression et les intérêts*

droit privé", dizia que a liberdade de expressão é limitada pela existência de interesses vários que a Responsabilidade Civil protege. "A definição de responsabilidade", diz o autor em sua lúcida opinião, "aparece no centro de uma luta de influência entre o interesse da liberdade de expressão e os interesses que ela maltrata e que são dignos de proteção. Os limites da liberdade de expressão devem ser entendidos como a soma dos conflitos de resolução de interesses, muito mais do que como a construção de proibições gerais".

§ 12. A vedação do discurso de ódio – "*hate speech*"

Mesmo nos Estados Unidos da América, onde a garantia da liberdade de expressão tem contornos alargados numa proporção não encontrada em qualquer outro sistema jurídico, desenvolveu-se a teoria da vedação do "dicurso de ódio" (*hate speech*), como um limitador dessa liberdade pública, de forma a evitar a propagação de ideias segregacionistas e que gerem convulsões sociais e animosidade no seio da sociedade.

Fomos colher em Alex Potiguar, e seu "Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio"[80], uma definição para o discurso de ódio e ali encontramos o que segue:

> O discurso de ódio ou o *hate speech* é definido por Michael Rosenfeld como o discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade, e podemos acrescentar, ainda, gênero ou opção sexual.
> Ele é o discurso que exprime uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele determinado grupo, motivado por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, naturalidade, dentre outros.

O embrião da teoria do *hate speech* foi a questão racial, mas a ela não se resume esta vedação a limitar a liberdade de expressão apenas com relação a tal tema. Qualquer pregação de ódio ou defesa da inferioridade de determianado grupo, por quaisquer motivos é de ser razão para a mitigação da proteção à livre manifestação do pensamento.

Sobre o discurso de ódio, manifestou-se Paulo Gustavo Gonet Branco[81]no sentido de que, *verbis*:

---

qu'elle malmène et qui sont digne de protection. Les limites de la liberté d'expression doivent être comprises comme formant la somme des résolucions de conflits d'intérêts, bien plus que comme l'édification d'interdits généraux".

[80] POTIGUAR, Alex. *Liberdade de expressão e o discurso de ódio – A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença*. Brasília: Ed. Consulex, 2012, p. 16

[81] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 274

> Por outro lado, o discurso de ódio, entre nós, não é tolerado. O STF assentou que incitar a discriminação racial, por meio de ideias antissemitas, "que buscam restagar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu", constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo. Devem prevalecer, ensinou o STF, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.
> Contra o discurso de ódio – e também contra a ideia de que a pornografia possa estar incluída no âmbito normativo da liberdade de expressão – há de se considerar, ainda mais, o efeito inibidor dessas práticas à plena participação dos grupos discriminados em diversas atividades da sociedade civil. A contumaz desqualificação que o discurso de ódio provoca tende a reduzir a autoridade dessas vítimas nas discussões de que participam, ferindo a finalidade democrática que inspira a liberdade de expressão.

Também na jurisprudência norteamericana surge a doutrina do repúdio às *fighting words*, ou palavras belicosas, isto é, palavras que se constituem em "estopins de ação, em vez de pautas de persuasão", para, aqui, usar as felizes expressões de Paulo Branco. Para ele "a diferença entre uma discussão robusta e uma diatribe repelida pela Constituição está em que, no primeiro caso, há chance e oportunidade de se corrigirem os erros do discurso, expondo a sua falsidade e as suas falácias, evitando o mal por meio de um processo educativo. Nesses casos, o remédio seria mais liberdade de expressão, mais discurso. No caso desviado da Constituição, essa perspectiva não existe"[82]. De maneira alguma, a hostilidade do princípio da liberdade de expressão às *fighting words* significa que estejam excluídas da proteção constitucional as palavras mais duras ou desagradáveis. Não apenas o discurso melífluo e aprazível há de ser protegido! No entanto, aquele que se presta apenas à fustigação, à instigação da ação combativa alheia, este não é amparado pela liberdade de expressão em sentido lato garantida pela Constituição.

No julgamento pelo STF do polêmico HC 82.424-2, que analisaremos mais detidamente logo a seguir, o Ministro Gilmar Mendes abordou com muita proficiência a questão do discurso de ódio e trouxe vários trechos de importante estudo do norteamericano Kevin Boyle[83], que se dedicou profundamente ao tema do *hate speech* como elemento em desfavor da liberdade de expressão na ponderação de direitos políticos em conflito. Escreve, em seu voto, o Ministro:

---

[82] Idem, p. 273

[83] BOYLE, Kevin. *Hate speech. The United States versus the rest of the world?* Maine, Maine Law Review, v. 53:2, 2001

Nesse sentido indaga Kevin Boyle, em um estudo recente: “Por que o ‘discurso de ódio’ é um tema problemático?” Ele mesmo responde:
“A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática – a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. ‘Every one counts as one and no more than one’, como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, consequentemente, também, necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à impresa”
(...)
“O ressurgimento na Alemanha e em toda a Europa Ocidental do anti-semitismo e da xenofobia é tema de profunda seriedade para as democracias europeias. No início deste ano os países da União Europeia tomaram a extraordinária decisão de boicotar o governo austríaco, por vários meses, pela inclusão, na nova coalisão de governo, do Partido Democrático Nacional de extrema-direita, dirigido por Jorg Heider, que defende políticas contra imigrantes e idolatra as políticas econômicas de Hitler. (...) o governo alemão solicitou à Corte Constitucional Alemã que considerasse a supressão ou o banimento do Partido Democrático Nacional. Ele é acusado de preparar jovens para ataques a estrangeiros, judeus e sinagogas judaicas.
A preocupação com o tema no anti-semitismo levou um grande número de países a criminalizar o chamado discurso revisionista e a aprovar leis contra a negação do holocausto que pode ser detectada desde 1945. Os campos de concentração, como Auschwitz, não foram abertos a um mundo horrorizado antes que as primeiras publicações minimizassem o que realmente havia ocorrido. Esse tipo de literatura tornou-se mais proeminente nos anos 70. O material incluía desde o simplório – o recente panfleto com a frase ‘O Holocausto foi um EMBUSTE, vamos torna-lo REAL!’ – às aparentemente sérias pesquisas históricas em publicações acadêmicas, como o impressionante ‘Journal for Historical Review’. Nessas publicações são encontradas afirmações tais como o fato de não terem sido mortos 6 milhões de judeus, mas somente algumas centenas; ou que as câmaras de gás não poderiam ter sido utilizadas em Auschwitz porque eles não tinham a tecnologia para tal. Alegadas evidências documentais de testemunhas sobreviventes ou o diário de Anne Frank não passam de fabricações. Hitler jamais ordenou a solução final – ele era inocente, etc.
O anti-semitismo nessas publicações, explícito ou implícito, é bastante claro. Não foi melhor exposto, entretanto, como no início deste ano, quando o historiador David Irvine, um notório negador do holocausto, processou a Editora Penguin e Deborah Lipstadt, sob a alegação de que ele havia sido difamado no livro ‘Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory’, de autoria de Lipstadt. Ela referiu-se a ele como anti-semita, um partidário de Hitler, um falso historiador. O próprio Irvine subiu à tribuna para defender-se. O juiz, em um julgamento devastador (os autos

> atingiram 300 páginas!), afirmou que Lipstadt estava certa – e que Irvine era mesmo tudo aquilo.
> Cinco países europeus – a Bélgica, a Alemanha, a França, a Espanha e a Suiça – adotaram diferentes modelos de legislação, mas, na essência, todos consideram crime a banalização ou a negação dos fatos históricos do holocausto ou a justificação do genocídio nacional-socialista. Na Alemanha, a ofensa criada equivale àquela que critica a dignidade do morto. A lei francesa, conhecida como Lei Gaysott, foi aprovada em 1990, depois de uma onda de anti-semitismo e profanação e pinturas de suásticas em cemitérios judeus. O questionamento público da existência de crimes julgados em Nuremberg foi considerado ofensa. Essa ofensa foi incluída num amplo estatuto, que tornou ilegal o racismo, o anti-semitismo ou atos xenófobos".

Embora longa, a citação trazida pelo Ministro Gilmar Mendes se justifica plenamente, porque o autor norteamericano vai direto ao ponto sob discussão – sob discussão naquele julgamento e sob discussão neste passo do presente trabalho – qual seja: o papel do discurso de ódio no desequilíbrio da balança na ponderação do princípio da liberdade de expressão quando em conflito com direitos da personalidade das vítimas do hate speech. Assim, permitimo-nos, já finalizando a transcrição, trazer o trecho em que o autor manciona as então recentes decisões judiciais de ponderação a envolver discurso de ódio:

> (...), as preocupações de que essas leis interferem seriamente com a liberdade de pensamento e de opinião deram trabalho aos promotores das liberdades civis e aos tribunais na Europa. Entretanto, foram as leis mantidas pelos tribunais. Em 1987, o líder da Frente Nacional, do partido de extrema-direita da França, Jean Marie Le Pen, foi multado por declarar numa entrevista de rádio que o assassinato de judeus em câmaras de gás foi 'un point de detail' (um mero detalhe). O historiador revisionista Robert Faurisson, numa entrevista para uma revista francesa, criticou a Ley Gaysott, considerando-a ameaçadora da liberdade de expressão; e ele foi além, ao declarar que tinha uma convicção pessoal de que a exterminação de judeus em câmaras de gás jamais existiu nos campos de concentração. Com base nessa última afirmação, ele foi condenado e multado pelo Tribunal de Grande Instância de Paris (TGI), em 1991. Ele depois interpôs recurso para o Comitê de Direitos Humanos, com base na Convenção de Direitos Políticos e Civis, que vinha sendo discutida, sob a alegação de que sua condenação era uma violação à garantia da liberdade de expressão, expressa no artigo 19 da Convenção.
> O Comitê de Direitos Humanos manteve a condenação, considerando-a uma interferência justificável ao direito de liberdade de expressão, expresso no art. 19 da Convenção. O Comitê foi persuadido pelos argumentos do governo francês, no sentido de que a negação do holocausto é o principal veículo do anti-semitismo na França. O então membro dos E.U.A. no Comitê, Sr. Tom Burgenthal, como sobrevivente dos campos de concentração de Auschwitz e Sachsenhausen, absteve-se.
> A questão da negação do holocausto foi também julgada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (...). Um grande número de recursos contra as leis de negação ao holocausto foi enfrentado e negado pela Corte Europeia. Atualmente, negar que o holocausto tenha existido pode levar, em

> alguns países na Europa, a uma condenação criminal, e, diante do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haverá proteção ao direito da liberdade de expressão[84].

12.1 Exame de Caso concreto – Caso Bolsonaro: incitação ao crime de estupro

Em 21 de junho de 2016 foi julgado pela 1ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal o recebimento de denúncia e de queixa-crime contra o deputado Federal Jair Messias Bolsonaro[85], que teria dito em relação a uma colega de legislatura – Deputada Federal Maria do Rosário – que "não a estupraria, porque ela não merece", durante entrevista nas dependências da Câmara dos Deputados.

O investigado em sua defesa alegou imunidade parlamentar de suas opiniões, palavras e votos, o que é uma **forma qualificada da liberdade de expressão**, prevista no art. 53 da Constituição Federal. Ocorre que, também esta forma de liberdade de expressão está sujeita aos limites de conteúdo do discurso e não pode atingir criminosamente a personalidade alheia, mormente se de forma não correlata com o exercício direto do mandato parlamentar.

Posto que tivesse o investigado argumentado que a entrevista havia sido concedida no interior de seu gabinete parlamentar, a alegação não teve o condão de afastar, no exame preliminar em que consiste este de recebimento ou não da denúncia, a aparente ocorrência de crime por ausência de correlação entre as infelizes declarações e o exercício do mandato.

Em que pese seja um tanto extensa, é (i) bastante elucidativa a ementa do V. Acórdão que recebe a denúncia, além de (ii) perfeitamente relacionada com o tema do presente trabalho, sendo situação (iii) paradigmática de quebra da imunidade parlamentar e de sindicabilidade do conteúdo de discurso que atinge direito da personalidade alheio; razões pelas quais, pedimos licença para aqui transcrevê-la, ao menos parcialmente:

> PENAL. DENÚNCIA E QUEIXA-CRIME. INCITAÇÃO AO CRIME, INJÚRIA E CALÚNIA. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO OFERECIMENTO. MANIFESTAÇÃO DE DESINTERESSE PELO ACUSADO. IMUNIDADE PARLAMENTAR. INCIDÊNCIA QUANTO ÀS PALAVRAS PROFERIDAS NO RECINTO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. ENTREVISTA. AUSENTE CONEXÃO COM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

---

[84] STF, voto do Ministro Gilmar Mendes, HC 82.424-2/RS, j. 17.09.2003

[85] STF Inq 3932/DF Distrito Federal, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Autor: MPF Réu: Jair Messias Bolsonaro, j. 21.06.2016

QUANTO AOS DELITOS DE INCITAÇÃO AO CRIME E DE INJÚRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E REJEIÇÃO PARCIAL DA QUEIXA-CRIME, QUANTO AO CRIME DE CALÚNIA.
(...)
4. Discursos que relativizam a gravidade e a abjeção do crime sexual contribuem para agravar a vitimização secundária produzida pelo estupro, porquanto a característica principal do sistema processual penal é um profundo desinteresse pela vítima. Deveras, conforme pesquisa de Claire Sherman Thomas, a defesa do criminoso sexual tende a justificar a conduta violenta por meio de atribuição de culpa à própria vítima. 5. A violência sexual deve ser lida como um processo consciente de intimidação pelo qual todos os homens mantêm todas as mulheres em estado de medo, sendo certo que o estupro é um crime não de luxúria, mas sim de exercício de violência e poder, conforme conceituação de aceitação internacional formulada por Susan Brownmiller (...) 9. *In casu*, (i) o parlamentar é acusado de incitação ao crime de estupro, ao afirmar que não estupraria uma Deputada Federal porque ela "não merece"; (ii) o emprego do vocábulo "merece", no sentido e contexto presentes no caso *sub judice*, teve por fim conferir a este gravíssimo delito, que é o estupro, o atributo de um prêmio, um favor, uma benesse à mulher, revelando interpretação de que o homem estaria em posição de avaliar qual mulher "poderia" ou "mereceria" ser estuprada. 10. A relativização do valor do bem jurídico protegido – a honra, a integridade psíquica e a liberdade sexual da mulher – pode gerar, naqueles que não respeitam as normas penais, a tendência a considerar mulheres que, por seus dotes físicos ou por outras razões, aos olhos de potenciais criminosos, "mereceriam" ser vítimas de estupro. (...) 13. *In casu*, (i) a entrevista concedida a veículo de imprensa não atrai a imunidade parlamentar, porquanto as manifestações se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo, ao afirmar que "não estupraria" Deputada Federal porque ela "não merece"; (ii) o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente acidental, já que não foi alí que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet; (iii) a campanha "#eu não mereço ser estuprada", iniciada na internet em seguida à divulgação das declarações do Acusado, pretendeu expor o que se considerou uma ofensa grave contra as mulheres do país, distinguindo-se da conduta narrada na denúncia, em que o vocábulo "merece" foi empregado em aparente desprezo à dignidade sexual da mulher. 14. (i) A incitação ao crime, por consubstanciar crime formal, de perigo abstrato, independe da produção de resultado naturalístico. (ii) A idoneidade da incitação para provocar a prática de crimes de estupro e outras violências, físicas ou psíquicas, contra as mulheres, é matéria a ser analisada no curso da ação penal. (iii) As declarações narradas na denúncia revelam, em tese, o potencial de reforçar eventual propósito existente em parte daqueles que ouviram ou leram as declarações, no sentido da prática de violência física e psíquica contra a mulher, inclusive novos crimes contra a honra de mulheres em geral. (iv) Conclusão contrária significaria tolerar a reprodução do discurso narrado na inicial e, consequentemente, fragilizar a proteção das mulheres perante o ordenamento jurídico, ampliando sua vitimização. (...) 22. *Ex positis*, à luz dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, recebo a denúncia pela prática, em tese, de incitação ao crime; e recebo parcialmente a queixa-crime, apenas quanto ao delito de injúria. Rejeito a queixa-crime quanto à imputação do crime de calúnia.

§ 13. As limitações da Liberdade de Expressão na jurisprudência estrangeira

Em seguida examinaremos suscintamente alguns casos de direito comparado em que os tribunais estrangeiros decidiram acerca de questões polêmicas relacionadas à liberdade de expressão. São casos célebres, muitos deles já citados em diversos trabalhos acadêmicos e decisões judiciais[86].

13.1 Direito alemão

13.1.1 Caso Lüth

Trata-se de um dos casos inaugurais no Direito Constitucional Alemão a desafiar o tema recorrendo à ponderação de princípios constitucionais em face de sua colisão. O caso se deu na Semana Alemã de Cinema, por ocasião da qual Herr Lüth, então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, empreendeu uma campanha para boicotar o filme de autoria do diretor Harlan a quem acusava de colaborador do nacional socialismo. Lüth conclamava todos os "alemães decentes" a não assistir ao filme, o que poderia levá-lo a um fracasso retumbante. Tendo o diretor acionado o Judiciário, o Tribunal de primeiro grau condenou Lüth a cessar imediatamente a campanha de boicote, o que foi revisto pela Corte Constitucional Alemã, que entendeu que a manifestação do pensamento de Lüth não implicaria necessariamente na apologia da conduta adequada, *verbis*: "ao proibir Lüth de fazer as declarações sobre o ressurgimento de Harlan, o julgamento do Tribunal de Primeira Instância claramente restringiu o direito de liberdade de expressão. O direito fundamental de liberdade de expressão é o aspecto imediato da personalidade humana na sociedade, um dos direitos mais preciosos do homem (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789, art. 11. É absolutamente essencial a um Estado democrático e livre que se permita esta constante interação espiritual, este conflito de opiniões que é um elemento vital – BverfGE 5, 85, 205). Num certo sentido, é a própria base da liberdade, 'a matriz, a condição indispensável de qualquer forma mais próxima da liberdade' (Cardozo)".[87]

---

[86] Para a análise mais acurada destes e de outros casos semelhantes, sugerimos a leitura de CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, 2ª ed.; BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 2nd ed., 2005; Voto do Min. Marco Aurélio de Mello no HC nº 82.424/RS, STF, j. 17.09.2003; MARTINS, Leonardo. *Tribunal constitucional federal alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, vv. I e II

[87] Corte Constitucional Alemã – BverfGE 7, 198, julgado em 15 de janeiro de 1958

13.1.2 Caso Livro Sobre a Guerra

Proibiu-se na Alemana a publicação de livro que impunha aos aliados a culpa pela eclosão da 2ª Guerra Mundial. Recorreu o autor à Corte Constitucional e esta declarou a inconstitucionalidade desta proibição vez que amparada a publicação da obra pela liberdade de opinião. Houve a necessidade de se proceder à ponderação entre a liberdade de manifestação do pensamento do autor e a proteção da juventude (estudantes) e a Corte entendeu pela primazia, no caso concreto, do primeiro dos valores, pois era de interesse dos próprios jovens completar sua formação a partir da discussão de teorias as mais diversas sobre os mesmos temas. Entendeu que o autor agia enquanto acadêmico e tinha o direito de propagar a sua teoria, segundo o seu ponto de vista de história política, sendo que a liberdade acadêmica resguarda também as opiniões minoritárias, bem como os resultados errôneos[88].

13.1.3 Caso Soldados Assassinos

Manifestantes alemães contrários à atuação das Forças Armadas foram às ruas com faixas, cartazes e folhetos onde se lia "soldados são assassinos" e "soldados são assassinos em potencial". Processados pelas Forças Armadas daquele país, alguns manifestantes foram acusados e condenados por crime de insulto à honra da corporação e dos soldados individualmente. A Corte Constitucional, provocada pelos manifestantes condenados, declarou não ter havido crime contra a honra, pois, no caso concreto, prevaleceria a liberdade de manifestação do pensamento, esclarecendo que mesmo sendo vazadas de forma polêmica, as opiniões não estariam excluídas da proteção aos direitos fundamentais. Faz parte do arcabouço de direitos dos manifestantes tornar conhecidas suas opiniões e, inclusive, escolher os meios pelos quais obteriam sua melhor disseminação. A Corte ainda esclareceu que a ponderação entre os valores teria sido diferente se as expressões usadas pelos manifestantes contra a "corporação" atingissem seus membros "individualmente", lesando a honra individual de seus membros, o que não se verificou no caso sob exame[89].

13.1.4 Caso do Romance Pornográfico

O livro intitulado "Josefine Mutzenbacher – A História da Vida de uma Prostituta Vienense, contada por ela Mesma", considerado um romance pornográfico, foi incluído na

---

[88] Corte Constitucional Alemã – BverfGE 90, 1-22, julgado em 11 de janeiro de 1994

[89] Corte Constitucional Alemã – BverfGE 93, 266-312, julgado em 10 de outubro de 1995

lista de publicações proibidas para menores. O Reclamante se insurgiu através de uma Reclamação Constitucional para a Corte Constitucional Alemã, que entendeu que a publicação de romance pornográfico está protegida pela liberdade de arte e de ciência, mesmo que essa publicação venha a oferecer risco potencial a menores. Ou seja, ao ponderar os valores em conflito, reconheceu a primazia da livre expressão artística ao reconhecer que o trabalho possuía os elementos estruturais característicos de uma obra de arte, sendo resultado da liberdade criativa, expressada na forma literária de um romance[90].

13.1.5 Caso da cerimônia em memória de Rudolf Hess[91]

Através de uma lei que derrogou a Lei de Reuniões e o Código Penal, foi inserido, em março de 2005, no Código Penal alemão, junto ao tipo da incitação ao ódio, que já era previsto no seu § 130, um parágrafo 4 que dizia: "Punir-se-á com pena privativa de liberdade de até três anos ou multa, quem publicamente ou em uma reunião, estorvar a paz pública de modo a ferir a dignidade das vítimas ao aprovar, glorificar ou justificar o poder e o despotismo nacional-socialista. O Reclamante para o Tribunal Constitucional Federal neste caso convocava, de 2001 a 2010, anualmente, uma manifestação pública com o mote "Em memória de Rudolf Hess", que foi um dos mais próximos e fanáticos seguidores de Adolf Hitler. A cada ano que se passava aumentava o número de radicais direitistas a aderir a esta marcha que dava ao homenageado a conotação de mártir e percorria as ruas de Wunsiedel, cidade da Baviera onde se encontra sepultado o indigitado personagem. No ano anterior à proibição legal, ou seja, em 2004, acorreram ao evento 5 mil manifestantes. A partir do advento da proibição – com o advento do supra transcrito parágrafo 4 do §130 do Código Penal – a Câmara Legislativa daquela Cidade decidiu proibir a realização do evento e, após muitas disputas perante os juízos administrativos infraconstitucionais, acabou o tema chegando ao TCF que reconheceu que "O § 130 IV StGB é compatível com o Art. 5 I e II GG mesmo não sendo uma lei geral. Em face do não-direito, que se furta a ser medido por categorias éticas gerais, do horror que o domínio nacional-socialista trouxe sobre a Europa e amplas partes do mundo...". Mantida, dessa forma essa limitação da liberdade de expressão no que respeita à glorificação de um prócer nazista, em nome da manutenção da paz social.

---

[90] Corte Constitucional Alemã – BverfGE 83, 130, julgado em 27 de novembro de 1990

[91] Corte Constitucional Alemã – BverfGE 124, 300, julgado em 4 de novembro de 2009

Diz o comentador dessa decisão, professor Leonardo Martins[92] que "por ter se afastado de sua consolidada jurisprudência e dogmática a respeito do caráter 'geral' da lei que pode restringir a liberdade de opinião e, no caso, relativizado o conceito ao aceitar, extraordinariamente, uma lei contra uma específica opinião, essa decisão foi incisivamente impugnada pela literatura especializada".

13.2 Direito norte-americano

13.2.1 Caso Terminiello v. Chicago

Em Chicago, o padre católico de origem italiana Terminiello foi preso e condenado em primeira instância porque em suas homilias atacava as causas negra e judaica de forma agressiva, o que vinha disseminando ódio racial e desordem social naquela comunidade. Instada a se manifestar sobre o caso, a Suprema Corte Americana reviu a condenação do clérigo preconceituoso sustentando que a função da liberdade de expressão é a de promover a disputa, e que este objetivo poderia ser mais bem alcançado quando se criavam insatisfações ou mesmo quando se levava as pessoas à raiva. Numa visão bastante liberal até mesmo para a "Meca da liberdade de expressão" – mormente naquele momento logo após o fim da Guerra e com a revelação da barbárie cometida contra os judeus – a Suprema Corte entendeu que "todos os discursos são frequentemente provocativos e desafiadores e podem se valer de preconceitos que causem profundos efeitos"[93].

13.2.2 Caso R.A.V. v. City of St. Paul

Lei local da cidade de St. Paul tipificava como contravenção a exposição, tanto pública quanto privada, de símbolos, objetos ou desenhos que pudessem gerar raiva, alarde ou ressentimento em terceiros por conta de raça, cor, credo ou gênero – como é comum em muitos lugares, inclusive no Brasil, a exibição de suásticas nazistas, por exemplo. Com base nessa lei local, alguns adolescentes foram processados por terem queimado cruzes no jardim da casa de uma família de pessoas negras. A cruz em chamas é o símbolo da KKK, um grupo extremista do Sul dos EUA que defende a superioridade da "raça" branca e persegue negros (a quem enforcavam, até relativamente pouco tempo atrás nos Estados do Sul). A Suprema Corte declarou inconstitucional referida lei por entender que a supressão de toda essa sorte

---

[92] MARTINS, Leonardo. *Tribunal constitucional federal alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2018, v. II, p. 123

[93] Suprema Corte Americana, 337 U.S. 1 (1949), julgado em 16 de maio de 1949

de símbolos poderia configurar uma restrição demasiada ao princípio da liberdade de manifestação do pensamento, sendo contrária à Primeira Emenda constitucional[94].

13.2.3 Caso Texas v. Johnson

Mr. Johnson, enquanto ocorria uma Convenção Nacional do Partido Republicano em Dallas, no Texas, em 1984, para protestar contra o governo do Presidente Ronald Reagan decidiu atear fogo numa bandeira dos Estados Unidos sob a cantoria da multidão inflamada. Com base nas leis do Estado do Texas, o incendiário foi condenado por profanação de símbolo nacional. Tendo recorrido sucessivamente de sua condenação, foi, por fim, instada a se manifestar a Suprema Corte. A mais alta Corte americana declarou que atear fogo à bandeira norteamericana constitui exercício regular da liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda à Constituição Amercicana. Johnson foi, portanto, absolvido da acusação de profanação[95]

13.3 Direito espanhol

13.3.1 Caso da Publicação Cômica contra o Povo Judeu

A Corte de Barcelona condenou o autor do livro "Hitler – SS" como incurso no crime de injúria contra o povo judeu. Tratava-se de obra satírica, humorística, mas que ridicularizava os judeus. Tendo o autor apelado para o TC (Tribunal Constitucional Espanhol), esta alta Corte manteve o entendimento do Tribunal catalão pela condenação e o fez pelo fato de que a obra é desprovida de qualquer relevante conteúdo histórico, sociológico, científico, político ou pedagógico. Pretende apenas assacar as ofensas contra a honra e a dignidade do povo judeu, não como consequência colateral à exposição de um entendimento histórico revisionista, mas como um fim em si mesmo. Assim, ao ponderar o direito à liberdade de expressão e o direito à honra dos ofendidos, o Tribunal entendeu desnecessárias as injúrias perpetradas – sem qualquer valor informativo ou de veiculação de opinião – e optou por conferir a primazia à dignidade dos ofendidos, obrigando ao respeito ao direito alheio, o que é condição essencial para a vida harmônica em sociedade[96].

---

[94] Suprema Corte Americana, 505 U.S. 377 (1992), julgado em 22 de junho de 1992

[95] Suprema Corte Americana, 491 U.S. 397 (1989), julgado em 21 de junho de 1989

[96] Tribunal Constitucional Espanhol, TC S. 176/1995, julgado em 11 de dezembro de 1995

CAPÍTULO 5 - PROTEÇÃO À HONRA, À IMAGEM, À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

> **"Constitui lugar comum a enunciação de que uma coletividade está ameaçada quando se viola a liberdade de imprensa. Mas o exercício abusivo desta liberdade produz consequências não menos chocantes que aquela violação." (Paulo José da Costa Júnior[97])**

A própria Constituição Federal em seu artigo 220, ao tratar da liberdade de manifestação do pensamento, acrescenta um parágrafo (§ 1º) que expressamente impõe a observância do disposto no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV. Os incisos IV, XIII e XIV tratam, respectivamente, de: vedação do anonimato; garantia do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e acesso à informação/sigilo da fonte. Aqui nos interessam mais de perto os incisos V e X do artigo 5º, que dispõem, verbis:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, o âmbito potencialmente conflitivo dos direitos da personalidade imbricados com o exercício da Liberdade de Expressão e de Manifestação do Pensamento foi delimitado pela própria Constituição Federal, com a previsão do temperamento dessa liberdade com a necessária proteção (inviolabilidade) da **honra, imagem, intimidade e privacidade** das pessoas.

---

[97] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*. 2ª ed., São Paulo:RT, 1995, p. 67

Afirmou Claudio Luiz Bueno de Godoy que[98]:

> Costumeiramente, o exercício da liberdade de imprensa suscita colidência em especial com o direito à honra, à imagem e à privacidade, inclusive a ponto de, segundo René Ariel Dotti, existir verdadeira tendência material de que a liberdade de informação e direito à privacidade, honra e imagem se destruam, nas palavras do autor, reciprocamente, quando colocados em confronto. Ou, para Manoel da Costa Andrade, honra, imagem e privacidade são bens jurídicos pessoais que carregam consigo, quando exposto o homem ao relacionamento social, intrínseca vocação conflitual com a liberdade de informação, fazendo-se mesmo portadores de uma imanente colisão de valores. É certo que, na justa advertência de Pierre Kayser, esse imanente conflito entre liberdade de informação e honra, imagem e privacidade não deve levar a mais que uma necessária conciliação entre elas, ao contrário de determinar o completo aniquilamento de uma ou outras.

§ 14. Conceito de Honra das acepções de honorabilidade Objetiva e Subjetiva

> **"Nenhuma contemplação merecem aquêles que, por ódio, despeito, rivalidade ou áspero prazer do mal, se fazem salteadores da honra alheia. Sob certos aspectos, são eles ainda mais perversos que os próprios rapinantes, pois, segundo os versos de Shakespeare, '*...he that filches from me my good name, robs me of that which not enriches him, and makes me poor indeed'* " (Nelson Hungria)**

A proteção da incolumidade da pessoa humana dá-se passando por seus aspectos **corpóreo** (físico, biológico) e **anímico** (espiritual). Estes aspectos espirituais, incorpóreos, da personalidade, que compreendem a autoestima da pessoa, bem como a reputação de que esta goze no ambiente em que vive, são, exatamente, a **honra**, respectivamente em suas facetas **subjetiva** e **objetiva**.

Para Santos Cifuentes, em seu "*Derechos Personalísimos*"[99], a personalidade "está sustentada na reputação; cresce, se engrandece com a fama e o esforço para consolidá-la perante os demais; depende da opinião alheia, porém também da autoestima". Como se

---

[98] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

[99] CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires-Córdoba: Ed. Lerner, 1974, p. 281. Tradução livre de: *La personalidad está sostenida en la reputación; crece, se agranda con la fama y el esfuerzo para consolidarla ante los demás; depende de la opinión ajena, pero también de la estima personal*.

infere daí, e também das lições aqui já sobejamente citadas do mestre De Cupis, falar de **honra** é fazer menção à valorização integral da pessoa em todas as suas projeções individuais e sociais[100].

Como diz Claudio Luiz Bueno de Godoy[101] "o conceito de honra tem sido dividido em uma vertente interna (honra subjetiva) e outra externa (honra objetiva). Pela primeira, seria ela a auto-estima, o amor-próprio, o sentimento da própria dignidade, a consciência do próprio valor moral e social, no dizer de Nelson Hungria. Pela segunda, a honra seria o conceito de que o indivíduo desfruta perante a sociedade: é o apreço, o respeito que se lhe devota, a fama e a reputação que ostenta".

Foi realmente Nelson Hungria quem, entre nós, mais acuradamente explorou o conceito de honra e sua divisão entre honorabilidade objetiva e subjetiva, ao descrever o bem da vida tutelado pela lei penal no caso dos crimes contra a honra. Trouxe citação definitiva do filósofo alemão Schopenhauer (em sua obra *Aphorismen zur Lebensweisheit*[102]) onde se lê: "Honra é, objetivamente, a opinião dos outros sobre o nosso mérito; subjetivamente, é o nosso receio diante dessa opinião". Mas são as noções concebidas por Nelson Hungria, bem verdade que inspiradas numa pesquisa incansável, que peço licença para aqui transcrever em virtude de sua clareza meridiana de difícil reprodução:

> O interesse jurídico que a lei penal protege na espécie refere-se ao bem material da *honra*, entendida esta, quer como o sentimento de nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), quer como o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante os nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama). Assim como o homem tem direito à integridade do seu corpo e do seu patrimônio econômico, tem-no igualmente à indenidade do seu amor-próprio (consciência do próprio valor moral e social, ou da própria dignidade ou decoro) e do seu patrimônio moral. Notadamente no seu aspecto objetivo ou externo (isto é, como condição do indivíduo que faz jus à consideração do círculo social em que vive), a honra é um bem precioso, pois a ela está necessariamente condicionada a tranquila participação do indivíduo nas vantagens da vida em sociedade.

---

[100] Para melhor compreensão do tema cf. também Ramon Daniel Pizarro, *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*, cit., Capítulo IX, pp. 195 e ss.

[101] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

[102] Pág. 68 Nas palavras do autor alemão: *"Die Ehre ist, objektiv, die Meinung Anderer unserm Wert, und subjektiv, unsere Furcht vor dieser Meinung"*

O argentino Ramon Daniel Pizarro[103], forte na lição do criminalista argentino Sebastián Soler, trouxe dois conceitos sucintos e elucidativos de honra subjetiva e honra objetiva, quais sejam:

> El concepto subjetivo de honor, también denominado honra, es "el aprecio de la propia dignidade", o sea, la autovalorización que cada uno "tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético sociales" (citando Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Parte Especial, 3ª ed, Buenos Aires: Ed. Tea, 1970, t. III, pp. 184-185)
>
> El concepto objetivo de honor, en cambio, se refiere a "...la valoración que otros hacen de la personalidade ético-social de un sujeto..."; importa referirnos a la reputación, a la buena o mala fama, a la estima y el respeto que el sujeto puede merecer frente a terceros, ética e profesionalmente. (citando Soler, *opus cit*., p. 186)

Já em 1863 o jurista veneziano Eugenio Florian defendia, em sua tese de cátedra, a existência de várias facetas a serem protegidas desse bem da vida que é a honra, o que depois veio a retomar em sua obra L'ingiuria e la diffamazione[104], onde sustentou que além da reputação "geral ou privada" – exatamente a face externa da honra – podem-se detectar formas de reputação particular que levam em conta a atividade desempenhada por seu titular, seu ramo de atuação profissional ou de deveres que lhe incumbam na vida em sociedade. Assim, surgiria um direito de zelar pela integridade da "reputação profissional", "reputação artística", "reputação literária" ou "reputação política" do titular, por exemplo.

Para Carlos Alberto Bittar[105] parte moral importante e mesmo imprescindível à formação da personalidade é o direito à honra, pois ela compõe a parte mais íntima e recôndita do ser humano e de sua dignidade enquanto pessoa, desde o seu surgimento até depois de sua morte. O autor explica que a importância prática de seu reconhecimento tem uma dupla razão de ser: a "necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o

---

[103] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 196. Observação: foi mantida a citação no idioma original em virtude da menção a *honor* e *honra*, diferenciação no léxico da língua espanhola que alí se consegue compreender, mas que no vernáculo não opera qualquer sentido prático.

[104] FLORIAN, Eugenio. *L'ingiuria e la diffamazione*. Torino: UTET, 1939, p. 99. Tradução livre de: "*Oltre a quella reputazione, che è la parte externa dell'onore, cui può aspirare ogni uomo in società semplicemente perchè tale, e che potrebbe dire generale o privata, noi vediamo spiccare alcune forme di reputazione particolare, le quali prendono sostanze di contenuto dal ramo diverso di attività, dalla natura della funzione, cui l'individuo se è dedicato, dall'ufficio, insomma, dalla professione o dal mestiere che eserciti, e quindi dalla serie di speciali doveri, che gli incombono, o dalla rete di relazioni in mezzo alle quali egli vive e svolge la sua attività. Perciò, oltre la reputazione come generale valore morale della persona, v'è quella particolare, che tocca le attitudini e le capacità inerenti all'impiego, alla professione, al grado ecc. che la persona stessa rivesta. All'infuori di quella, conviene distinguere la reputazione profesionale in senso stretto, la reputazione letteraria, artística o scientîfica, la reputazione politica ecc.*"

[105] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 125.

bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade", vale dizer, a estima de que desfruta em todos os ambientes por onde anda (familiar, profissional, comercial etc) e a proteção daquele "sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva)", algo como o decoro ou a autoestima ou a noção (e apreço) que a pessoa tem sobre si própria.

Na sequência o autor contribui para desfazer o que se trata de uma confusão entre os conceitos díspares de **imagem** e **honra**, com a tentativa de criar um híbrido tal como **Jano**, o **bifronte**, que é o tal conceito de **imagem-atributo**:

> No direito à honra – que goza de espectro mais amplo – o bem jurídico protegido é a reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a própria preservação da dignidade humana. Pode ser atingida pela falsa atribuição de crime, ou pela imputação de fato ofensivo à reputação, com a alteração da posição da pessoa na coletividade, entendendo-se suscetíveis de prejudicar pessoa física e pessoa jurídica (fala-se, ainda em "imagem" da pessoa, principalmente jurídica, que, nesse sentido, corresponde à honra).

Ao tratar do conceito de *honra* em sua importante monografia sobre Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral, Pedro Frederico Caldas[106], erudito, trouxe o exemplo do poema de Gonçalves Dias: "para muitos, a honra sobreleva a própria vida. A literatura, o mais fiel retrato do drama humano, vive do amor e da honra. Só quem não conhece não viveu o encantamento da atitude do velho tupi entregando, para ser devorado, aos terríveis timbiras, o próprio filho, que o desonrara pelo choro perante a morte; e os timbiras, por sua vez, negando-se a devorar o desonrado guerreiro, que só de heróis faziam pasto. Até que o filho, cuja fraqueza fora suscitada pela preocupação em amparar a velhice do pai, decrépito, entendendo por fim que para o pai a honra sobrelevava a vida, resgata a honra periclitada enfrentando, num ato de extrema ousadia, toda tribo timbira, que reconhece a inaudita coragem do jovem tupi e o deixa ir em paz com o seu velho pai e com a honra restaurada (I-Juca-Pirama – em língua tupi, Aquele que Há de Morrer – poema de Gonçalves Dias)".

Segue o mesmo autor, depois do exemplo literário, formulando o seu conceito de honra nos termos seguintes:

> não seria uma erronia dizer que a honra, com toda a sua sutileza de concepção, tem aspecto bifronte: uma face interna, de feição subjetiva; outra, voltada para o mundo, para a sociedade, constituindo o seu aspecto objetivo. Sob o ponto de vista subjetivo, a honra estaria erigida na

---

[106] CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 24.

> autoestima, na consideração que a pessoa tem de si própria, no sentimento de dignidade de cada um. Contudo, essa visão de foro íntimo, este sentimento da própria dignidade, mostram-se insuficientes para conter e estabelecer a traça lindeira do conceito de honra. Há uma necessidade incontida de que essa comunhão interna, esse diálogo entre o homem e a sua consciência, que lhe dá a representação interior do sentido da própria dignidade, ganhe a chancela do reconhecimento forâneo, desabrochando para o mundo exterior, atraindo o reconhecimento e a confirmação da sociedade, que lhe tributará o acatamento, a estima e a consideração moral de todos. Eis aqui, então, a face externa do conceito de honra.[107]

Por fim, trazemos a lição de Pontes de Miranda[108], que no tomo VII de seu *Tratado de Direito Privado*, ao discorrer sobre o Direito à Honra, no § 737, pontifica que o conceito de honra está ligado diretamente tanto à dignidade pessoal – enquanto o sentimento e consciência de ser digno – como também à estima e consideração moral dos outros. Entende o tratadista alagoano que as lesões à honra configuram *atos ilícitos absolutos*, porquanto haja direito de personalidade à honra. Ele atribui grande estatura jurídica à honra,a afirmando que "o direito à honra é direito absoluto, público, subjetivo. Só há ofensa à honra das pessoas, físicas ou jurídicas, inclusive Estados; não há ofensa à honra da 'literatura', ou da 'arte' ou da 'ciência' de determinado país, ou povo; nem a alguma obra de arte. A ofensa a obra de arte pode ser ofensa a quem a fêz, mas aí foi a pessoa do artista que foi ofendida". Ao reforçar essa *pessoalidade* da honra caminha a argumentação do autor no sentido de conferir-lhe a mais alta dignidade, reforçando a ideia de que a ofensa à honorabilidade é ofensa à personalidade e, como afirma, *ato ilícito absoluto*.

E avança o ilustre jusprivatista alagoano na discussão – já àquela época da primeira edição do tratado – quanto à autonomia da responsabilidade civil por ofensa à honra independentemente de ter havido crime[109]:

> o problema do direito à honra está, principalmente, em se saber se há violação da honra sòmente nos casos do art. 1.547, ou também se não houve injúria, nem calúnia, mas houve ofensa à honra, isto é, ao direito à honra, talcomo se dá com qualquer outro direito subjetivo. Responderam negativamente P. OERTMAMN (Recht der Schuldverhältnisse, 1055), L. ENNECCERUS (Lehrbuch, II, 31ª – 35ª ed., 720 s); afirmativamente, H. DERNBURG (Das Bürgerliche Recht, II, 2, 751), F. ENDEMANN (Lehrbuch, 8ª – 9ª ed., I, 1262, nota 28). Em verdade há o direito à honra e o art. 159, 1ª parte, *verbis*, "violar direito", e não só o art. 159, 2ª parte, "causar prejuízo a outrem", é de invocar-se, bem como a tutela específica

---

[107] CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25

[108] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102.

[109] idem, p. 105

> dos direitos de personalidade. (A tradição do direito luso-brasileiro é a do direito subjetivo à honra, ainda quando só se pleiteia pela injúria, tanto que a indenização, que se pedia, era em substituição da ofensa, isto é, "antes tomara perder e deixar de ganhar x que a receber" como se usava nos libelos, ou, depois, nas petições iniciais.) Onde há crime contra a honra, há ação civil; mas pode existir essa sem aquele, isto é, haver a ação de condenação específica, ainda com a reintegração, e a de indenização, basta a culpa; para a condenação específica basta a ofensa objetiva. A honra entra como suporte fáctico em diferentes regras jurídicas. Às vezes sob o nome de idoneidade (*e.g*., arts. 410, 1.489 e 1.490), como para nomeação de tutor ou curador, ou testamenteiro dativo. Para que exista não se exige má-fé, nem a má-fé basta para compor inidoneidade. (...) O conceito de HONRA é o mesmo, no direito penal e no direito privado (MAX FECHTNER, Die Ehre, 11).

Ludwig Enneccerus, cuidando do direito à honra em seu Tratado de Derecho Civil[110], assim se posicionou, *verbis*:

> 1. O direito à honra, que até agora não era reconhecido pela doutrina dominante.
> Já pelo caráter de bem jurídico que possui a honra se depreende que, por força de uma lesão apenas objetivamente antijurídica, se defere em favor do agravado a ação preventiva de omissão, inclusive em face de ameaça de uma lesão iminente e contrária ao direito. O reconhecimento de um direito subjetivo à honra no sentido do § 823 I concede, além disso, a toda pessoa uma pretensão de indenização por uma injúria causada por mera imprudência, sempre que o transgressor não possa alegar una causa especial de exclusão da culpabilidade, § 193 C. pen. Nisso não há nenhuma introdução sub-reptícia de normas graças à inclusão meramente conceitual do dereito à honra conforme o seu verdadeiro *valor vital*, tal como foi reconhecido pelos arts. 1º e 2º ConstRF. Uma proteção jurídica inferior àquela que se concede à propriedade, seria incompatível com a declaração que faz o art. 1º sobre a inviolabilidade da *dignidade humana*. Um ataque à honra é uma lesão que alcança a pessoa no núcleo de sua existência moral.

A proteção da honra sempre foi preocupação dos ordenamentos jurídicos, no curso da História, quer constitucional quer infraconstitucionalmente. No Brasil, além dos

---

[110] ENNECCERUS, Ludwig et alteram. *Tratado de derecho civil Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1966, Tomo II. Tradução livre de: *"1. El derecho al honor, que hasta ahora no era reconocido por la doctrina dominante.Ya de carácter de bien jurídico que posee el honor se desprende que, con motivo de una lesión sólo objetivamente antijurídica, se da en su favor la acción preventiva de omisión, incluso con motivo de la inminente amenaza de una primera lesión contraria a derecho. El reconocimiento de un derecho subjetivo al honor en el sentido del § 823 I concede, además, a toda persona una pretensión de indemnización por una injuria inferida por mera imprudência, siempre que el transgressor no pueda alegar una causa especial de justificación, § 193 C. pen. En ello no hay ninguna introducción subrepticia de normas gracias a la inclusión meramente conceptual del derecho al honor según su verdadero valor vital, tal como le ha sido reconocido por los arts. 1 y 2 ConstRF. Una protección jurídica inferior a la que se concede a la propriedad, seria incompatible con la declaración que el art. 1 hace de la inviolabilidad de la dignidad humana. Un ataque al honor es una lesión que alcanza a la persona en el núcleo de su existencia moral."*

dispositivos constitucionais (em especial os incisos V e X do art. 5º, ora *sub examine*), há toda uma seção do Código Penal dedicada aos Crimes contra a Honra, tipificando os crimes de Calúnia, Difamação e Injúria (artigos 138 *usque* 140). Aníbal Bruno[111] no seu manual de Direito Penal definia o bem da vida penalmente tutelado da **honra** como "uma estrutura unitária, um valor em que se apóia o indivíduo para o conceito que tenha de si mesmo, e a imposição da própria pessoa no meio social".

A antiga Lei de Imprensa – Lei nº 5.250/67, julgada não recepcionada pela Constituição de 1988, através da ADPF nº 130/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, STF em 30/042009 – já previa, também, para os casos de ofensas à **honra** cometidas no exercício da atividade de imprensa, os delitos de Calúnia, Difamação e Injúria (arts. 20 *usque* 22).

A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade pessoal, mesmo que fictícia (a noção edulcorada que tenha de si mesma), até dos ataques da própria verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria, **sendo a honra subjetiva a noção da autoestima, ou seja, o conceito em que alguém tem de si próprio**, ou finge ter para suportar a dor de saber-se menos do que gostaria de ser... Esta é a bela visão – aqui de forma criminosamente simplificada - de Adriano de Cupis sobre o tema da honorabilidade subjetiva, o que explica a necessidade de proteção mesmo diante da ausência de **difamação** pública ou menoscabo do bom nome em que tido socialmente a vítima da lesão.

Resta investigar quem seriam os sujeitos passíveis de titularizar o direito à honra. Em se tratando de um direito inato da personalidade e, portanto, **essencial** e próprio da natureza humana, **necessário para o desenvolvimento pleno** dos seres como pessoas (além, é óbvio, de imprescritível, impenhorável, inalienável, como corolário dessa essencialidade), nos parece absurda a ideia de conceber a existência de pessoas dele privadas.

Assim, os **menores**, quer púberes, quer impúberes; as pessoas **privadas permanente ou transitoriamente de sua consciência** ou de sua capacidade de manifestar a vontade; todos aqueles que **possam ou não compreender uma ofensa** irrogada por terceiro, são titulares do direito de defender a sua honra. Nos casos de não haver capacidade de exercício ou de fato, as ações respectivas serão intentadas por seus representantes legais.

---

[111] BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte especial*. São Paulo: Forense, 1966, p. 283

Importante a admoestação que faz Pizarro[112] ao tratar do tema, dizendo que "também as pessoas que tenham sido condenadas pela prática de crimes, ou ainda as que exerçam atividades socialmente consideradas pouco respeitáveis (como o rufião, a prostituta, etc) têm direito à honra".

Logo adiante o mesmo autor traz sua opinião acerca dos mortos e diz que, pelo fato de não possuírem mais personalidade jurídica – extinta com a morte – estes não podem ser titulares do direito à honra. Para o autor, no entanto, isso não significa que eventuais ataques ao que "seria" a honorabilidade do falecido (à sua memória) deixam de ter repercussão jurídica. Eles afetam, sim, a honra de pessoas ao morto relacionadas por laços afetivos (filhos, viúva, parentes próximos) e estas última demandarão a proteção de suas honras vulneradas: "em todo caso, não é a honra do morto que resulta comprometida, mas sim a destes últimos"[113].

Num sentido diametralmente oposto segue o magistério de Alfredo Domingues Barbosa Migliore, em seu "Direito Além da Vida – Um ensaio sobre os direitos da personalidade *post mortem*"[114], onde se lê que "até outro dia esteve na mídia o caso da biografia não-autorizada de Garrincha, que divulgava casos do atleta e informações sobre sua anatomia, que, de cunho particular e privado, não poderiam ser divulgadas, ainda que verdadeiras, sem autorização expressa". E prossegue o autor mostrando sua posição contrária àquela desposada pelo jurista argentino: "**e vários são os casos de ofensa à honra de pessoas mortas, que o Direito jamais se negou a tutelar**" (grifos nossos).

Também Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, em seu já clássico "O Direito Geral de Personalidade"[115], traz importante lição que, por sua clareza e importância, pedimos licença para transcrever:

> Com a morte de uma pessoa física cessa, pelo menos neste mundo, a sua atividade característica e extingue-se, nos termos do nº 1 do art. 68º do

---

[112] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 197. Tradução livre de: *Também las personas que han sido condenadas por delitos o que realizan atividades que socialmente son consideradas poco respetables (rufián, prostituta, etc.) tienen derecho al honor.*

[113] Idem, p. 198. Tradução livre de: *En todos los casos, no es el honor del muerto el que resulta comprometido sino el de estos últimos.*

[114] MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida. Um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo: LTr, 2009, p. 125

[115] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. Aleixo. *Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 188- 193

> Código Civil, a sua personalidade jurídica, ou seja, a sua aptidão para ser *sujeito* de relações jurídicas.
> Porém, isso não impede, desde logo, que haja *bens* da personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos. É particularmente o caso do seu cadáver, das partes destacadas do seu corpo, da sua vontade objectivada, da sua identidade e imagem, **da sua honra, do seu bom nome e da sua vida privada**, das suas obras e das demais objectivações criadas pelo defunto e nas quais ele tenha, de um modo muito pessoal, imprimido a sua marca.
> E, mais até do que uma mera tutela de bens jurídicos, a nossa lei estabelece uma permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após sua morte, ao preceituar no art. 71º, nº 1, do Código Civil que "os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular"... (grifos nossos)

E é, sem dúvida, a este entendimento esposado por Capelo de Sousa e Alfredo Migliore que aderimos, no sentido de reconhecer a titularidade do morto ao direito à sua honra, cabendo sua defesa àqueles legitimados pela lei substantiva. Tal reconhecimento não se confunde com os danos reflexos que possam ser detectados a partir da mesma situação fática e que tenham como vítimas as pessoas próximas ao falecido (danos por ricochete ou *danni riflessi* [como quer o direrito italiano], ou ainda, *préjudice d'affection* [do direito francês]).

Por fim, quanto às pessoas jurídicas, parece ser, hoje em dia, exangue de dúvidas o fato que que estas não possuem a honorabilidade subjetiva, porquanto ligada a atributos humanos (à ideia que se tem de si próprio, à autoestima), mas possuem claramente o direito à honra objetiva, isto é, à reputação, à boa fama e ao bom conceito social. Podem defender este direito da personalidade que lhes favorece, havendo alguma dissensão doutrinária a respeito de deverem as pessoas jurídicas poder pleitear a mitigação de danos morais – como já vimos no Capítulo 3 supra. Para Maria Celina Bodin de Moraes e Ramon Daniel Pizarro, por exemplo, pessoas jurídicas não deveriam poder ser vítimas de danos morais.

14.1 Caso concreto: Michel Temer X Joesley Batista

Em ação visando exatamente a proteção de seu direito de personalidade à honra, o Senhor Presidente da República, Michel Miguel Elias Temer Lulia ajuizou ação em face de Joesley Mendonça Batista, um dos maiores empresários do País e acionista do grupo J&F (JBS, Friboi, Banco Original, etc), alegando que, em entrevista concedida pelo réu em

17/06/2017 à revista Época, este teria dito uma série de inverdades que teriam tido o condão de macular a honra do autor. O réu teria afirmado, segundo a sentença, que (i) o autor era chefe de uma organização criminosa que praticava atos de corrupção e de obstrução à justiça; (ii) que teria pago R$ 300 mil para custear campanha veiculada pela internet pelo impeachment da então Presidente da República (que fez com que o autor fosse guindado ao posto); (iii) que teria pago as despesas do aluguel do escritório do autor em São Paulo; (iv) que haveria ligações espúrias entre o autor e Eduardo Cunha (deputado cassado e preso por corrupção), Lúcio Funaro (doleiro e operador de propinas confesso e delator em prisão domiciliar) e Geddel Vieira Lima (ex deputado preso e acusado de guardar *in pecunia*, sem qualquer justificação de origem mais de R$ 52 milhões).

O autor alegou que tais afirmações inverídicas fê-las Joesley apenas para beneficiar-se em "delação premiada" com o intuito de livrar-se dos inúmeros crimes por ele sim cometidos e que usou de gravação clandestina para dar veracidade às afirmações feitas ao MPF. Alegou, ainda que outra motivação do réu é o ódio por ter o BNDES, durante o governo do autor impedido a transferência do domicílio da empresa JBS para o exterior o que acarretara enormes prejuízos financeiros ao grupo econômico privado.

Requereu a condenação do réu ao pagamento de R$ 600.000,00 (seiscentos mil Reais) a título de mitigação dos danos morais experimentados.

O réu apresentou contestação alegando, em síntese, conforme o relatório da sentença, que: a) a queixa crime apresentada pelo autor sob os mesmos argumentos deduzidos nesta ação foi sumariamente extinta pelo juízo da vara federal; b) sua manifestação corresponde aos fatos narrados em depoimento para formalização da colaboração premiada, que foi homologada em 18/05/2017 pelo Ministro Edson Fachin, oportunidade em que houve a revogação do sigilo, os fatos constantes do anexo IX referentes ao autor foram ao conhecimento público e, na entrevista à revista Época, limitou-se a fornecer o seu entendimento acerca dos fatos, inexistindo o dano alegado pelo autor; d) a sua entrevista teve como objetivo o exercício regular de seu direito à defesa perante a opinião pública, não caracterizando ilícito passível de reparação; e) a irresignação do autor é, na verdade, em face do conteúdo da colaboração premiada, sendo desnecessárias a agressões do autor ao réu quando do pronunciamento do Presidente antes da circulação da revista. Ao final pugnou pela improcedência da ação.

Decidindo a questão, o juiz de primeira instância principiou por localizar a controvérsia, corretamente, nos lindes dos artigos 927, c/c os arts. 186 e 187 do CC/2002. Em seguida, partiu para analisar se a conduta do réu foi "ilícita" ou se conforme o direito e afirmou que, para tanto, deveria proceder à ponderação, dentro do mesmo art. 5º da CF/1988, entre os incisos IV e XIV (livre manifestação do pensamento e liberdade de informação) de um lado, e o inciso X (que protege a honra) do outro. As razões de decidir do magistrado se basearam, fundamentalmente, nos seguintes aspectos: (i) as alegadas ofensas perpetradas contra o autor o foram por intermédio de uma entrevista concedida a revista que circulou no dia 19/06/2017 e os fatos alí constantes são os mesmos declarados como verdadeiros sob as penas da lei no anexo IX da colaboração premiada cujo sigilo foi levantado pelo Ministro do STF para fins de homologação em 18/05/2017: portanto, "como os fatos já eram de conhecimento público, não há como se considerar que a entrevista teve o propósito de denegrir a imagem do requerente"; (ii) "importante destacar, também, que a entrevista publicada na revista apresenta narrativa clara e objetiva, sem a utilização de adjetivações pejorativas ou discriminatórias de natureza pessoal"; (iii) "o texto publicado não se desvia da narrativa de fatos de interesse público e não houve, em nenhum trecho, crítica pessoal ao autor descontextualizada dos bastidores do Poder"; (iv) "acresça-se, ainda, que as pessoas públicas, mais especificamente o agente público ocupante de cargo eletivo, cujo poder emana do povo, está, naturalmente, mais suscetível às manifestações contrárias, reclamações, críticas e até mesmo denúncias..."; (v) "em suma, a entrevista tem como cerne a narrativa de fatos de interesse nacional que poderão ser objeto de análise judicial pelo órgão competente, os quais se inserem dentro do âmbito da liberdade da informação em um Estado democrático de Direito...".

Pelas razões acima expostas, julgou improcedente a ação por não reconhecer ilicitude na conduta do réu e, por conseguinte, dano moral experimentado pelo autor. Condenou o autor ao pagamento de custas e verba honorária. A sentença é de 12 de janeiro de 2018.

Irresignado, Michel Temer apelou ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em 19 de abril de 2018, tendo a Apelação Cível sendo encaminhada para a 3ª Turma Cível, sorteado como relator o eminente Desembargador Álvaro Ciarlini. Em 23 de agosto de 2018 o recurso foi **provido**, com a reforma da sentença de primeiro grau. O acórdão mereceu a seguinte ementa:

> APELAÇÃO. DANOS MORAIS. HONRA. OFENSAS VEICULADAS EM REVISTA. CIRCULAÇÃO NACIONAL. DESPRESTÍGIO AO CARGO DO OFENDIDO. LIVRE MANIFESTAÇÃO. LIMITES AO DIREITO DE CRÍTICA ULTRAPASSADOS. ALTA REPERCUSSÃO. SUSCETIBILIDADE DO CARGO DA VÍTIMA DAS ACUSAÇÕES. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE OMPENSAÇÃO.
> 1. Reportagem veiculada em revista de circulação nacional, com *animus ofendi* é grave, pois ofensas morais na área da política são sérias.
> 2. Uma vez configurada a intenção de ofender e verificado que a ofensa atingiu o seu destinatário, o valor do seu nome social e do cargo que ocupa, é possível vislumbrar a ocorrência de dano à moral e à honra da pessoa alí mencionada, ressaindo, desse modo, o dever de indenizar.

O julgamento teve lugar na 3ª Turma Cível do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e gerou intensa discussão entre os componentes daquele órgão julgador, não tendo havido consenso, inicialmente, quando à ponderação entre a liberdade de expressão de Joesley Batista (recorrido) e os direitos de personalidade de Michel Temer (recorrente) e, superada, no voto, esta questão, também não houve consenso inicial a respeito do *quantum* mitigatório dos danos morais.

O voto do relator original do feito, Des. Álvaro Ciarlini, envereda por uma argumentação inicial que nos pareceu descabida, *data maxima venia*, a envolver a questão de formação do polo passivo e de eventual ilegitidade *ad causam* passiva de Joesley. Chega a afirmar sua excelência que "o posicionamento do réu Joesley Batista no polo passivo da demanda, mas não a do jornalista, a quem teria concedido entrevista, ou mesmo da revista Época, que publicou a matéria, é circunstância curiosa, a conduzir à inferência de que o ajuizamento da ação se revelou verdadeira aventura jurídica, cujos fins se revelam obscuros". Cita o eminente relator outro aresto daquele mesmo Egrégio Tribunal onde se lê que "o entrevistador desempenha papel preponderante diante do entrevistado e na difusão das declarações obtidas, porquanto, além de influenciar os rumos da entrevista, à medida que sua condução, inevitavelmente, pode influenciar de forma decisiva na manifestação do entrevistado...". Ora, aqui, uma vez mais, pedimos *venia* para discordar francamente desta linha de raciocínio mormente frente às vicissitudes do caso concreto (que é o campo em que deve dar-se o julgamento), porque: (i) principalmente na categoria "entrevista", é que se mitiga drasticamente a responsabilidade do veículo de comunicação social e do jornalista encarregado de "tomá-la", pois se está a expressar a opinião identificada de alguém, que por ela assume eventuais consequências danosas e (ii) não nos parece crível que qualquer jornalista, por mais experiente que fosse, tivesse o talento de manipular um dos empresários mais ricos e hábeis – o maior exportador de proteína animal do planeta – que, inclusive,

acabara de ter visto divulgado (*rectius*, levantado o sigilo), pelo relator no E. STF, o teor de sua colaboração premiada firmada com o MPF, no âmbito de investigação criminal, donde já constavam as exatas mesmas afirmações.

Ao adentrar no mérito da questão, no entanto, o eminte Relator repõe a questão num bom caminho e, atento ao método de Alexey que vê os princípios como "mandados de otimização" que precisam ser realizados na maior medida possível – diferentemente das regras, que têm seus conflitos solucionados **na dimensão da validade**, aplicando-se ou não – e, uma vez tensionados entre si, enfrentam-se na **dimensão do peso**, de forma a averiguar qual deles deverá prevalecer no caso concreto. É a descrição do método da **ponderação** o que fez o culto prolator do voto sob exame. E ao ponderar os valores (*rectius*, princípios) em conflito real (para o eminente relator, forte na lição de Alexey, em situação de tensão), avalia da seguinte forma:

> Em relação à entrevista intitulada "Joesley Batista: Temer é o chefe da quadrilha mais perigosa do Brasil" (fls. 9-19, ID 3898908 e fls. 1-2, ID 3898909), publicada aos 19 de junho de 2017, observa-se, a partir da leitura do excerto, que, *a priori*, tem por objetivo informar o público leitor da suposta ocorrência de crimes (formação de quadrilha, corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, etc) que envolveriam dezenas de agentes políticos, inclusive o atual Presidente da República, e outros agentes políticos que o antecederam.
> Cumpre consignar que, a despeito da veracidade, ou não, da informação, o apelado alegou que as informações prestadas ao periódico teriam sido anteriormente declaradas no bojo do instrumento de Colaboração Premiada como verdadeiras, sob a cominação das penas previstas em Lei, e constam do anexo 9 do ato celebrado com o Ministério Público Federal (fls. 1-4, ID 3898927).
> Além disso, o apelado aduziu que o excelentíssimo Senhor Ministro Relator da causa em curso no Excelso Tribunal Federal, em data anterior (18 de maio de 2017), já havia determinado a supressão do caráter sigiloso da colaboração homologada (fls. 1-12, ID 3898928), razão pela qual as informações ali contidas teriam caráter público e de acesso livre ao conteúdo.
> Por fim, o réu verberou, inclusive, que a queixa-crime ajuizada em seu desfavor pelo apelante fora rejeitada de plano na Justiça Federal (fls. 1-3, ID 3898926), com fundamento na ausência de ato ilícito.
> Nesse sentido, é notório o caráter informativo, diante, inclusive, do amplo conhecimento do público a respeito da notícia. Assim, as circunstâncias apontadas não são aptas a demonstrar a violação aos atributos da personalidade do autor, quais sejam, a imagem, a honra, a respeitabilidade e a boa-fama.
> Diante desse cenário, a douta sentença recorrida não deve ser reformada. Isso porque os fatos imputados ao ora demandante, além de refletirem a mera reprodução do conteúdo da colaboração premiada firmada, não se encontram marcados pelo sigilo das investigações e do processo penal em curso.
> (...)

> Com efeito, o autor falhou em demonstrar minimamente que o elemento subjetivo da conduta teria revelado o *animus difamandi* ou *injuriandi*, a, de fato extrapolar o intuito meramente narrativo.

Instados a votar, o segundo juiz, Des. Flávio Rostirola, acompanhou singelamente o relator e o terceiro juiz, Des. Gilberto de Oliveira, abriu a divergência, sem apresentar voto escrito, no entanto, produzindo, *data venia*, razões de difícil compreensão e mais difícil ainda justificativa de pertinência com a matéria *sub examine*. Como se vê do trecho que pedimos licença para transcrever:

> Desembargador Álvaro Ciarlini, Vossa Excelência muito bem mencionou o inferno astral que está vivendo o Brasil na vida política[116]. Além do conhecimento jurídico das questões que se colocam hoje por meio da operação cognominada Lava Jato, também temos as questões morais que cada um de nós prima, e temos nossas famílias que vivem nesse país e que sofrem com tudo isso.
> Ora, alguns políticos e alguns autores até de renome jurídico questionam as ações da Operação Lava Jato, tomam decisões que agradam a nós como cidadãos, e essas decisões vão se solidificando, prevalecendo, e nós como cidadãos ficamos à mercê de situações que indiretamente participamos por meio do voto, mas diretamente não merecemos[117].
> No entanto, afora isso, tenho conhecimento bastante para entender ou avaliar o que é uma reportagem, uma entrevista ou um *animus ofendendi*, o que é uma ofensa moral. Curiosamente, tenho mais formação na área penal do que na área cível, o que me leva a tecer esses comentários.
> Ora, na área penal, não posso chamar um aleijado na cadeira de rodas de aleijado só com o interesse de ofendê-lo por ser aleijado. Se eu disser isso, estou fazendo uma ofensa moral, embora ele seja aleijado[118].
> (...)
> Seguindo na minha linha de pensamento, dizia do aleijado, e agora me refiro à prostituta. Ora, quantas vezes um homem vai ao cabaré e não pode obrigar a prostituta a atendê-lo[119] e nem xingá-la na rua, chamando-a de puta ou prostituta, porque estaria fazendo uma ofensa moral.

---

[116] Não se encontrou, ao menos no voto escrito, tal menção. Pode ser que conste de notas taquigráficas a que não tivemos acesso.

[117] Difícil compreender a pertinência desse "desabafo" com a ponderação entre os princípios constitucionais em conflito e como fundamentação da decisão a que conduz.

[118] Aqui, parece, *data venia*, haver um sofisma porquanto o termo **aleijado** é pejorativo por si só, não havendo qualquer problema em se apontar o fato de aquela pessoa ser *cadeirante* ou *portadora de necessidades especiais.* Do mesmo modo, na entrevista, em face da acusação do crime de formação de quadrilha, referiu-se o recorrido ao recorrente como **chefe** (palavra que, de per si, não traz carga injuriante) e **da quadrilha** (que, no contexto, refere-se aos fatos de interesse público envolvidos no *animus narrandi*). O recorrido não chamou o alvo da entrevista de, *v.g.*, **fascínora**, **marginal**, **vagabundo**, o que caracterizaria a injúria.

[119] TODAS! Isso seria crime de estupro

Finaliza seu voto, portanto, o eminente Des. Gilberto de Oliveira, dando provimento ao recurso de Michel Temer para codenar Joesley Batista ao pagamento de R$ 600.000,00 (seiscentos mil Reais) a título de mitigação pelos danos morais experimentados.

Bem, já parece ser o suficiente para se compreender da confusão, *permissa maxima rogata*, a que procedeu sua excelência entre os institutos em debate. Ofender o decoro de alguém, manifestar-se sobre um seu defeito físico oculto ou aparente ou penetrar no círculo mais indevassável da esfera privada que é o da intimidade, onde defendidos dos olhares curiosos aspectos como a sexualidade de alguém; (i) que correspondem aos exemplos usados pelo magistrado não guardam qualquer pertinência com a (ii) divulgação de fato de interesse público que não avance sobre a intimidade da pessoa de quem se trata e nem lhe vulnere a honorabilidade com afirmações para além das relacionadas com as questões fáticas de interesse da sociedade. Esta (ii) tem o potencial condão de mitigar a proteção aos direitos da personalidade, a depender, sempre, do exame do caso concreto. Aquelas condutas descritas nos exemplos do voto (i) jamais justificariam tal mitigação, pois não passam de ofensas, sem lastro numa justificativa de interesse público.

Instaurando-se uma contagem de dois votos a um pelo improvimento do recurso de Michel Temer, foi aplicada a técnica de votação ampliada para os casos de infringência, colhendo-se o voto da quarta juíza, a Des. Maria de Lourdes Abreu. Sua excelência alega que "o exame da publicação de alta repercussão em periódico de alcance nacional (ID 3898908 – págs. 1 e 9-19 e ID 3898909 – págs. 1-2) evidencia o intuito ofensivo direto do apelado para denegrir a reputação do apelante ao utilizar expressões como "é o chefe da quadrilha mais perigosa do Brasil" (que, inclusive, dá origem à capa da revista), "quem não está preso está hoje no Planalto", além de relacionar diversos fatos e ilações desabonadoras do exercício do cargo do apelante e que, naquele contexto, pendem de averiguação diante das investigações em curso".

Para a magistrada, a despeito ter a entrevista "como pano de fundo" os fatos delatados em colaboração premiada anteriormente firmada com a Justiça, "o que se explora com luzes nesta lide são as ofensas irrogadas pelo apelado em reportagem que, decerto, deveria ter consciência da alta repercussão".

Assim, reconheceu a ocorrência de dano moral por abuso na liberdade de expressão do recorrido Joesley e o condenou ao pagamento de R$ 300.000,00 (trezentos mil Reais).

Neste ponto do julgamento, portanto, a contagem é de empate de dois votos pelo provimento contra dois pelo improvimento do recurso. Caberá o desempate à quinta juíza, Des. Fátima Rafael que, em seu voto, que acompanhou a divergência, seguiu numa linha argumentativa tendente a repugnar a divulgação de fatos criminosos atribuídos a alguém antes de sua condenação em processo criminal. Diz a eminente magistrada, *verbis*:

> Da análise dos autos, verifica-se que o Apelado não se limitou a retransmitir as informações prestadas no termo de colaboração premiada firmado com o Ministério Público Federal. Fato é que afirmou ser o Apelante chefe de organização criminosa, tendo proferido outras graves ofensas à sua honra.
> Considero que o Apelado não agiu com a cautela esperada de quem dá entrevista a revista de circulação nacional, a qual foi reproduzida e divulgada diversas vezes por outros meios de comunicação.
> Malgrado seja a todos assegurada a liberdade de expressão, a Constituição Federal, dentre as garantias individuais, insere a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. No caso, foi imputado ao ora Apelante, pessoa pública ocupante do cargo de Presidente da República, fato criminoso, sem qualquer comprovação, o que, sem dúvida, ultrapassou os limites da liberdade de expressão.
> Embora se possa alegar que haja divulgação de graves fatos atribuídos ao Apelante, não se conhece, no entanto, qualquer condenação sua em processo criminal.
> (...)
> Ainda que não comprovado o dolo, não se afasta o dever de indenizar, pois aceitar que, sob o argumento de que o teor do que foi dito na colaboração premiada já era de conhecimento público, não autoriza entrevista a revista de grande circulação, com potencialidade de causar-lhe dano moral, o que extrapola o direito à liberdade de expressão, constitucionalmente assegurado.

Condenou a eminente quinta juíza o recorrido ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil Reais), prevalecendo, a final, em virtude da discrepância dos três votos que deram provimento ao recurso em relação ao *quantum*, a proposta da quarta juíza, no valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil Reais).

Na nossa opinião, andou mal, *data venia*, o julgado, sendo que deveria prevalecer o voto do relator original. Não levaram em conta os eminentes desembargadores ao abrir e acompanhar a divergência, ao nosso sentir, respeitosamente discordante, (i) que as pessoas ocupantes de cargos públicos, principalmente os de gestão do orçamento público, devem ter bastante mitigada a proteção a seus direitos da personalidade, principalmente honra e imagem; (ii) que a notícia de que o primeiro mandatário da nação responde a inquérito baseado em delação premiada é de enorme interesse público o que, por si só, influi

decisivamente na ponderação de princípios que aqui se deve operar; (iii) que, em virtude da magnitude dos fatos e da importância do personagem e da repercussão dos crimes sob investigação – tudo tão plausível, que autorizou o Ministério Público Federal a firmar uma colaboração premiada – é totalmente prescindível que se aguarde a sentença penal condenatória (como sugeriu o último dos votos colhidos) para só depois levar à sociedade as informações cruciais quanto à prática político-administrativa do Presidente da república e (iv) as palavras utilizadas, posto que fortes e incisivas – não há como descrever crimes ou suspeitas graves deles com poesia – não tiveram o condão de ferir o decoro íntimo e os assuntos abordados não resvalaram a esfera da intimidade (o menor dos círculos concêntricos da *privatsphaere*).

Assim, quer nos parecer que a entrevista não desbordou do legítimo exercício do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento, conjugada com a liberdade de informação exercida pelo veículo de comunicação social que a reproduziu, devendo a proteção a aspectos da personalidade do Recorrente ser mitigada pela prevalência **neste caso concreto**, após a necessária ponderação, do interesse público legítimo.

§ 15. Conceito de Imagem – Crítica à elasticidade do conceito de imagem-atributo

O vocábulo "imagem" não é unívoco e esta realidade fez surgir uma importante discussão doutrinária quanto ao real alcance do instituto da "imagem", protegido nos incisos V, X e XXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Há, basicamente, duas correntes de pensamento. A primeira delas defende que o direito à imagem incide sobre a conformação física da pessoa. Trata-se se sua projeção exterior, se sua aparência externa e demais elementos que a identifiquem plasticamente (ou outros traços de biótipo, como voz). O principal defensor entre nós dessa corrente é Carlos Alberto Bittar[120], e também já houve julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, como na decisão relatada pelo Min. Cesar Asfor Rocha: "a imagem é a projeção dos

[120] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 87

elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanação da própria pessoa, **é o eflúvio dos caracteres físicos que a indiviualizam**" (grifos nossos).[121]

Walter Moraes, em importante artigo intitulado "Direito à própria imagem"[122] conceitua também a imagem como sendo "toda a expressão formal e sensível da personalidade de um homem". Para o autor, a ideia de imagem, embora atrelada, porquanto **sensível**, à apreensão pelos sentidos, não se restringe, por isso mesmo, "à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, o os gestos, expressões dinâmicas da personalidade".

Antonino Scalisi[123] é um dos modernos autores a se ocupar do tema na Europa e que também abraça a tese de que "por imagem se entende, de regra, a representação visível do semblante da pessoa, ou seja, a reprodução gráfica de suas características".

Também entende a imagem como "a reprodução identificável **dos traços físicos** de uma pessoa sobre qualquer suporte material" o jurista argentino Ramon Daniel Pizarro[124]. Prossegue, em seguida, para dizer que toda pessoa tem direito sobre a sua imagem, o que quer dizer, faculdades para dispor **sobre sua aparência**, autorizando ou não sua captação e difusão (grifos nossos)

A outra corrente defende um conceito bastante mais elástico que se biparte em **imagem-retrato** (que coincide com o conceito formulado acima) e **imagem-atributo**, que abarcaria traços morais, comportamentais e de reputação – afirmando a acepção em sentido lato do vocábulo "imagem" como significando "conceito social" ou "fama". O maior defensor dessa teoria é Luiz Alberto David Araújo[125]para quem "podemos afirmar que existem duas imagens no texto constitucional: a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física

---

[121] REsp nº 58.101-SP, 4ª Turma, julgado em 16/09/1997, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, RSTJ 104/326

[122] MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. RT 443/64, São Paulo: RT, set/1972, p. 64

[123] SCALISI, Antonino. *Il Diritto Alla Riservatezza – Il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 29. Tradução livre de: *Per immagine si intende, di regola, la rappresentazione visiva delle sembianze della persona, ovvero, la riproduzione grafica delle sue fattezze*.

[124] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de os medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 235. Tradução livre de: *la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material*

[125] ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 31

do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de característicos apresentados socialmente por determinado indivíduo". Ou, ainda, Hermano Duval[126], que afirma que a imagem é "a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior".

Acreditamos, com todo o acatamento aos que pensem de forma diversa, estar esta segunda corrente incorrendo num erro exegético ao sobrepor os conceitos de **honra** e **imagem**, apostos pelo constituinte no mesmo exato dispositivo, sendo que a "**reputação**" ou "**fama**" de que goze um indivíduo é exatamente a sua **honra na acepção objetiva** e, portanto, não pode confundir-se com **imagem** que, na sua acepção mais escorreita, relaciona-se com a visão – vale dizer, com tudo aquilo que se possa constatar ou inspecionar a partir do uso deste sentido.

De todo modo, entendemos que a imagem seja esta expressão identificativa exterior da personalidade, quer através do rosto, quer de outros atributos do biótipo, de forma a contribuir para a **fixação da individualidade** da personalidade. A lei não traz palavras inúteis, de forma que a norma não poderia incluir num mesmo dispositivo o termo "honra" e o termo "imagem" significando exatamente aquilo que significa o primeiro, vale dizer: "reputação", "fama", "conceito em que tido socialmente" etc.

Carlos Alberto Bittar, já aqui muitas vezes citado, ao conceituar direito à imagem[127] diz que:

> consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto, etc.) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa).

Na sequência, defende o autor a **absoluta separação entre os conceitos de imagem e reputação**, defendendo que quando há ataque a esta última, não será atingida a "imagem moral" da pessoa, mas à **honra**[128]: "na divulgação da imagem, é vedada qualquer

---

[126] DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 38

[127] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 87

[128] Idem, p. 90

ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro (ou à chamada "imagem moral" ou "conceitual"), à intimidade e a outros valores da pessoa (uso torpe), verificando-se, nesse caso, atentado contra os aspectos correspondentes (**e não violação ao direito de imagem**, que se reduzirá a meio para o alcance do fim visado)".

Quando superada esta questão do conceito de **imagem**, ter-se-ia de se dedicar à defesa de sua proteção **autônoma** em relação aos demais direitos da personalidade e quanto a isso não subsistem maiores dissenções doutrinárias. Já se pacificou o entendimento de que a Constituição Federal pretendeu dar status de autonomia à proteção da imagem, descolando-a de eventual lesão à honra ou à intimidade.

Nesse sentido, podemos citar novamente a lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy[129] quando afirma que:

> Aliás, tanto autônomo se mostra o direito à imagem que, com relação à característica da disponibilidade, ele se distancia de outros direitos da personalidade. Com efeito, sabe-se que a imagem de uma pessoa pode ter seu uso cedido, para fins econômicos, por meio de contratos próprios, tão comuns nos meios publicitários. Bem verdade que, tal como se dá com o direito ao nome e à voz, nesses casos não se está a dispor, propriamente, do direito à imagem. Não se renuncia, por exemplo, à própria imagem. Negociam-se, a rigor, efeitos reflexos, de índole econômico-patrimonial, dela decorrentes. Coerente com toda essa argumentação acerca da autonomia do direito à imagem, e mesmo com o que, em nível jurisprudencial, já se havia assentado mesmo na Suprema Corte, a Constituição Federal de 1988, afinal, cuidou de aludi-lo, separadamente, inclusive da honra, nos incisos V e X do art. 5º, em que consagrados os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Não em diferente sentido, cabe ainda anotar, está o art. 20 do novo Código Civil, que tutela, autonomamente, o direito à imagem da pessoa, condicionando sua utilização ao assentimento do titular, ressalvada a necessidade da administração da justiça e da manutenção da ordem pública.

Devemos frisar, no entanto – ousando, mesmo que neste ínfimo pormenor apenas, discordar do mestre - que para Claudio Luiz Bueno de Godoy, como se infere das conclusões a que chega e enumera em sua obra "A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade"[130], a imagem "significa não só a representação da exteriorização da pessoa, mas também o conjunto dos atributos que a distinguem na sociedade, cabendo-lhe a prerrogativa de vê-los tutelados, de forma autônoma e, igualmente, *post-mortem*".

---

[129] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 38

[130] Idem, p. 120

15.1 Teorias acerca da existência de um direito autônomo à própria imagem

Walter Moraes, em seu artigo já aqui citado[131], forte na lição do espanhol Manuel Gitrama González, traz notícia de nada menos do que sete diferentes teorias a disputar, à época, a questão de uma eventual existência e/ou autonomia de direito à própria imagem, seriam elas: "1) a teoria negativista, que o autor considera superada, e com razão; 2) a que subsume o direito à imagem no direito à honra; 3) a que entende o direito à imagem como manifestação do direito ao próprio corpo; 4) como manifestação do direito à identidade pessoal; 5) como expressão do direito à intimidade; 6) como direito relacionado com a liberdade; 7) como direito ligado à ideia de patrimônio moral da pessoa".

A mais comum das teorias que disputaram a existência e a natureza de um eventual direito à imagem era a que o atrelava ao direito à honra. Para Moraes[132], esta tese era a que trazia implícia a própria **negação** do direito à imagem "e parece vã em si". Isto porque, segundo esta forma de entender o fenômeno, ninguém poderia expor a figura de outrem se tal atividade viesse a vulnerar-lhe a **honra**, ou seja, não é a imagem que está recebendo proteção, e sim a honra. Este também é o entendimento de Alfredo Orgaz[133]. Diz Walter Moraes[134] a respeito desta teoria – que nos importa, especialmente, por conta do quanto disposto no art. 20 do CC/2002 – que, *verbis*:

> Foi este, aliás, o raciocínio dos antigos negativistas: Rosmini, Ferrara, Cohn, Facchioni, Venzi e outros. Observa, Giltrama González, a posição de Vaunois a glosar a velha fórmula francesa "*il faut que la vie privée soit murée*"; mas contra que? pergunta-se; contra a injúria e a difamação. Vaunois foi o primeiro defensor da liberdade de retratar, em França: o artista é livre para reproduzir o que bem entender, contanto que não cometa injúria ou difamação; o retrato que nada tiver de insultante, nada tem de repreensível.
> (...)
> Vê-se, portanto, que a tese da honra é viva e atual. Mas nem por isso esclarecida. Não se põe em dúvida que frequentemente a violação do direito à imagem fere conjuntamente a honra do sujeito... Mas parece bem claro que, como teoria, a construção é "suicida", pois quer instituir um direito sem objeto próprio: um direito à imagem cujo objeto tutelado é a honra.

---

[131] MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. RT 443/64, São Paulo: RT, set/1972, p. 66

[132] idem, p. 67

[133] ORGAZ, Alfredo. *Derecho civil argentino – Personas individuales*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946, p. 161

[134] MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. RT 443/64, São Paulo: RT, set/1972, p. 68

Mais recentemente, Antonino Scalisi[135], em seu "*Il Diritto Alla Riservatezza*", afirmou que no passado se procurou de todas as formas "materializar" e "objetivar" a imagem, afirmando a existência de um direito ao próprio retrato, sendo este entendido como um bem jurídico imaterial. "Outros", diz o autor, "mesmo de forma indireta e quase de um modo insidioso, negaram a tutela ao direito à imagem, afirmando que ele só poderia ser protegido quando houvesse ofensa ao direito à honra da pessoa". Para ele, no entanto, trata-se de orientações de todo superadas, pois o entendimento que prevaleceu foi aquele segundo o qual "a imagem, porquanto representação das feições da pessoa, identifica um dos modos de ser pessoal, isto é, uma das possíveis projeções exteriores da personalidade humana. Neste sentido, a imagem é inerente à pessoa e não se pode dela cogitar como algo destacável do indivíduo, que com ele possa ter uma relação externa com um referencial objetivo".

Como se verá no item seguinte, não nos parece possa remanescer dúvida hoje em dia quanto à existência **sim** de um direito autônomo à imagem, ligado diretamente – e fazendo parte integrante – à personalidade. De se notar que alguns dos textos aqui citados, dando conta das disputas doutrinárias, foram escritos em 1946 (o de Alfredo Orgaz) e 1972 (o de Walter Moraes), não havendo se falar hodiernamente em atrelamento do direito à própria imagem a qualquer outro, negando-lhe autonomia.

Infelizmente, o Código Civil de 2002, cujo projeto remonta a 1975, contribui para o estabelecimento de confusões a partir da infeliz redação emprestada a seu art. 20, como se examinará em seguida.

---

[135] SCALISI, Antonino. *Il Diritto Alla Riservatezza – Il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 32-33. Nas palavras do autor: *Nel passato si cercò in tutti i modi di materializzare e di oggettivare l'immagine affermando l'esistenza di un diritto sul proprio ritratto, inteso questo come bene immateriale. Altri, sia pure in forma indireta e quase in modo insidioso, hanno negato tutela al diritto all'immagine affermando che esso può essere tutelato solo quando sia leso l'onore della persona. Si trata, comunque, di orientamenti che devono ritenersi superati. è orientamento di gran lunga prevalente quello secondo cui l'immagine, per quanto rappresentazione delle sembianze della persona, identifica uno dei modi dell'essere personale, cioè una delle possibili proiezioni esteriori della personalità umana. In questo senso, l'immagine è inerente la persona e non è pensabile come qualcosa che si staccato dall'individuo ed abbia con questo solo una relazione esterna quale punto di riferimento oggettivo.*

15.2 O direito à própria imagem na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002

Ainda no que respeita à imagem, deve-se apontar a flagrante inconstitucionalidade do art. 20, *caput*, do Código Civil que, ao prever a tutela da imagem do indivíduo, condicionou tal proteção (além de duas exceções aceitáveis e de interesse público: necessidade para (i) a administração da justiça ou (ii) para a manutenção da ordem pública) a dois fatores estranhos ao interesse legítimo e inato do indivíduo de preservar o uso de sua imagem. São eles: a) o atingimento da honra da pessoa retratada, sua boa fama ou respeitabilidade ou b) a destinação comercial à imagem por parte daquele que a pretenda usar. Veja-se:

> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou **a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas**, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, **se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais**. (grifos nossos)

Ora, a incompatibilidade desta parte do art. 20 com a Constituição Federal dá-se exatamente porque a lei restringe a proteção que na Carta Magna se apresenta mais ampla e sem condicionantes. Deveras, assim dispõem os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, *verbis*:

> 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 à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Vê-se claramente não ter a CF/1988 estabelecido quaisquer condições para o exercício da defesa desse importante direito da personalidade e, realmente, casos há em que a imagem pode ser utilizada de maneira indevida e indesejada por seu titular, sem que tal uso lhe afete a honra – conceito bastante distinto – ou sem que a utilização de destine a fins comerciais. Nestes casos, estaria o titular de um direito da personalidade desprovido de proteção jurídica em vista da restrição e do *discrimen* operado pelo CC/2002? Nos parece que a resposta é negativa e que o mais acertado seria declarar a inconstitucionalidade da restrição feita pela lei civil, ampliando-se o nível de proteção da imagem.

Para Antonino Scalisi[136] o direito à própria imagem se apresenta com uma duplicidade de conteúdos: (i) um conteúdo positivo, que é o direito de a pessoa mostrar-se aos outros se e quando bem entender; sob este aspecto positivo, o direito à imagem existe de per si como um direito inerente à condição de pessoa e é tutelado independentemente de ofensa ou vulneração – isto é, de divulgação de sua imagem por parte de outrem, que venha a causar-lhe dano; e (ii) um conteúdo negativo, que consiste na vedação a terceiros da divulgação da imagem da pessoa a não ser nos casos de consenso do retratado ou naqueles expressamente previstos em lei para a dispensa de tal consenso (a pessoa, obviamente, não tem o direito, se vive em sociedade, de impedir que as outras pessoas lhe conheçam as feições, mas pode impedir o uso instrumentalizado dessa imagem para fins comerciais ou institucionais, de propaganda etc).

15.3 Conclusões pontuais e alguns casos concretos

À guiza de conclusão de seu precioso trabalho relativo ao direito à própria imagem, Walter Moraes[137] trouxe 16 proposições que resumiriam, a seu sentir, toda a matéria ali tratada:

> O quanto se disse pode ser resumido nas seguintes proposições: 1) Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito; 2) A própria imagem constitui um bem jurídico autônomo; 3) O direito da imagem é matéria de direito da personalidade; 4) O direito à própria imagem é direito inato; 5) A ordem jurídica confere ao sujeito o direito exclusivo de autorizar a disposição de sua imagem; 6) O direito de

---

[136] SCALISI, Antonino. *Il Diritto Alla Riservatezza – Il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*. Milano: Giuffrè, 2002, pp. 30-31. Nas palavras do autor: *Esso si presenta con due contenuti correlati tra loro; un contenuto, per così dire positivo, consistente nel diritto della persona di mostrarsi agli altri quando ha un interesse a farlo o comunque quando non ha interesse a non farlo. Esso corresponde non solo ad un interesse complementare alla libertà individuale ma anche e soprattutto ad un interesse del soggetto di circondarsi di un certo riserbo, ovvero di isolare dalla conoscenza altrui una componente della sua persona: l'immagine; ed è direto a soddisfare un'esigenza squisitamente spirituale di isolamento. Sotto questo aspetto il diritto all'immagine existe in sé e per sé come diritto inerente alla persona e come tale ha una sua ontologica esistenza giuridica ed è tutelato independentemente dall'offesa e dal danno, cioè anche laddove la riproduzione e/o la diffusione dell'immagine non arrechi danno alla persona. Un contenuto negativo, che consiste nel divieto per i terzi di divulgare l'immagine della persona se non nei casi previsti dalla legge, essenzialmente: con il consenso dell'interessato o in taluni ipotesi, normativamente previste, anche contro il consenso del soggetto ritratto. Ovviamente, è appena il caso di chiarire che l'immagine della persona è destinata ad essere conosciuta dai terzi in quanto il sogetto, per lo stesso ordine naturale del vivere sociale, si trova continuamente esposto allo sguardo del pubblico. In questo senso, la persona non può avere e non ha il diritto che i terzi non guardino o non conoscano le sue sembianze, né impedire che il suo sembiante oltre ad essere osservato diretamente sia fissato in un ritratto. La conoscenza e/o la riproduzione (che non varca le soglie della publicità) da parte dei terzi delle sembianze di una persona non solo è legitima ma non può neppure essere vietata dalla legge. Piuttosto la legge vieta che i terzi facciano uso dell'immagine altrui, ovvero la strumentalizzazione dell'immagine altrui per interessi diversi, patrimoniali o di altra natura, da quelli del soggetto ritratto*.

[137] MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. RT 443/64, São Paulo: RT, set/1972, pp. 104-105

> autorizar implica disposição geral da imagem; 7) A faculdade de autorizar é uma das faces do direito próprio de dispor; 8) O direito de dispor da própria imagem não pode atingir os direitos substanciais do autor e os do proprietário do "corpus mechanicum"; 9) O direito de dispor da própria imagem abrange a forma física original do homem; 10) A disposição econômica da própria figura induz um contrato "sui generis"; 11) O direito exclusivo de modificar a própria imagem está contido no direito de disposição; 12) Tem cabimento jurídico a oposição do sujeito ao ato de captação de sua imagem, enquanto isto signifique proibição de reprodução da mesma; 13) Se a imagem é um bem jurídico essencial, o seu titular pode exercer sobre ela os atos de disposição que lhe aprouver, exceto os que impliquem privar-se dela; 14) O interesse público estabelece os limites contingentes ao direito de dispor da própria imagem; 15) A tutela processual da imagem assenta numa pretensão negatória de conteúdo negativo ou positivo, mas não exclui uma pretensão reparatória e 16) O direito à própria imagem extingue-se com a morte do sujeito titular.

Caso concreto: *Caso Rouff v. La Publicité Artistique* (do direito francês)

Em Paris, a prestigiada Maison Rouff, da costureira Maggy Rouff – nascida Margueritte de Wagner em 1896, parisiense de origem belga – contratou os serviços da agência "La Publicité Artistique" para a cobertura fotográfica de desfile de moda realizado em seus salões e posterior veiculação das fotos em vagões-restaurante e salões de transatlânticos de luxo.

Não tendo logrado obter das empresas ferroviária e de navegação as necessárias autorizações, a "Publicité Artistique" denunciou o contrato havido com a Maison Rouff, convencionando a destruição dos clichês fotográficos que já não seriam mais utilizados para nada.

Para surpresa da costureira, esta descobriu que a agência estava se utilizando das fotos tomadas por ocasião do desfile e as exibindo publicamente em aparelhos estereoscópicos espalhados por vários pontos de Paris, dando à mostra o título "Avant le Bal". Rouff e as modelos ajuizaram ação contra a agência de publicidade. A costureira requeria a destruição dos clichês e as modelos pleiteavam indenização por perdas e danos de 500 francos para cada uma, em virtude do uso inconsentido de suas imagens.

O Tribunal do Sena determinou a destruição dos clichês, sob pena de astreintes de 50 francos por dia de atraso, e condenou a empresa ao pagamento de perdas e danos de 200 francos para cada qual das modelos retratadas.

Como *ratio decidendi* alegou o Tribunal que o fotógrafo, posto que fosse o proprietário de seus clichês, não poderia dar-lhes uso, especialmente publicando-os, sem a autorização expressa das pessoas cuja coisa ou cujas feições tenham sido reproduzidas.

Caso concreto: *Caso Pugilistas Italianos* (do direito italiano)

Em 1969 o "Pretore di Roma" – Tribunal de Apelação – julgou no sentido de que os pugilistas que protagonizavam um combate usado como cena de fundo num diálogo entre os personagens principais de um filme, não tiveram lesado o seu direito de imagem.

Nas palavras exatas do Acórdão[138] tem-se que "a exibição esportiva, nos poucos fotogramas nas quais capturada, o foi em tomadas longas ou médias, continuamente interrompidas pela montagem, com o primeiro plano ocupado pelos atores e os detalhes da sala (...) por conta de tal efeito, as imagens dos recorrentes se inserem num âmbito de absoluta assessoriedade (...) com a consequência de que os perfis e os detalhes fisionômicos particulares permanecem absorvidos num difuso anonimato que os priva de qualquer sentido autêntico e autônomo.

A Imagem perde, desse modo, significado e conteúdo de imagem. A imagem é, de fato, essencialmente, individualidade, determinação de traços físicos, notações concretas da pessoa, expressão típica e absoluta de uma realidade fisiologicamente especificada, e ainda, para ser tal – e protegida como tal – a imagem deve inserir-se num processo representativo, capaz de produzir aqueles efeitos individualizantes e predisposto à indigitada produção.

Diante da falta de tais caracteres, a produção da imagem não assume relevo para os fins da tutela personalíssima (...) e se rebaixa ao papel comum de cenário, porquanto a percepção do receptor não é a de perfil pessoal, mas apenas do ser e do tornar-se a imagem algo que desempenha somente um papel impessoal".

Caso concreto: *Caso Bismarck* (do direito alemão)

---

[138] Pret. Roma, 22.5.1969, DRD 1969, 331. Tradução livre de: *La esibizione sportiva, nei pochi fotogrammi in cui è ripresa, lo è con campi lunghi o medi, di continuo interrotti dal montaggio di primi piani degli attori, di dettagli della sala (...) per tale effetto le immagini dei ricorrenti si inseriscono in un ambito di assoluta accessorietà (...) con la conseguenza che i profili e notazioni fisiologiche particolari rimangono assorbiti in un difuso anonimato che li priva di ogni valore autentico e autônomo, L'immagine perde in tal modo significato e contenuto di immagine. L'immagine è, infatti, essenzialmente, individualità determinazione di tratti fisici, notazioni concreta della persona, espressione típica e assoluta di una realtà fisiologicamente specificata, e ancora, per essere tale e protetta per tale, l'immagine deve inserirsi in un processo rappresentativo, capace di produrre quegli effetti individualizante e predisposto a siffatta produzione. Nel difetto di tali caratteri la produzione dell'immagine non assume rilievo ai fini della tutela personalíssima (...) e degrada al ruolo di comune fondale enquanto la percezione che il destinatario ne ha non è quella del profilo o del prospetto (...) ma solo dell'essere e del divenire di una qualunque prospettiva, nella quale l'immagine gioca un ruolo impersonale.*

Em 1898, o príncipe Otto von Bismarck, ex chanceler do Reich alemão, um dos homens públicos de maior notoriedade naquele país *até hoje*, é fotografado morto em sua casa por dois fotógrafos que a invadiram subornando alguns criados. Tinham em mente os fotógrafos vender por um alto preço as imagens em virtude da popularidade do retratado; "o velho militar e aristocrata prussiano, a despeito de sua decadência política, conservou imensa popularidade. Não é exagero dizer que ele foi uma das primeiras celebridades da era moderna", diz Otavio Luiz Rodrigues Junior[139], que noticia, na sequência, que a família do nobre e dirigente político alemão conseguiu, acionando os fotógrafos, uma medida cominatória que os impedia de publicar a imagem e apreendia as chapas, os negativos e as impressões porventura já feitas.

A importância do estudo deste caso como um *leading case* de limitação das liberdades comunicativas no Direito Civil é o fato de ter sido a decisão precursora no direito alemão no sentido de ponderar a liberdade de informação **apenas** em relação a um direito de personalidade (a **imagem**) de uma pessoa – em que pese ser um estadista, um oligarca, um aristocrata – e não em relação a questões "de natureza política ou altas razões de Estado, como nos clássicos exemplos de crimes de lesa-majestade por ofensas à dignidade do monarca..."[140].

E seguem as consequências jurídicas deste pioneiro episódio, razão pela qual tanto interesse desperta ainda seu estudo nos cursos de direito ao redor do mundo, peço aqui licença para transcrever a notícia que sobre isso traz o já aqui citado artigo de Otavio Luiz Rodrigues Junior, cujas erudição e precisão histórica fazem jus à reputação de seu autor:

> Sob forte influência desse caso, em 1907, a Dieta alemã [Parlamento do Império] aprovou uma lei relativa aos Direitos Autorais sobre Belas Artes e Fotografias (KWG), na qual se exige o consentimento do titular da imagem para que sua reprodução seja lícita. Algumas exceções são apontadas (§ 23), como a participação em eventos históricos, o que dá margem a muitas controvérsias sobre o limite dessa situação excepcional; a imagem ser um mero acessório de uma paisagem ou de grupos de pessoas; a participação em procissões, cortejos, passeatas, greves e outros eventos de natureza multitudinária. No entanto, há ressalvas se, ainda assim, observar-se violação ao direito do titular da imagem ou de seus familiares, se ele já tiver morrido. Em seu § 22, a lei determina que, após a morte da pessoa cuja imagem houver sido reproduzida, seu uso dependerá de autorização dos

---

[139] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no direito civil. in 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002 – estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. CASSETARI, Christiano (coord). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115

[140] Idem, p. 115

> parentes, fixando-se o prazo de dez anos para essa proteção *post-mortem*. Em larga medida, há aqui o reconhecimento da tutela de um direito da personalidade em relação a alguém falecido, o que não deixa de ser digno de registro por se tratar de uma previsão legal inovadora para a época.

Caso Concreto – *Cássia Kis X Ediouro S/A*[141]

A atriz Cássia Kis teve fotografias que a retratavam publicadas por uma revista mantida pela editora Ediouro S/A, sem que ela houvesse autorizado o uso de sua imagem. Ajuizou a atriz ação indenizatória contra a editora mas o resultado obtido até a segunda instância foi o reconhecimento de nados materiais e a negativa da mitigação de danos morais, "dado que a reparação a esse título não se concede se a publicação não ofende a reputação da autora, em nada abalada pelo uso indevido" (sic - acórdão recorrido através do Recurso Extraordinário ao STF).

São alegações da autora/recorrente, conforme o relatório do RE: a) **existência de fato incontroverso**, o uso não autorizado de fotografias suas em publicação; b) **ocorrência de contradição no acórdão recorrido e de afronta ao art. 5º, X, da Constituição Federal**, mormente porque a decisão recorrida teria reconhecido ser indiscutível, diante do texto constitucional, que o uso de fotografia sem autorização, com finalidade lucrativa, gera o dever de indenizar, por **violação ao direito de imagem**. Ademais, se o acórdão recorrido reconheceu que a recorrente não deu autorização a pessoa alguma para publicar sua imagem, tal ato seria ilícito civil e penal, daí a obrigação da recorrida à reparação dos danos morais e materiais; c) **divergência do acórdão recorrido com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** (RE 95.872-RJ, 1ª Turma, Rafael Mayer, RTJ 104/801) e do **Superior Tribunal de Justiça** (Súmula 37/STJ).

O eminente relator adota e transcreve o parecer – ou pelo menos grande parte dele – da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Helenita Caiado de Acioli, que, dentre outras coisas aduz:

> 6. **Data maxima venia**, a reparação do dano moral não exige necessariamente a ofensa à reputação daquele que tem sua foto publicada sem o seu consentimento.
> 7. O eminente Ministro Rafael Mayer ao relatar o RE 95.872, mesmo antes da nova Constituição, já afirmava: **"O dever de indenizar decorre da simples utilização de um direito personalíssimo, o da imagem"** (*in* Jurisprudência Brasileira, vol. 95, p. 95).

---

[141] STF, RE nº 215.984-1 – RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 4.06.2002

> 8. Na hipótese **sub judice** a recorrente, artista consagrada, teve sua fotografia publicada sem o seu expresso consentimento ou contratação, em violação à norma constitucional, que protege e garante o direito à própria imagem (CF/88, art. 5º, X). Se, dúvida, a imagem da atriz é um produto que lhe pertence e foi obtido ao longo de sua carreira, compõe seu patrimônio econômico e, não poderá ser utilizado sem a sua anuência, ou contrato, principalmente em revistas, com evidente cunho publicitário. Daí o constrangimento e o sentimento de revolta e indignação da recorrente a caracterizar o dano moral.
> 9. O dano moral envolve conceito inerente ao sentimento, sendo desnecessário que ofenda a reputação, como equivocadamente entendeu o v. acórdão recorrido. Existe, sim, uma agressão moral, se considerada a imagem como um dos direitos da personalidade, a ser compensada satisfatoriamente.

Asseverou o eminente relator que o acordão recorrido teria entendido como indevida a mitigação do dano moral em virtude de a recorrente "não ter sofrido nenhum abalo em sua reputação ou constrangimento moral pelo uso indevido das fotografias". Mas deixa claro que a CF/1988 diz ser invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. "É dizer, a Constituição não exige a ocorrência de ofensa à reputação na reparação do dano moral. Na verdade, o Tribunal a quo emprestou ao dano moral caráter restritivo, o que não se coaduna com a forma como a constituição o trata, no inc. X do art. 5º. O que precisa ser dito é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento ao fotografado, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição (art. 5º, X)".

Terminou o acórdão sendo assim ementado:

> CONSTITUCIONAL[142]. DANO MORAL: FOTOGRAFIA:PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. Constituição Federal, art. 5º, X
> I – Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele

[142] Ainda não estava em vigor o artigo 20 do CC/2002, que passou a considerar passível de indenização o uso de imagem alheia para fins comerciais, independentemente de qualquer repercussão negativa sobre a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do retratado.

exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.
II – R.E. conhecido e provido.

§ 16. Privacidade[143] – Intimidade e Vida Privada tal como protegidas pela Constituição Federal

La prensa no es la escalera para assaltar la família y su secreto; no es la llave falsa para violar la casa protegida por el derecho público; no es el confessionario católico que descende a la consciencia privada. El que así la emplea, prostituye su ejercicio y la degrada más que lor tiranos.
(Juan Bautista Alberdi[144])

Optou o constituinte de 1988 por consagrar a inviolabilidade, de forma autônoma, **da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem**, o que reabriu a discussão doutrinária quanto à distinção ou à sinonímia entre os institutos da **intimidade** e da **vida privada**, que tanto mobilizou os autores que se dedicaram ao tema dos direitos da personalidade.

José Afonso da Silva[145] procurou referir-se a ambos, *lato sensu*, como **direito à privacidade**, abarcando as noções tanto de vida privada quanto de intimidade. Segundo ele, "privacidade é o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob

---

[143] Ressalte-se a crítica feita ao termo "**privacidade**" por Paulo José da Costa Júnior (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p, 25), quando aponta: "**Anote-se: a expressão exata, em bom vernáculo, é privatividade, que vem de privado. E não privacidade, que é péssimo português e bom anglicismo (vem de *privacy*)**". Seguiremos, com todas as vênias do estimado professor, utilizando-nos do termo **privacidade**, em vista de sua consagração na doutrina e nos tribunais brasileiros.

[144] ALBERDI, Juan Bautista. *Obras completas*. Buenos Aires, 1886, t. IV, p. 106

[145] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 183

seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito".

Uma outra visão é a teoria dos círculos concêntricos, pela qual a intimidade, menos ampla, seria um círculo de raio menor do que a vida privada. Haveria, portanto uma situação de continência onde esta última conteria aquela. Segundo essa forma de entender o fenômeno, (a) o maior âmbito seria a **esfera privada** – *Privatsphäre,* para Henkel e, em geral, para a doutrina alemã – onde estariam compreendidos todos aqueles fatos que o titular não quer que se tornem de domínio do público em geral. Dentro da esfera privada estaria ubicada (b) a **esfera da intimidade** – *Vertrauensphäre* -, a este *locus* mais restrito só têm acesso as pessoas mais próximas do titular, em quem este confia mais e com as quais desfruta, como o nome sugere, de intimidade. Aqui sucedem-se os fatos mais íntimos, as conversas mais restritas, e dão-se os momentos de maior recato; restando excluídos não só as pessoas do público como mesmo as pessoas da esfera privada do titular, mas que não alçadas – a seu único e exclusivo critério – à sua esfera da intimidade. Finalmente, localizada no mais recôndito das três esferas concêntricas, se encontraria a (c) **esfera do segredo** – *Geheimsphäre* – que contém aquela parcela da vida particular do titular que ele não pretende desvelada aos olhos de ninguém ou de quase ninguém. Os fatos, acontecimentos, conversas, enfim, tudo o que se dá nesse âmbito da vida privada, é coisa que o titular não quer que chegue ao conhecimento nem de seus amigos mais íntimos ou familiares mais próximos. A escolha das raras pessoas a acessar a estreita esfera do segredo é decisão indelegável, personalíssima do titular da vida privada. É aqui onde a proteção do ordenamento deve ser mais severa contra a indiscrição, fazendo-se sentir com todo o rigor e tornando-se relativamente mais elástica ao avançar para os círculos concêntricos mais externos.

Antonino Scalisi traz uma importante reflexão sobre o tema em seu "*Il Diritto Alla Riservatezza – Il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*"[146], onde diz que é uma afirmação recorrente na literatura jurídica mais recente que a privacidade – *riservatezza* – seja um modo de viver da pessoa que consista, exatamente, na exclusão de todos os demais do conhecimento a respeito de tudo o que se refira a ela. Este modo de viver pertenceria, segundo o autor, a uma mais ampla categoria de modos de ser "morais" e traduziria a necessidade, de ordem

[146] SCALISI, Antonino. *Il Diritto Alla Riservatezza – Il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 5

espiritual, de cada homem de isolar-se dos outros e da vida em sociedade, quando, como e na medida em que entender oportuno. Pedimos *venia* para transcrever trecho da lição de Scalisi, em face de sua precisão e clareza difíceis de reproduzir:

> No tecido humano, no qual o homem vive e opera, este modo de ser da pessoa se constitui como interesse: à reserva da própria imagem ou do próprio aspecto físico assim como perceptível visualmente; ao "segredo" sobre fatos e vicissitudes da própria vida; à "solidão" verdadeira e própria; à "intimidade" de uma própria vida familiar e de grupo, ao "anonimato", à "reserva" como uma barreira psicológica contra a indiscrição alheia; enfim – para usar uma expressão de importação inglesa – como interesse à própria "privacy".[147]

De todo modo, a privacidade, assim como de resto todo o arcabouço dos direitos da personalidade foram um ganho civilizatório ocorrido ao longo dos anos e baseado numa construção jurisprudencial mais do que em imposições legislativas – ou mesmo nas metanormas, declarações, tratados etc. Em seu artigo "Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias"[148], Silmara Juny de Abreu Chinellato adverte com muita propriedade que: "A importância da jurisprudência na evolução dos direitos da personalidade é nítida e ocorre em outros países, desde o século XIX, como se pode constatar à leitura da obra de Raymond Lindon cujo título é significativo: *Une création prétorienne: les droits de la personnalité*. O autor informa que o primeiro caso julgado do qual se tem notícia é o que se refere à então famosa atriz Rachel, fotografada no leito de morte em junho de 1858".

Para René Ariel Dotti, em seu "Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: possibilidades e limites"[149], a intimidade corresponde à "esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais".

---

[147] Tradução livre de: *Nel tessuto umano, in cui l'uomo vive ed opera, questo modo di essere della persona si costituisce come interesse: al riserbo della propria immagine o del proprio aspetto fisico così come percettibile visivamente, al "segreto" su fatti e vicende della propria vita, alla "solitudine" vera e propria, all'"intimità" di una propria vita familiare e di grupo, all'"anonimato", alla "riservatezza" quale barriera psicológica contro le indiscrezioni altrui; insomma – per usare un'espressione d'importazione inglese – come interesse alla propria "privacy".*

[148] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos da personalidade: o art. 20 do código civil e a biografia de pessoas notórias. in 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002 – estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. CASSETARI, Christiano (coord). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127

[149] DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: RT, 1980, p. 69

Também Tércio Sampaio Ferraz Júnior emprestou sua erudição à análise do tema[150] afirmando que "a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum ... já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio são excluídos terceiros".

Já Márcia Haydée Porto de Carvalho, faz uma interessante subdivisão do direito à **intimidade** em mais três outros direitos, quais sejam: o direito à solidão; o direito de sigilo sobre os dados íntimos; e o direito de decidir o que deve ou não tornar público relativamente à sua vida. Por força deste último direito, um corolário do direito à intimidade, dever-se-ia compreender o titular (para aqui usar a expressão da autora) como "o centro divulgador de informações", que é quem deve decidir sobre o que tornar ou não público no que respeite, por exemplo, a "seu real estado de saúde, sua opção sexual, sua situação financeira, seu comportamento no interior de sua residência, dentre outros".[151]

Uma visão interessante é a que traz Vidal Serrano Nunes Junior[152] apoiando-se na lição de José Martinez De Pisón Cavero, que estabelece conceitos distintos para os institutos da **privacidade** e da **intimidade**: "privacidade, que tem em conta a esfera da vida individual nucleada na ausência do público, ou seja, na esfera de comodidade onde as relações sociais exteriores ao núcleo familiar permanecem resguardadas, ou, em melhor expressão, confinadas no próprio núcleo familiar, repugnando qualquer intromissão alheia. Outro, de intimidade, ainda mais restrito que o de privacidade, que tem em vista exatamente essa interpessoalidade da vida privada".

Intimidade, para Ramon Daniel Pizarro[153] é um direito personalíssimo "de amplo conteúdo e manifestações sumamente variadas". Amparando-se nas lições de Ferreira Rubio,

---

[150] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 1, nº 1, p. 79, out/dez. 1992.

[151] CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *A defesa da honra e o direito à informação*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002, p. 100

[152] NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística.* São Paulo: FTD, 1997, p. 91

[153] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, pp. 174-175. Tradução livre de: *Se trata de un derecho personalísimo de amplio contenido y de manifestaciones sumamente variadas. Como bien lo señala Ferreira Rubio, está integrado por tres aspectos*

ele defende que o direito à intimidade "é composto por três aspectos fundamentais: **tranquilidade** (direito a ser deixado em paz), **autonomia** (liberdade de tomar as decisões relacionadas com as áreas da nossa própria existência) e **controle da informação pessoal**"(grifos nossos).

Segundo Pizarro, o direito à intimidade confere as seguintes prerrogativas ao seu titular: a) opor-se a investigações de terceiros no âmbito de sua vida privada e b) opor-se à divulgação de dados, eventualmente obtidos, que, por sua natureza estejam destinados a permanecer alijados da curiosidade pública. Para efeitos de proteção da intimidade, é absolutamente irrelevante se os fatos íntimos que se pretenda divulgar são verdadeiros ou não.

São exemplos desses aspectos da existência humana que devem permanecer cobertos pelo manto da **privatividade** – para usar o termo preferido por Paulo José da Costa Jr. – os relacionados com a vida familiar, afetiva ou íntima; bem como aqueles a envolver eventos puramente pessoais, como: qualidades, hábitos, defeitos ou anomalias físicas ou psíquicas não ostensivas, fatos penosos ou mortificantes, fraquezas, misérias humanas, doenças etc. Da mesma forma, opiniões políticas do cidadão, suas crenças religiosas ou de outra índole qualquer, que constituam suas convicções íntimas e que o indivíduo deseje subtrair do conhecimento alheio[154].

Carlos Alberto Bittar[155] situando-o entre os direitos que denomina como "de cunho psíquico", nele divisa a elisão de qualquer atentado a aspectos particulares ou íntimos da vida da pessoa, em sua consciência, ou em seu circuito próprio, compreendendo-se o seu lar, a sua família e a sua correspondência. Para ele, o fulcro desse direito está na necessidade humana de "isolamento mental", que para o autor é ínsita no psiquismo do homem, porquanta haja coisas e circunstâncias de nossas vidas e personalidades que não queremos que se descortinem ao conhecimento dos outros. O direito à intimidade tem o conteúdo de limitar ao máximo a aproximação do *extraneus* à esfera privada ou íntima (lembrando que são círculos concêntricos, sendo esta última a esfera mais restrita) do titular. São esses seus elementos: "a vida privada; o lar; a família; a correspondência, cuja inviolabilidade se encontra apregoada,

---

fundamentales: tranquilidad (derecho a ser dejado en paz), autonomía (libertad de tomar las decisiones relacionadas con las áreas de nuestra propia existencia) y control de la información personal.

[154] Idem, p. 175

[155] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 102-103

no mundo jurídico, desde os textos das Declarações Universais às Constituições e, ainda, em muitos pontos da legislação ordinária".

Em seu *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*, Pedro Frederico Caldas[156] traz uma reflexão interessante sobre a dualidade entre a existência pública e a existência privada de cada um de nós. Diz que:

> dentro da relatividade dos conceitos, a vida pública seria o reverso da vida privada. De regra as pessoas têm uma vida pública. Pode-se dizer, com grande grau de certeza, que ninguém tem uma vida autárquica, nenhum homem é uma ilha. As relações econômicas, sociais, políticas, religiosas, lúdicas, etc., exigem interação das pessoas. Dos recantos mais ignotos até as grandes metrópoles, a vida das pessoas tem uma forte pauta social, no sentido de que os seres humanos estão sob o signo da interdependência. (...) Nesse sentido da existência humana, o indivíduo, por mais reservado, por mais misantropo que seja, expõe a todos, necessariamente, uma fração, ao menos, de sua vida, de sua forma de ser, de pensar; enfim, revela e assoalha, perante o mundo, uma parte, mínima que seja de sua existência. Já a outra parte, aquela que pode escamotear a todos e que de todos pode exigir uma distância profilática, uma não-intrusão, por só dizer respeito a si próprio, por estar murada pelo conceito de intimidade, pode-se rotular de vida privada, coberta pelo sinete do direito à vida íntima ou privada.

Para as finalidades a que se destina o presente trabalho – estudar a necessária mitigação do dano moral de quem atingido em sua esfera de direitos personalíssimos pelo abuso alheio no exercício da liberdade de manifestação de suas opiniões -, no entanto, pretendo trabalhar com a noção de *privacy* ou *right to be alone* do Direito Norte-americano, ou o *diritto alla riservatezza* do Direito Italiano, encontrando nas fontes daquelas tradições jurídicas as soluções usadas para garantir a **privacidade**, abrangente das invioláveis **intimidade e vida privada** não apenas no recôndito do recolhimento doméstico, mas em todas as contingências das interações da vida social ou profissional, onde é direito da pessoa manter-se preservada em sua **privacidade** até o limite de sua escolha pessoal. Cabendo ao titular do Direito à Privacidade delimitar os espaços de sua vida que serão abertos à visitação da curiosidade alheia e aqueles **interditados a qualquer penetração, vistoria ou averiguação alheias**.

Elimar Szaniawski, em seu "Direitos de Personalidade e sua Tutela" produziu uma extensa e profícua pesquisa sobre as nuanças encontradas na doutrina a diferençar os

---

[156] CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29

institutos da vida privada e da intimidade[157] e em trecho, que pedimos licença para transcrever por elucidativo, se lê:

> A falta de previsão legislativa, admitindo a existência de um direito à intimidade ou ao resguardo, trouxe para a doutrina italiana diversas correntes, uma negando a autonomia de semelhante direito subjetivo e outras que admitem a existência do direito ao resguardo como direito autônomo e definem de maneira variável, apresentando, em geral, dois tipos. O primeiro, o direito ao resguardo da vida privada (*il diritto alla riservatezza* ou simplesmente *riservatezza*), que pressupõe uma ingerência na esfera da vida privada do indivíduo, sujeito de direitos, e tendo por objeto a defesa da pessoa da divulgação de acontecimentos íntimos e privados da mesma. O outro, o direito ao segredo da vida privada, denominado *il diritto alla segretezza della vita privata*, que tem por finalidade a defesa da pessoa contra as violações de sua esfera de intimidade, da intrusão, observação ou indagação de outrem.
> De Cupis divide a proteção da esfera íntima da pessoa em dois tipos: o direito ao resguardo (riservatezza), e o direito ao segredo (segretezza). O direito ao resguardo seria uma qualidade da pessoa, um bem a esta inerente, consistindo na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere somente a ela. O direito ao segredo seria um aspecto particular do direito ao resguardo, onde determinadas manifestações da personalidade devem ser mantidas inacessíveis ao conhecimento de terceiros. A doutrina tem entendido, ainda, que o direito ao segredo não só consiste no fato de ocorrer a divulgação de manifestações alheias, mas também de terceiros tomarem conhecimento dos segredos íntimos de alguém e depois revelá-los.

Uma outra questão que se deve colocar diz respeito ao mantra repetido incessantemente – até que um dia nele se acredite – de que as pessoas públicas (seja lá o que isso for) não têm direito à proteção de sua vida privada ou mesmo da intimidade. Voltaremos, mais detidamente, a este tema no Capítulo 5 ao estudar os elementos a ter em conta para a ponderação entre os princípios constitucionais em conflito. Por ora, basta dizer que as pessoas notórias – que tenham alcançado fama na sociedade em virtude de sua atuação pública, seja política, artística, desportiva etc – experimentam **alguma redução** (e apenas isso) na esfera de proteção de **alguns** de seus direitos da personalidade, mantendo, ao nosso sentir, intacta, por exemplo, sua intimidade (a não ser em casos excepcionalíssimos, como se verá adiante).

No sentido de mostrar que a opinião a que aderimos não é única, havendo grandes juristas a defender, *contrario sensu*, que também a intimidade resta atingida e não só por questões ligadas a interesses públicos legítimos (como, *v.g.*, o caso de ocupantes da alta

---

[157] SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993, pp. 122-123

Administração Pública), cabe como uma luva a lição de Paulo José da Costa Júnior[158], em seu "O Direito de Estar Só", onde se lê, *verbis:*

> Em outras palavras: se as pessoas que consciente ou inconscientemente se expõe à publicidade, como atores, esportistas, músicos, inventores, políticos, por se tornarem objeto de um legítimo interesse público, perdem a crosta exterior da sua intimidade (Privatsphäre), conservam, porém, o seu direito à intimidade, embora mais restrito, reduzido às manifestações essenciais da soledade.
> Faz-se mister destacar, entretanto, do rol das pessoas notórias, aquelas que espontaneamente voltaram a integrar-se na vala dos homens comuns. Vale dizer, o artista que abandonou sua carreira, o político que deixou a vida pública, o esportista que se recolheu à intimidade do lar recuperam a personalidade de que se haviam anteriormente despojado. Revoltante, pois, a agressão a que foi submetido célebre ator (Charles Dullin) perseguido por fotógrafos no leito de morte; porque não se tratava mais da morte, tantas vezes por ele vivida no palco. Mas da própria morte, a ele pertencente, não ao público ao qual dedicara toda a carreira artística que já havia abandonado anos atrás.

É de se anotar que a divergência entre o que vimos defendendo até agora e o magistério de Paulo José da Costa Júnior não é algo de profundidade tal que possa colocar as posições em *corners* opostos. As poucas discrepâncias residem (i) na afirmação do eminente penalista de que há "legítimo interesse público" automaticamente reconhecido sobre a vida privada de esportistas, atores, artistas, inventores etc., enquanto acreditamos que a mera curiosidade popular não se pode deixar confundir com o "interesse público" apto a mitigar a proteção a um direito da personalidade; e (ii) no fato de que este "legítimo interesse público" – mesmo se fosse o caso de existir nos suportes fáticos descritos pelo autor – teria o condão aniquilar "a crosta exterior da sua intimidade (Privatsphäre)" mantendo, porém o seu direito à intimidade "**embora mais restrito, reduzido, às manifestações essenciais da soledade**", enquanto que, de nossa parte, acreditamos que resta íntegra a intimidade, sendo indevassável, a não ser em casos excepcionalíssimos a envolver interesses realmente públicos como a segurança nacional ou questões dessa magnitude – vide no Capítulo 5, por exemplo, a menção que fazemos ao Caso Profumo.

Aderimos, nesse ponto, ao magistério de Pizarro[159], quando assinala:

---

[158] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, pp. 40-41

[159] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, pp.181-182. Tradução livre de: *1 – Que los denominados hombres públicos o personajes tienen, como cualquier persona, derecho a la vida privada y gozan, como todo el mundo, de la tutela jurídica de su intimidad. 2 – Que solamente serán revelables los aspectos que hagan a esta última, en tanto y en cuanto guarden una razonable relación con la función social que cumplen, y su divulgación responda a un interés*

> 1 Que os denominados homens públicos ou personagens têm, como qualquer pessoa, direito à vida privada e gozam, como todo o mundo, de tutela jurídica de sua intimidade.
> 2 Que somente serão reveláveis os aspectos que componham esta útima, na medida em que guardem relação com a função social que cumpram, e sua divulgação responda a um interesse geral prevalecente no caso concreto. A vida afetiva ou familiar de um funcionário público, enquanto não se vincule com aspectos próprios de sua atividade, está à margem da curiosidade malsã de terceiros. E deve ser zelosamente protegida pelo ordenamento jurídico.
> 3 A relação entre os fatos que compõem a vida privada de um funcionário público, que se pretendam publicar e a função que este cumpre é determinante para fixar o umbral de proteção e requer prudência e realismo por parte de nossos juízes no momento de fazer a ponderação. Ela deve ser determinada caso a caso e de maneira circunstanciada.

Não se é de confundir a proteção da vida privada, ou mesmo da intimidade, com a inviolabilidade que se estabeleceu em relação ao domicílio – em regra, o *locus* de exercício da maior intimidade das pessoas. A inviolabilidade do domicílio se dá por força de outro dispositivo (inciso XI) do mesmo art. 5º da Constituição Federal que diz ser "a casa o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador...". Mas o domicílio é uma realidade estática. É um bem imóvel. Enquanto que a privacidade e a intimidade são atributos que a pessoa leva consigo onde quer que esteja (além de encontrar disciplina no inciso anterior – inciso X do art. 5º, CF).

Para o professor português Diogo Leite de Campos[160] "a pessoa não é só privada, íntima, reservada, quando passa a porta da sua morada, corre as cortinas. Na rua, nos edifícios públicos, nos jardins, a pessoa continua envolta numa esfera privada; veste-se, manifesta-se, como entender, sem que os outros possam invadir essa esfera (salvo ofensa de seus direitos)".

Nessa mesma direção segue a lição de Ramon Daniel Pizarro, já aqui citado[161], para quem a intimidade não está somente naquelas condutas e situações "que por sua natureza

---

general prevaleciente en el caso concreto. La vida afectiva o familiar de un funcionário público, en tanto y cuanto no se vincule con aspectos propios de su actividad, está entonces al margen de la curiosidade malsana de terceiros. Y debe ser celosamente protegida por el ordenamento jurídico. 3 – La relación entre los actos que hacen a la vida privada del funcionário, que se pretenden publicar y la función que éste cumple es determinante para fijar el umbral de protección y requiere prudencia y realismo por parte de nuestros jueces al tempo de ponderar los hechos. Ella debe ser determinada caso por caso y de manera circunstanciada.

[160] CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 97

[161] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 174. Tradução livre de: *La intimidad comprende no solamente aquellas conductas y situaciones que por su naturaleza y por desarrollarse en un ámbito netamente privado, no están destinadas razonablemente al conocimiento de terceiros, o a su divulgación, sino también ciertas acciones que, aun desplegadas en medios no privados, presentam un contenido netamente privado y por ende, no susceptible de intrusión o de divulgación.*

e por desenvolver-se em um âmbito claramente privado, não estão destinadas ao conhecimento de terceiros". Para ele, as ações praticadas em ambientes não privados, mas que apresentem um conteúdo nitidamente privado tornam-se igualmente "insuscetíveis de intrusão ou divulgação".

Na jurisprudência estrangeira não resta dúvida da importância dada à tutela da privacidade (aí compreendidas a vida privada e a intimidade), quer seja nos países do Sistema da *Common Law* (onde teve grande desenvolvimento o *Right to Privacy* ou o *Right to be Alone*) ou naqueles da tradição Romano-germânica.

A jurisprudência francesa já teve a oportunidade de decidir, por exemplo que configurava **violação do direito à intimidade** o anúncio pela imprensa da gravidez da conhecida atriz Isabel Adjani. Da mesma forma, considerou ofensivas à intimidade as revelações (i) da doença terminal a acometer o famoso cantor Jacques Brel e (ii) do endereço particular da estrela de cinema Brigitte Bardot.

No direito norte-americano já se julgou atentatória à intimidade a captura de imagens de uma pessoa em leito hospitalar, insconsciente após submeter-se a procedimento cirúrgico[162].

No entanto, o titular do direito à intimidade pode dele abrir mão, quando opta por desvendar ao público momento a princípio pertencente a sua privacidade, expondo-se publicamente em situação de risco ou que permitam – com o seu consentimento – a invasão de *extraneus* em suas esferas privadas. Paulo José da Costa Jr.[163], em seu "O Direito de Estar Só", faz uma importante reflexão sobre os dias atuais e a "sanha autoexpositiva" (o neologismo não é do autor) das pessoas ditas comuns, facilitada pelo fenômeno do incremento e popularização das tecnologias de comunicação. Tal facilidade e o prestígio resultante da exposição e do devassamento de suas vidas privadas, fazem com que as possoas se sintam compelidas a renunciar à própria intimidade. Explica o autor:

> É que a civilização da técnica, identificando o homem com a sua função social, transformando-o em insisgnificante peça da complexa engrenagem industrial, nele inculca sentimentos de desvalorização. Ele se sente esmagado pelo anonimato, pela diluição de sua individualidade nas grandes concentrações urbanas da era industrial-tecnológica, de sorte que a exposição de sua vida à curiosidade e controle alheios resulta, paradoxalmente, na superação de sua mediocridade: ser espionado é, de

[162] *Barber v. Time* (1942) e *Dietemann v. Time* (1940)

[163] COSTA JÚNIOR., Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 24

> algum modo, ser importante. Este sentimento a tal ponto foi difundido e prestigiado pela filosofia tecnológica que, nos tempos vertentes, a vida privada, a solidão, é interpretada como um prazer vicioso, índice de excentricidade, sintoma de marginalização e mediocridade.

Pizarro[164] traz dois exemplos clássicos da crônica judicial que mostram situações fáticas a envolver o evento **morte**, seu compartilhamento com o grande público e dois diferentes desfechos jurídicos em vista da conduta dos titulares do direito à intimidade. Em face de sua clareza, pedimos vênia para aqui transcrever o trecho da obra do professor argentino:

> No direito alemão, se considerou que atentava contra a intimidade e o direito à imagem, a publicação de uma fotografia do chanceler Bismarck em seu leito de morte, contra a vontade de seus parentes. Em sentido contrário, o Tribunal Supremo da Espanha, em acórdão de 28 de outubro de 1986 decidiu que não atentava contra a intimidade e a imagem de uma famoso toureiro chamado Paquirri, nem de sua esposa Isabel Pantoja, a comercialização e difusão de um vídeo que registrava o golpe sofrido por ele na Plaza de Toros de Pozoblanco, bem como os primeiros socorros que lhe prestaram na enfermaria antes de sua morte. O Tribunal sustentou que, por se tratar de imagens públicas, de pessoas famosas, em lugares abertos ao público e a respeito das quais existia um relevante interesse histórico-cultural, não haveria intrusão alguma sobre a intimidade dos demandantes.

Se nos fosse dado opinar sobre este último caso – a envolver a morte do toureiro – concluiríamos da mesma forma como fez a Corte Constitucional espanhola, substituindo, no entanto, o argumento do "relevante interesse histórico-cultural" por outro que reputamos essencial neste caso: **a renúncia tácita do titular à intimidade do momento de sua morte**, sabedor que era o toureiro que esta última poderia sobrevir alí, em público – como de fato aconteceu – ao enfrentar um animal furioso de mais de 600 kg e com chifres pontiagudos. Até porque, "um dia é da caça...".

Não é apenas a renúncia expressa ou tácita ao direito à intimidade que irá limitá-lo. Como todas as garantias individuais, a intimidade não é um direito absoluto e seu exercício

---

[164] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 178. Tradução livre de: *En el derecho alemán, se consideró que atentaba contra la intimidad y el derecho a la imagen, la publicación de una fotografía del canciller Bismarck sobre su lecho de muerte, contra la voluntad de sus parientes. En cambio, el Tribunal Supremo de España, en fallo del 28 de octubre de 1986 estimó que no atentaba contra la intimidad y la imagen de un famoso torero ("Paquirri"), ni de su esposa (Isabel de Pantoja), la comercialización y difusión de un video, que registraba la cogida sufrida por aquél en la plaza de toros de Pozoblanco, y los primeros auxilios que se le prestaron en la enfermería, antes de fallecer. El Tribunal sostuvo que por tratarse de imágenes públicas, de personas famosas, en lugares abiertos al público, y respecto de las cuales existía un relevante interés histórico-cultural, no mediaba intrusión alguna a la intimidad de los demandantes.*

encontra certos limites. Já afirmava Paulo José da Costa[165] que "não pode o princípio *la vie privée doit être murée* ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida verdadeira muralha". Encontrar tais lindes, no entanto, não é tarefa que se possa executar em abstrato, sem voltar os olhos para o caso concreto, para as circunstâncias de tempo e espaço (para os costumes daquela determinada sociedade, naquele determinado momento histórico); trata-se de ponderação a ser executada à vista do caso concreto.

Assim, podemos arrolar como circunstâncias limitadoras do direito à privacidade ou à intimidade: a) o consentimento do próprio titular (que embora possa ser expresso ou tácito – como o do toureiro do exemplo acima – jamais pode ser presumido a partir da tolerância da vítima em relação a ataques sofridos anteriormente); b) interesse público pela informação ou pela livre manifestação do pensamento prevalente em ponderação com estes valores individuais ou c) interesse público prevalente em ponderação com estes valores individuais, fundado em questões como: segurança nacional, segurança pública interna, saúde pública, estados de emergência etc.

16.1 Direito à vida privada e à intimidade de pessoas jurídicas

Importante reflexão sobre o tema foi feita por Elimar Szaniawski em seu artigo "Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas"[166], onde reconhece que a existência de um direito à intimidade ou mesmo de um direito à vida privada a assistir às pessoas jurídicas é matéria controvertida, em que pese a quase unanimidade da doutrina reconhecer a esses entes a **personalidade** e, consequentemente, alguns dos direitos a ela inerentes.

O autor traz como importante contribuição, o seu conceito de vida privada ou de **direito ao respeito à vida privada**, asseverando que este teria tido sua origem nas alíneas 2 e 3 do parágrafo "C" da Resolução nº 428, de 23 de janeiro de 1970 da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa. Para Szaniawski, *verbis*:

> consiste no conjunto de regras que visam à proteção da vida pessoal e familiar e à intimidade do lar dos indivíduos. Consequentemente, trata-se de um direito que cada um tem para assegurar a paz, a tranquilidade de uma

---

[165] COSTA JÚNIOR., Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 44

[166] SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas*. RT 657/25:31, São Paulo: RT, jul/1990, p. 25-26

> parte de sua vida, a parte que não está consagrada a uma atividade pública. O direito ao respeito à vida privada diz respeito à vida privada, à vida familiar e à vida do lar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação, sem autorização, de fotografias privadas, à proteção contra a espionagem e às inscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra a utilização abusiva de comunicações privadas, à proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular.

Mais adiante aborda o autor o **direito à intimidade** – que diz também ser chamado de direito à intimidade da vida privada – que, classificado pela maioria dos autores como uma "tipificação dos direitos da personalidade e uma subtipificação do direito ao respeito à vida privada", consistiria no direito que socorre a todos de resguardar-se dos sentidos alheios.

Com relação à proteção desses direitos entre nós – no ordenamento jurídico brasileiro – diz Szaniawski[167] que:

> No Brasil pouco se escreveu sobre o assunto, negando René Ariel Dotti a possibilidade dos entes coletivos possuírem um direito à intimidade por "constituir um núcleo de privacidade, ser um 'sentimento', um 'estado de alma' que se projeta ao extremo com o fim de gozar a liberdade de amar, pensar, chorar, rir, enfim, de viver a própria vida e de morrer a própria morte". Por isto, apesar de reconhecer às pessoas jurídicas o exercício de certos direitos inerentes à personalidade, apenas atribui o direito à intimidade à pessoa natural.
> Costa Jr. por sua vez, não descarta, teoricamente, a extensão do direito à intimidade às pessoas jurídicas. Vislumbra, porém, uma imensa dificuldade em individuar uma vida privada da pessoa jurídica que não seja a soma das diversas vidas privadas de seus vários componentes.
> Ada Grinover apesar de não ter enfrentado diretamente o tema em sua brilhante tese para o cargo de Profesor Tutular de Processo Penal na Universidade de São Paulo, atribui às pessoas jurídicas a titularidade do direito à liberdade e ao sigilo da correspondência e das comunicações.

Realmente ocupou-se Paulo José da Costa Jr., em seu "O Direito de estar só"[168], da questão do do eventual direito à intimidade das pessoas jurídicas. E o fez afirmando que não faltou na doutrina quem sustentasse a existência desse direito, embora sujeito a limitações; nesse ponto citou Allara ("*Le nozioni fundamentali del diritto civile*") e De Cupis ("*I diritti della personalità*")[169]. Em seguida asseverou a pouca importância dada pela

---

[167] idem, pp. 29-30

[168] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, pp. 60-61

[169] O autor também citou doutrina contrária à ideia: Galeotti ("*La libertà personale*"). E cética: Bricola ("*Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*")

doutrina emprestada ao tema em comparação à questão da honra – honra objetiva, reputação da pessoa jurídica – e finalizou dizendo crer "difícil, entretanto, individuar uma vida privada da pessoa jurídica que não seja a soma das vidas privadas de seus vários componentes. **O que não exclui que as pessoas morais possam vir a ser tuteladas, mormente em matéria de segredo**, que poderá inclusive revestir-se de considerável valor patrimonial" (grifos nossos).

Ocorre que, de há muito o direito posto brasileiro protege alguns aspectos que não podem ser outra coisa senão a vida privada das pessoas jurídicas. Dá-se isso em relação (i) à proteção ao segredo no art. 17 do Código Comercial (que se encontra revogado, mas que dispunha que "Art. 17. Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício"), em 1966 já alterado pelo art. 195 do CTN (Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966) que estabeleceu hipóteses que necessidade de exibição judicial dos livros comerciais; (ii) à proteção ao sigilo das comunicações das pessoas jurídicas, onde incluíso o sigilo telefônico e telemático, (art. 5º, XII da CF/1988); (iii) à proteção do segredo de fábrica e ao segredo de negócio; (iv) à proteção do sigilo fiscal e bancário das pessoas jurídicas etc.

Assim, resta claro o fato de que a pessoa jurídica conta **sim**, e não poderia deixar de contar para a consecução de seus fins sociais, com a proteção de sua esfera de privatividade a envolver as escolhas estratégicas, os rumos que pretende tomar, sua situação econômico-financeira, os produtos a que pretenda se dedicar etc. Mesmo se se tratar de sociedade sem fins lucrativos, seus projetos dever-se-ão manter-se resguardados até o momento em que a entidade entenda seja propício desvelá-los à curiosidade pública.

16.2 Exame de alguns casos concretos na jurisprudência brasileira e estrangeira

Estudo de um caso concreto da jurisprudência argentina:

Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida S.A.[170]

Trata-se de um julgado paradigmático na jurisprudência argentina, citado por todos os autores daquele país ao tratar do tema da tutela dos direitos da personalidade ou da garantia constitucional da liberdade de imprensa. Os fatos se deram da forma seguinte: Na

[170] CS, "*Ponzetti de Balbín, I. c. Editorial Atlántida S.A.*", 10/12/84, Fallos, 306:1892; LL, 1985-B-120-I-513

edição de setembro de 1981 da Revista "Gente y la Actualidad", editada pela ré, foi veiculada com destaque (na capa do periódico) uma fotografia do conhecido dirigente político argentino Ricardo Balbín, deitando num leito de UTI, agonizante, poucas horas antes de seu falecimento. A viúva e o filho do morto ajuizaram ação contra a editora responsável pela publicação, pleiteando a mitigação dos danos morais experimentados pela família a partir da vulneração de seu direito à intimidade familiar.

A "Câmara Nacional de Apelações" da Capital Federal, Sala F, confirmou a decisão de primeira instância que houvera acolhido o pedido condenatório. A "Corte Suprema de Justiça" entendeu que assistia razão aos autores e confirmou as decisões dos órgãos que a precederam. Ramon Pizarro apresenta, em sua obra "Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación"[171], um interessante resumo do acórdão deste *leading case* da jurisprudência argentina em apenas 7 pontos fundamentais, que pedimos licença para aqui transcrever:

> 1 – Em primeiro lugar, proclama que o direito de publicar ideias pela imprensa "não é absoluto por conta das responsabilidades que o legislador

---

[171] Opus. cit., pp. 192-193. Tradução livre de: *1 – En primer lugar, proclama que el derecho de publicar ideas por la prensa "no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o de actos ilícitos civiles". El Tribunal admite entonces – acertadamente – la aplicación de la teoría del abuso de derecho en materia iusinformativa. Libertad de prensa no importa, pues, impunidad de quien utiliza a la prensa como un médio para delinquir. 2 – Que la libertad de expresión presenta tres facetas bien diferenciables: 1) como ejercicio del derecho de indústria o comercio por parte de la prensa, el cine, la radio y la televisión; 2) como derecho individual de emitir el pensamento a través de esos medios, y 3) como derecho social a la información. 3 – Que "...la proteción del ámbito de intimidad de las personas, tutelado por la legislación común no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución, ni cede ante la preeminência de ésta; máxime cuando el art. 1071 bis del Cód. Civil es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existência de una sociedade libre, el derecho a la privacidad...". 4 – Que la libertad de intimidad tiene sólido sustento constitucional en el art. 19 de nuestra Carta Magna y en el art. 11 incs. 2 y 3 del Pacto de San José de Costa Rica. El voto de los doctores Carrió y Fayt es muy ilustrativo respecto del objeto y contenido del derecho a la intimidad. 5 – Se admite, implicitamente, la existência de una verdadera intimidad familiar. Debe repararse en que los actores – esposa y hijo del citado dirigente político – invocaron un perjuicio próprio, a raíz de la turbación de la intimidad familiar, producida por la divulgación de las mentadas fotografias. 6 – Que "las personas célebres, los hombres públicos, tienen, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada". El Tribunal ha valorado adecuadamente que "...el interés público existente en la información sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín, en su última enfermedad, no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidade, como ocurrió con la publicación de la fotografia que da fundamento al litigio, cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección y el decoro, y otras estimables possibilidades de la labor informativa, y la libertad que se ha tomado la demandada para publicarla ha excedido la que defende, que no es la que la Constitución protege y que los jueces están obligados a respetar". 7 – La Corte dilucida correctamente la cuestión atinente a los limites del derecho a la vida privada, que como todo derecho constitucional tampoco es absoluto. Se sostiene que la seguridad nacional, la seguridad pública y las situaciones de emergencia en tiempos de guerra o de paz, el bienestar económico del país, la lucha contra el desorden y el crimen, la protección de la salud, la administración de la justicia civil, la libertad de expresión son limites del derecho a la intimidad. Sin embargo, el Tribunal es categórico en esta materia: sólo podrá justificarse la intrusión en la intimidad cuando en el caso concreto media un interés superior y siempre que por ley se disponga tal solución.*

pode determinar como consequência dos abusos produzidos mediante seu exercício, seja pelo cometimento de delitos ou pela prática de ilícitos civis". O Tribunal admitiu, então – acertadamente – a aplicação da teoria do abuso do direito em matéria iusinformativa. Liberdade de imprensa não importa, portanto, impunidade de quem a utiliza como meio para delinquir.
2 – Que a liberdade de expressão apresenta três facetas bem diferenciáveis: 1) como exercício do direito de indústria ou comércio por parte da imprensa, do cinema, da rádio e da televisão; 2) como direito individual de emitir o pensamento através desses meios, e 3) como direito social à informação.
3 – Que "...a proteção do âmbito da intimidade das pessoas, tutelado pela legislação comum não afeta a liberdade de expressão garantida pela Constituição, nem cede ante a preeminência desta; máxime quando o art. 1071 *bis* do Cód. Civil é consequência de outro direito inscrito na própria Constituição, também fundamental para a existência de uma sociedade livre, o direito à privacidade...".
4 – Que o direito à intimidade tem sólido sustento constitucional no art. 19 de nossa Carta Magna e no art. 11, 2 e 3 do Pacto de São José da Costa Rica. O voto dos Ministros Carrió e Fayt é muito ilustrativo a respeito do objeto e conteúdo do direito à intimidade.
5 – Se admite, implicitamente, a existência de uma verdadeira intimidade familiar. Deve-se reparar os autores (esposa e filho do dirigente político morto) por direito próprio que invocaram; por prejuízo próprio advindo da turbação da intimidade familiar, produzida pela divulgação das indigitadas fotografias.
6 – Que "as pessoas célebres, os homens públicos, têm, como todo habitante, o amparo constitucional para sua vida privada". O Tribunal decidiu apropriadamente que "...o interesse público existente na informação sobre o estado de saúde do doutor Ricardo Balbín, em sua última enfermidade, não exigia nem justificava uma invasão a sua mais sagrada esfera de privacidade, como ocorreu com a publicação da fotografia que dá fundamento ao litígio, cuja ignóbil brutalidade conspira contra a responsabilidade, a correção e o decoro, e outras estimáveis possibilidades da atividade informativa, e a liberdade que tomou a ré em publicá-la excedeu aquela que ela defende, que não é a que a Constituição protege e que os juízes estão obrigados a respeitar".
7 – A Corte deslinda corretamente a questão atinente aos limites do direito à vida privada, que como todo direito constitucional tampouco é absoluto. Se sustenta que a segurança nacional, a segurança pública e as situações de emergência em tempos de guerra ou de paz, o bem-estar econômico do país, a luta contra a desordem e o crime, a proteção da saúde, a administração da justiça civil, a liberdade de expressão são limites do direito à intimidade. Sem embargo, o Tribunal é categórico nesta matéria: somente poderá justificar-se uma intrusão na intimidade quando no caso concreto haja um interesse superior e sempre que por lei se disponha tal solução.

Caso Concreto – *Caso Garrincha*[172]

[172] STJ, RE nº 521.697-RJ (2003/0053354-3), 4ª Turma, rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Recorrentes e Recorridos: Editora Schwarcz ltda. X Maria Cecília dos Santos Cardoso e outros, j. 16.02.2006

Este caso, também paradigmático e muito estudado quando se trata do conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, embora traga em sua ementa menção apenas ao direito à imagem e à honra, na verdade, tratou e teve como principal *ratio decidendi*, sem qualquer dúvida, do direito à **intimidade** do ídolo do futebol Mané Garrincha, vulnerada a partir da publicação de obra literária pela Editora Schwarcz ltda. (conhecida pelo nome fantasia: Companhia das Letras).

O Recurso Especial mereceu no Egrégio Superior Tribunal de Justiça a seguinte ementa:

> **CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO.**
> Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade.
> Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou **Ariosto**. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.
> Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material.
> Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.
> Segundo recurso especial das autoras não conhecido.
> Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.

As autoras da ação original eram as filhas de Manoel dos Santos, conhecido no país todo como Garrincha, um dos maiores jogadores de futebol do Brasil, e pleitearam indenização por danos materiais e mitigação dos danos morais, em face da Editora Schwarcz ltda., conhecida como Companhia das Letras, por ter editado o livro "Estrela Solitária – Um brasileiro chamado Garrincha", prescindindo da autorização das autoras – únicas herdeiras do biografado – e violando direitos da personalidade do retratado, como a imagem, a honra, o nome, a intimidade e a vida privada.

Na primeira instância a ação mereceu um julgamento de parcial procedência, tendo sido reconhecida apenas a ocorrência de danos morais a serem "indenizados", em valor arbitrado pelo Juízo no equivalente a mil salários mínimos, com incidência de juros de 6%

(seis por cento) ao ano, a partir da citação e honorários de advogado de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Autoras e ré apelaram para o E. TJ/RJ. As autoras pretendiam (i) aumentar o valor arbitrado pelos danos morais experimentados, (ii) ver reconhecidos os danos materiais, (iii) ter os juros fixados a partir do dano, ou seja, do lançamento da obra e (iv) a majoração dos honorários advocatícios de 10 (dez) para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. A parte ré, por seu turno, pretendia (i) a anulação da sentença por falta de apreciação correta da prova, (ii) e, no mérito, a improcedência ou, alternativamente, a minoração dos danos morais e (iii) a distribuição proporcional da sucubência (honorários advocatícios e custas) em face da procedência parcial.

O Egrégio Tribunal de Justiça do RJ decidiu, por unanimidade, não caber danos morais na espécie e, por maioria de votos, admitiu danos materiais a ser indenizados no valor correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o total do preço do livro, valor este a ser encontrado mediante liquidação.

Ao decidir a questão no E. STJ, o eminente Ministro relator citou – quase que a integralidade de seu voto, inclusive – voto do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, também festejado autor na área de Responsabilidade Civil, ao relatar agravo regimental no TJ do Rio de Janeiro contra a liminar no Mandado de Segurança que concedeu a busca e apreensão dos exemplares disponíveis ao público da obra sob exame. Peço licença para transcrever os principais trechos:

> Não se limitou o autor a relatar o futebol do Garrincha, a habilidade que o tornou um mito mundial, suas proezas nos gramados e vitórias nos campeonatos; infelizmente foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão Manoel dos Santos e apequenando sua imagem. Se um quadro vale por mil palavras, como diz o ditado chinês, a capa do Livro em exame é um longo discurso contra a imagem do Garrincha. Em lugar do atleta chutando a bola em gol ou dando os seus dribles que levavam as galeras ao delírio, mostra um homem deprimido e desolado, quase a figura de um farrapo humano. Pior que tudo, a imagem da capa é retratada em páginas de dolorosa impiedade, que aos poucos vai despindo o mito, transformando-o em profissional derrotado, pai irresponsável, marido infiel e ébrio inveterado. Ao final do Livro, Garrincha não passa de um grande logro, autêntico exemplo de fracasso humano.

E aqui é interessante notar que a crueldade da crítica dirigida ao retratado em sua esfera de vida privada feriu a sensibilidade do julgador absolutamente isento e não de um fã do jogador. Não que se pudesse esperar de um juiz experiente e erudito cultor do direito outro comportamento, mas no caso específico, nos parece interessante gizar a circunstância

constante do prolegômeno produzido pelo relator ao iniciar seu voto, onde se lê: “este relator, por dever de ofício, já que não é entusiasta do futebol, nem torce para qualquer time, leu o Livro no último fim de semana para que pudesse proferir seu voto”.

Mais adiante, o relator aborda a invasão à impenetrável esfera da intimidade do retratado e faz a exegese dos incisos IX e X, ambos do art. 5º da Constituição Federal:

> Se tal não bastasse, atenta ainda o Livro agressivamente contra a intimidade do Garrincha, trazendo a público relato de fatos da sua mais restrita privacidade, desde a sua meninice até a sua morte. Seus dotes sexuais, seus vícios ocultos, seus casos amorosos, seus fracassos na cama, tudo é investigado com microscópio e depois ampliado e divulgado sem retoques. Nem mesmo a intimidade de sua vida familiar foi poupada. Seria de mau gosto reproduzir aqui trechos de alguns capítulos do Livro; seria grosseiro e deprimente, mas se alguém quiser conferir verifique fls. 29/30, 32, 45, 74/75, 77, 90, 199, 217/218 etc.
> É bem verdade que a Consttuição Federal, em seu artigo 5º, inciso IX, garante a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Até que ponto, entretanto, escudado nessa liberdade de expressão pode alguém invadir a intimidade alheia, conspurcar a sua imagem ou dela tirar proveito econômico? Tenho como certo que o limite é encontrado no próprio texto constitucional tendo em vista que logo no inciso seguinte (nº X, do art. 5º) ele garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.
> Ensina a melhor doutrina que sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Assim, se o direito à livre expressão da atividade intelectual contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem **segue-se como consequência lógica que este útimo condiciona o exercício do primeiro**. (grifos nossos)

Não deixa, também, o relator de se posicionar acerca da relativização da proteção à intimidade de pessoas notórias e o faz nos termos seguintes:

> Costuma-se ressalvar, no tocante à inviolabilidade da intimidade, a pessoa dotada da notoriedade, principalmente quando exerce vida pública. Fala-se então nos chamados “direito à informação e direito à história” a título de justificar a revelação de fatos de interesse público, independentemente da anuência da pessoa envolvida. Entende-se que, nesse caso, existe redução espontânea dos limites da privacidade (como ocorre com os políticos, atletas, artistas e outros que se mantêm em contato com o público). Mas o limite da confidencialidade persiste preservado; sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar etc não é lícita a divulgação sem o consentimento do interessado.
> E assim é, segundo essa mesma doutrina, porque a vida dessas pessoas compreende um aspecto voltado para o exterior e outro voltado para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, todavia, que se debruça sobre a

> mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição. (grifos originais)

Finalmente, conclui-se o julgamento no STJ pela condenação da Editora ao pagamento do equivalente ao valor de 100 (cem) salários mínimos para cada uma das autoras a título de mitigação dos danos morais, com incidência de juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano desde a data do lançamento do livro e, a título de indenização pelos danos materiais, ao pagamento de 5% (cinco por cento) sobre o total do preço do livro, a ser apurado em liquidação, com juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano a partir da citação (já que este ponto não foi atacado em embargos infringentes, tendo ocorrido a preclusão).

§ 17. Alguns casos de proteção aos direitos à liberdade de expressão e à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade julgados nos Tribunais de Justiça dos Estados e do DF

1º Caso: Ofensas irrogadas em propaganda política:

> Tribunal de Justiça do Distrito Federal de Territórios
> Apelação Cível nº 51.176/99
> Apelante: PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro
> Apelado: Mauro Farias Dutra
> Relator: Desembargador Mario Machado
> Julgamento: 3.05.1999
>
> EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DIVULGAÇÃO, EM PROGRAMA PARTIDÁRIO, EM REDE DE TELEVISÃO, NO DISTRITO FEDERAL, DE TEXTO OFENSIVO À HONRA, À IMAGEM PÚBLICA E À INTIMIDADE DO AUTOR. DANO MORAL QUE DECORRE DA SIMPLES DIVULGAÇÃO. ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
>
> A liberdade de informação e de expressão, protegida constitucionalmente (art. 220), encontra limite na própria Constituição Federal, que assegura **"o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"**, dizendo **"invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"** (art. 5º, incisos V e X).
> Texto ofensivo à honra, à imagem pública e à intimidade do autor, indevidamente acusado de ser agraciado pelo Governador com "**terrenos a preço de banana"** e de com ele manter **"ligações perigosas"**, por isso tendo sido denunciado ao Ministério Público.
> Para a caracterização do dano moral, justo o que se reclama é a ofensa que repercuta na esfera subjetiva da vítima, causando dor íntima, sentimento negativo. A repercussão da ofensa, externamente, é apta a configurar dano material, mas não é exigida para a configuração do dano moral. A

> responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (**danum in re ipsa**), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo. Precedentes do STJ.
> O arbitramento da indenização por dano moral deve ser moderado e equitativo, atento às circunstâncias de cada caso, evitando que se converta a dor em instrumento de captação de vantagem (**de lucro capiendo**). Mas também deve ser suficiente para inibir e reverter o comportamento faltoso do ofensor. Os critérios a se observar, individualmente, são: a condição pessoal da vítima; a capacidade econômica do ofensor; a natureza e a extensão da dor. Arbitramento, no caso, pelo MM. Juiz, com auxílio a parâmetros da Lei nº 5.520/67, de indenização de 400 (quatrocentos) salários mínimos vigentes na data da sentença, correspondendo, então, a R$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil Reais). Confirmação do valor.
> Honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento), que atendidos os critérios do art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC, são reduzidos para o percentual médio de 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação.
> Provimento parcial ao apelo, apenas para reduzir os honorários advocatícios.

No caso sob exame, o partido político autor das ofensas ao autor da ação, no horário eleitoral "gratuito" reservado para a divulgação programática de seu ideário ou propostas, afirmou, em relação ao autor, Mauro Dutra, o seguinte:

> O empresário Mauro Dutra, que participou da licitação para instalação dos pardais do trânsito é muito amigo do Governador.
> O empresário é dono de um avião igual a este:
> Sua empresa tem contratos com o GDF. Em fevereiro de noventa e sete, a empresa conseguiu do GDF, a preço de banana, mais cinco terrenos industriais, além dos que já havia recebido.
> O Governador vive viajando de graça no avião do empresário Mauro Dutra.
> Para acabar com essa pouca vergonha, o PMDB denunciou ao Ministério Público as ligações perigosas entre o Governador e seu amigo do peito.

O relator ao examinar a matéria asseverou que o réu, em nenhum momento alegou a veracidade das afirmações feitas e nem tentou comprová-las no curso do processo, limitando-se a insurgir-se contra o valor arbitrado para a indenização. Não houve, portanto, qualquer amparo no mundo fático a justificar ilação no sentido de que houvesse "ligação perigosa entre o Governador e seu amigo do peito" ou que este último houvesse "ganho do GDF terrenos a preço de banana". Isso fez com que declarasse o relator:

> Qualquer que seja a razão para o texto levado ao ar, atacando o autor, e que não vem ao caso, insta precisar que o comportamento do réu foi inequivocamente doloso, porque, sem dúvida, desejou divulgar o texto que efetivamente divulgou. Com isso, feriu o réu a honra do autor, lesou sua imagem, violou sua intimidade, afrontando direitos garantidos pela Constituição Federal (art. 5º, X).

Outra anotação que se há de fazer com relação a este *decisum* é a filiação do relator – e da C. Quarta Turma do E. TJDFT, que o acompanhou à unanimidade – à corrente dos que entendem que a mitigação do dano moral é também pena privada, pois "deve ser suficiente para inibir e reverter o comportamento faltoso do ofensor". "Os critérios a se observar, individualmente, são: ...a capacidade econômica do ofensor...". (palavras do eminente relator) Tudo isto em que pese não haver, nem nunca ter havido, disposição legal neste sentido. Na verdade, o que sempre disse a lei é que a indenização se mede pela extensão do dano.

2º Caso: Discussão entre jornalista e político. Exacerbação eventual da crítica política deve ser tolerada por quem se submete à vida pública:

> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
> Apelação Cível nº 1004873-46.2017.8.26.0320
> Apelante: Renata dos Reis Nogueira
> Apelado: Lusenrique Quintal
> Relator: Desembargador José Joaquim dos Santos
> Julgamento: 27.04.2018
>
> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Preliminar de ofensa à coisa julgada, afastada. Litigância de má-fé. Inocorrência.
>
> Debate público travado entre o autor, político e empresário, e a ré jornalista.
>
> Matéria jornalística que, embora agressiva, é aceitável no âmbito jornalístico, por ser o autor político, não podendo apresentar sensibilidade exacerbada. Críticas do jornal que tiveram por foco unicamente a postura do requerente na esfera pública. Ademais, mera lesão à suscetibilidade, que se distingue daquilo que se considera dano.
>
> Existência de ofensas recíprocas. Autora que já foi indenizada em demanda precedente ajuizada contra o autor e, além disso, deve suportar as respostas decorrentes de suas críticas. Ocorrência de compensação de culpas. Direito de resposta. Impossibilidade. R. sentença mantida. Recursos improvidos.

Desta decisão, há alguns pontos a ser destacados. Em primeiro lugar a doutrina recorrente na jurisprudência pátria pela qual as ditas "pessoas públicas", ou seja, aquelas que se submetem ao escrutínio público por exercer função ou cargo que possa/deva ser fiscalizado por toda a sociedade, devem ter um limite mais alargado de tolerância em relação às críticas que venham a receber. Isso não significa que abram mão de suas honra, imagem, vida privada ou intimidade. Significa apenas que não poderão ter alto grau de suscetibilidade a juízos por vezes ácidos ou mesmo desagradáveis que lhes venham a ser feitos. Neste particular, vale a pena transcrever as assertivas do eminente relator:

> Ora, apesar de a matéria conter críticas contra o autor, é de se reconhecer que a linha editorial utilizada na matéria veiculada não possui o condão de ferir a honra do autor, visto que objetiva prender a atenção do eleitor diante do fato de que o autor é uma figura pública. Nessa linha de consideração, cumpre trazer a lição de Darcy Arruda Miranda, no sentido de que "não é de se esquecer que ninguém está mais sujeito a crítica do que o homem público e muitas vezes dele se poderá dizer coisas desgradáveis, sem incidir em crime contra a honra, coisas que não poderão ser ditas do cidadão comum sem contumélia (Comentários à Lei de Imprensa, tomo II, 2ª edição, p. 487). No mais, este Tribunal já decidiu em diversas oportunidades que "os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilizade pública da mesma" (RJTESP, 169/86, Rel. Des. Marco César). Agiu, portanto, a ré dentro dos estritos limites da liberdade de imprensa e de informação, nos termos do artigo 5º, IV, IX, XIV, XXXIII, e 220, todos da Constituição Federal, ficando afastado, por isso, o dever de indenizar.

Uma segunda questão digna de nota nesse julgado é a circunstância de se recorrer ao princípio do "chumbo trocado não doi", vale dizer, reconhecendo a compensação de culpas entre autor reconvindo e ré reconvinte por terem ambos irrogado ofensas em meio a discussão de cunho político mais acalorada mantida entre eles. Disse o relator, em relação a esta questão: "A ré, jornalista, em suas atividades, também deveria estar preparada para receber críticas. O jornalista que assume postura combativa deve suportar, em função disso, os riscos inerentes a essa empreitada, independentemente de serem valiosos ou não os seus propósitos. Do cotejo entre os excertos acima, facilmente se verifica que as críticas foram recíprocas. E, havendo ofensas mútuas, as culpas de cada qual se compensam, o que afasta o direito de resposta".

3º Caso: Veiculação ofensiva de imagem de menor em programa de televisão.

> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
> Apelação Cível nº 1016382-15.2014.8.26.0405
> Apelante: TV Ômega Ltda. (REDE TV)
> Apelada: Larissa Castro do Nascimento
> Relator: Desembargador Silvério da Silva
> Julgamento: 28.03.2018
>
> EMENTA: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Veiculação da imagem da autora em programa de TV.
> Restou incontroverso nos autos que a ré transmitiu a imagem da autora, menor na ocasião da veiculação, como sendo uma modelo, residente no Estado do Rio de Janeiro, que teria mantido um relacionamento adulterino com determinado jogador, causando o rompimento do relacionamento de casal presente na mídia. Matéria baseada em twitter falso. A emissora é sim responsável pelas reportagens que transmite, e lhe cabia averiguar a veracidade dos fatos, antes de dar maior publicidade em rede nacional. O

> fato de a ré ter noticiado fatos em programa de entretenimento, ainda que reproduzidos de twitter falso por terceiro, sem proceder qualquer tipo de investigação para confirmar a veracidade da informação, tem que arcar com o ônus de tal conduta. Evidente o abuso no exercício do direito de informação, em evidente ofensa à honra da autora, cabendo a indenização fixada na sentença.

Este caso se reveste de gravidade ainda maior por tratar-se da divulgação de **imagem** de menor de idade, atrelada a notícias falsas de que ela estaria envolvida em caso de adultério, ou seria amante de algum jogador de futebol famoso, ou seja, assacando também ofensa contra sua **honra**. Assim, dois dos direitos fundamentais da autora, tutelados pelo Direito Civil e também reconhecidos com estatura constitucional pelo art. 5º como garantias individuais, foram vulnerados pela conduta da ré que invoca a sua liberdade de informação como excludente de eventual ilicitude.

Outra alegação da emissora de TV diz com o fato de ela ter meramente reproduzido, em programa de entretenimento – de "fofocas" sobre (sub)celebridades – um twitter que depois se soube falso, cuja autoria desconhece, mas que circulava às mancheias pela chamadas redes sociais. A esta alegação, que despreza o dever de checagem da verossimilhança das informações que veicula, foi rechaçada da seguinte forma pelo eminente relator:

> O caso dos autos não se limita entre o conflito do direito do indivíduo à preservação de sua imagem (CF, art. 5º, inciso X) e o direito ao exercício da liberdade de imprensa (CF, art. 220).
> Diferentemente do que a ré alega, a emissora é sim responsável pelas reportagens que transmite, e lhe cabia averiguar a veracidade dos fatos, antes de dar maior publicidade em rede nacional, inclusive, para chamar a atenção de seus telespectadores, veiculou a imagem da autora após a seguinte chamada: "TRAIÇÃO! BEBEDEIRA! ESCÂNDALO! NICOLE BAHLS TERMINA ROMANCE COM VICTOR RAMOS"

Mais adiante assevera o relator:

> Ressalta-se que o direito à privacidade muitas vezes é mitigado quando as pessoas envolvidas já são expostas na mídia em decorrência de seu trabalho. Todavia, no caso, além de o fato ser inverídico, a autora não é pessoa pública, e ainda que a vida do casal envolvido seja de interesse dos seus fãs, não é o caso da autora, que afirma nunca ter sido modelo, ou exercido qualquer profissão que demonstrasse qualquer indício de que desejasse ser exposta amplamente na mídia, agravado da maneira como tudo ocorreu, vinculando sua imagem a fato desabonador.

A falsidade da notícia saltava aos olhos. Dizia tratar-se a pessoa retratada de uma modelo carioca chamada Priscilla Walker, enquanto a autora era de Osasco/SP, menor, nunca foi modelo e se chama Larissa do Nascimento. A condenação por danos morais em primeira

instância deu-se em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil Reais) e o Acórdão em comento a manteve no exato mesmo valor.

4º Caso: Veiculação de ofensas a pessoa jurídica feita por outra pessoa jurídica, através da "rede social" denominada *Facebook*, em razão de impasse comercial havido entre as empresas:

> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
> Apelação Cível nº 1002605-90.2017.8.26.0361
> Apelante: Macaulay Amortecedores Esportivos Ltda.
> Apelada: Dotstore Soluções para Internet Ltda. ME
> Relator: Desembargador Roberto Maia
> Julgamento: 09.04.2018
>
> EMENTA: Ação de cobrança e de indenização por danos morais. Empresa autora que afirma ser credora da pessoa jurídica ré em razão de contrato de prestação de serviços de informática. Dano moral devido à divulgação de textos críticos em rede social denominada "Facebook" para empregados e sócios da autora, bem como para terceiros. Sentença que julgou os pedidos parcialmente procedentes para condenar a empresa ré ao pagamento da quantia de R$ 3.992,00, em razão do descumprimento contratual, sem qualquer indenização por danos morais. Apelos das duas partes. Com razão, merecendo provimento, somente o da autora. Cobrança de fato procedente. Demandada que não se desincumbiu satisfatoriamente de seu ônus probatório. Suas alegações genéricas de irregularidades no serviço prestado pela requerente não restaram demonstradas. Dano moral também caracterizado. Abuso do direito de livre manifestação do pensamento, maculando a honra objetiva da demandante. Demandada que inseriu links com os textos críticos à autora na rede social "Facebook" dos empregados, sócios e terceiros, com o único objetivo de ofender e divulgar sua visão unilateral da controvérsia contratual, já que a rede social escolhida em nada serviria para solucionar o impasse havido entre as partes. Empresa ré que criou verdadeiro meio de constrangimento utilizando mídia social que, como se sabe, é destinada ao entretenimento e a outras finalidades que não a execração de um antagonista. Solução de controvérsias que deve ser dirimida nas vias próprias. Autora que teve sua imagem afetada perante o mercado, uma vez que terceiros receberam links com os textos críticos, gerando lesão, consequentemente, na honra objetiva. Quantum indenizatório fixado em R$ 15.000,00. Demandada condenada aos ônus decorrentes da sucumbência. Apelo da ré desprovido e recurso da autora provido.

Neste caso, reconhece o *decisum* a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo e passivo na relação de responsabilidade civil pelo dano moral causado por "abuso do direito de livre manifestação do pensamento", como asseverou literalmente o eminente relator. Diz Sua Excelência que:

> Não se pode negar que a ré goza de liberdade de expressão do pensamento (artigos 5º, inciso IV, e 220, *caput*, da Constituição Federal). Por outro lado,

> deve-se lembrar que esse direito fundamental não é absoluto, de sorte que deve ser exercido sem ofender ou agredir direitos básicos alheios.
> No caso em tela, verifica-se que houve abuso do direito de livre manifestação do pensamento, maculando a honra objetiva da demandante.
> (...)
> Importante consignar que o dano moral advindo da divulgação de críticas por meio de rede social destinada ao entretenimento notoriamente afeta a imagem da requerente perante os seus clientes e dispensa comprovação nos autos, eis que emerge de forma latente dos fatos, e pode ser legitimamente presumido. É o que a doutrina costuma denominar dano *in re ipsa*.

Uma vez mais se verifica o uso do critério das condições econômicas do ofensor para a fixação do *quantum* mitigatório dos danos morais, de forma a que este valor sirva a propósito "dissuasório", posto que a literalidade do art. 944 do CC/02 diga que "a indenização mede-se pela extensão do dano", não havendo qualquer norma em nosso sistema civil que ampare este caráter punitivo ou exemplar de verdadeira "pena privada", majoritariamente reconhecido pela jurisprudência. Veja como fundamenta o eminente relator a quantificação da condenação pelos danos morais:

> Quanto ao valor, no arbitramento do dano moral devem ser levadas em consideração as condições do ofendido, as condições econômicas do ofensor, o grau de culpa e gravidade dos efeitos do evento danoso, a fim de que o resultado não seja insignificante, a ponto de estimular a prática de atos ilícitos, nem represente enriquecimento indevido da vítima.

Ressalte-se que assiste razão ao r. *decisum*, entretanto, quando assevera que devem ser observados o **grau de culpa** e a **gravidade dos efeitos** do evento danoso. Isto porque o parágrafo único desse mesmo art. 944 citado acima abre espaço para uma eventual redução do *quantum* indenizatório, dispondo, *verbis*:

> Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Voltaremos a tratar deste tema, mais detidamente no capítulo 6 infra, ao analisar o eventual cabimento dos *punitive damages* – ou seja, das condenações acessórias com caráter punitivo ou exemplar - no Direito Civil brasileiro.

CAPÍTULO 6 - COLISÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VS.* PROTEÇÃO À HONRA, À IMAGEM, À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

> **É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*. Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia de novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se, em especial e paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados de fundamentais – os princípios jurídicos. Nesse quadro, algumas questões causam perplexidade. (Humberto Ávila[173])**

Parece que a euforia do Estado Principiológico reconhecida por Humberto Ávila entre os constitucionalistas desbordou para outros ramos da ciência jurídica e veio dar no Direito Civil através do, já tão cantado em verso e prosa, fenômeno da "Constitucionalização do Direito Civil".

§ 18. Circunscrição do tema ao Sistema de Direito Civil – Inocorrência *in casu* de Constitucionalização do Direito Civil

O fenômeno objeto do presente estudo – a mitigação de dano moral em face de eventual abuso em alegado exercício da liberdade de expressão do pensamento - nasce e se resolve dentro da seara da responsabilidade civil. Trata-se de conflito típico do Direito Privado, mais especificamente do Direito Civil e conta com todo o seu arcabouço hermenêutico e com toda a sua principiologia para encontrar adequado deslinde.

Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet, em seu erudito artigo "Principais problema dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado"[174], fazem uma veemente defesa do entendimento a que aderimos

---

[173] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 43

[174] MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato. *Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado*, *in* Direitos da personalidade.

integralmente por sua perfeita logicidade, no sentido de que os direitos da personalidade, quer seja no ordenamento português (artigos 70º a 81º do Código Civil daquele país) quer no nosso (arts. 11 *usque* 21 do Código Civil de 2002), têm no Direito Civil o seu "âmbito normativo primário", vale dizer, as normas jusprivatísticas constantes do diploma civil dão as soluções de vinculação dos particulares, sendo despicienda a invocação constante do texto constitucional para o deslinde de questões a envolver direitos da personalidade. Dizem os autores: "O recurso imediato à dignidade humana como fundamento dos direitos da personalidade justifica-se no contexto da ordem jurídica alemã, dadas suas peculiaridades históricas. **No caso brasileiro, porém, o Direito privado possui os elementos adequados à conformação normativa dos principais casos**" (grifos nossos).

Alguém se sente agravado e alega ter experimentado dano em seu patrimônio imaterial, por vulnerado algum de seus direitos da personalidade, enquanto que o causador do alegado dano invoca em sua defesa, como uma "excludente da abusividade" um direito subjetivo seu de manifestar livremente o seu pensamento – direito subjetivo, inclusive, que, para além de garantia constitucional, baseia-se no **autoregramento privado** (princípio de Direito Civil) que têm todas as pessoas de escolher manifestarem-se como e quando quiserem.

Ao Direito Civil pertence a disciplina, desde o seu nascedouro, com a descrição da personalidade, seus início e fim, seus atributos; com a previsão de seus mecanismos de tutela e com todo o desenvolvimento hermenêutico do campo da responsabilidade civil para apurar eventual necessidade de satisfação da vítima de ataque a direito da personalidade.

Importante trazer, neste ponto de nosso trabalho a importante lição colhida do trabalho de Daisy Gogliano - fruto de uma das mais profundas pesquisas relacionadas ao tratamento jurídico dos direitos da personalidade no mundo todo ao longo da história – "Direitos Privados da Personalidade"[175] onde se lê, *verbis*:

> A garantia dos direitos fundamentais concretiza-se no Direito Civil, porque nas palavras de R. Limongi França, "ao dizer o Código que a cada direito corresponde uma ação que o assegura, noutras palavras consagra um princípio por força do qual a cada direito subjetivo corresponde uma obrigação cujo cumprimento se pode exigir mediante a provocação da tutela do Estado, por meio dos seus poderes estruturais, no caso, o Judiciário com a sanção do Executivo".
> Não é sem razão que o Direito Civil é a base do fenômeno jurídico. Os Direitos da Personalidade ou Direitos da Pessoa Humana são a expressão

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). São Paulo: Ed. Atlas. 2012. p. 13.

[175] GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 8

> dos denominados "Direitos Fundamentais", que antecederam as Cartas Constitucionais, cuja efetivação se faz valer precisamente no "jus civile", tutelando e sancionando todo o atentado à dignidade humana, a culminar com a reparação do dano. Todos esses direitos subjetivos decantados na Carta Magna encontram a sua razão de ser no Direito Civil, no direito comum a todos os cidadãos, que trata do Ato e do Fato Jurídico, daquelas realidades sociais (*notitia rerum*) que devem ser objeto da jurisprudência, envolvendo pessoas, bens, coisas, no sentido de atribuir a cada um o seu haver. Poderíamos assim dizer, de modo inverso, que o Direito Constitucional descobriu o Direito Civil, vindo ao seu encontro ao tratar não só das pessoas como da família, das heranças, das obrigações, da saúde, etc., com matizes e ressonâncias novas, na concretização do Direito.

Ora, o fato de tais princípios (os mesmos direitos da personalidade) estarem também positivados na Constituição Federal, como forma de se marcar a importância e a essencialidade que, como vimos no Capítulo 3, marca os direitos da personalidade, não quer dizer, em absoluto, que se tenha uma operação ou um momento de **constitucionalização do direito civil** para se chegar ao deslinde desse atrito entre direitos contrapostos. Da mesma forma como um determinado direito trabalhista (*v.g.* a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, de que trata o inciso IX do art. 7º da CF/1988) estar replicado na Constituição Federal – depois de previsto na década de 1930 na Consolidação das Leis do Trabalho – não retira o tema da seara do direito laboral transformando-o em Direito Constitucional, nem sequer em Direito do Trabalho Constitucional.

É regra basilar de exegese, utilizada pelo Direito Civil desde sempre, aplicar a a hierarquia das normas como um dos critérios em face de uma antinomia aparente entre elas, ou mesmo o princípio da proporcionalidade em face de princípios de mesmo status constitucional em conflito real. Quando o civilista aplica estas técnicas exegéticas ele está praticando o Direito Civil sobre um tema civil, respeitando, **por óbvio**, como devem fazer todos os ramos do Direito, a superioridade hierárquica de uma norma constitucional.

Os conflitos que surgem no mundo jurídico, a partir da ocorrência dos suportes fáticos aqui descritos neste trabalho, são questões de **Direito Civil** e não de Direito Constitucional e nem de Direito Civil Constitucionalizado por nenhum desses milagres de desconsideração de todo um Sistema multimilenar para considerar apenas a aplicação de uma cláusula abstrata e programática de dignidade da pessoa humana.

Como bem asseverou o professor Maurício Mazur[176] a "constitucionalização do direito civil é uma grave e recorrente ameaça à liberdade e à autonomia das relações privadas que se ampara na ideia equivocada de uma grande proximidade entre o direito civil e a Constituição. Ora, as garantias constitucionais apenas traduzem o reconhecimento estatal de uma ordem jurídico-privada, sem causar impacto autônomo em seu conteúdo."

Para o autor, o fato de haver um detalhado catálogo de direitos fundamentais disposto na Carta Política **não significa** que ela seja capaz de criar um sistema fechado a regular a ordem civil, pois a prerrogativa material de regulação das relações privadas é toda do direito civil "que se distancia da constituição política e atua como um desenho da constituição social".

Desse modo, as questões aqui tratadas, em que pese nosso respeito às opiniões em sentido contrário, não são questões de Direito Civil Constitucional, porquanto só reconhecemos existir (como desvio) o Direito Civil **inconstitucional**, que é aquele praticado em erro exegético, negando vigência às normas hierarquicamente superiores da Constituição Federal e que, portanto, repelimos. Todo o mais são os ramos do direito em suas versões constitucionais e aquilo que no Direito Civil ou em qualquer dos campos do direito estiver em desalinho com a sistemática constitucional vigente deve ser alvo de exclusão do sistema jurídico através dos meios de controle (concentrado e difuso) de constitucionalidade.

Radicalizando no outro extremo diametralmente oposto àquele dos que propugnam pela solução dos conflitos aqui sob exame por um chamado direito civil constitucional, Rubens Limongi França[177], em seu "O Direito Civil como Direito Constitucional", dizia que a Parte Geral do Código Civil costuma dizer respeito a dois grandes temas específicos: (i) as regras que se aplicam à norma jurídica e (ii) aquelas atinentes ao fato jurídico. Já a Parte Especial, ter-se-ia dividido em diversas disciplinas particulares, a saber (i) o Direito das Obrigações e dos Contratos, (ii) o Direito de Propriedade, (iii) o Direito de Família e (iv) o Direito das Heranças. Para Limongi:

> Os matizes, problemas técnicos, perspectivas e, sobretudo, a importância Sócio-econômico-jurídica de cada qual dessas matérias específicas, são de tal forma intrincados, minuciosos e vinculadores, que aos olhos de muitos

---

[176] MAZUR, Maurício. *A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais*, *in* MIRANDA, Jorge; RODRIGUES, Otávio Luiz Junior e FRUET, Gustavo Bonato (coords.) Direitos da personalidade. São Paulo: Ed. Atlas. 2012, p. 41

[177] FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito civil como direito constitucional*. São Paulo:RT. Revista de Direito Civil, RDCiv 54/189, out-dez/1990

> juristas o Direito Civil já tem exsurgido como aquilo que ultimamente arriscaram denominar a Constituição do Direito Privado, expressão tímida e inadequada, posto que não são esses atributos que fazem do Direito Civil um Direito Constitucional, e muito menos do Direito Privado, uma vez que até nos seus aspectos mais burgueses dificilmente o Direito Civil deixa de participar de um sem número de aspectos públicos, segundo se dá, p. ex., com o Direito do Menor, o Direito da Mulher e o Direito do Consumidor.

Mais adiante, afirma Limongi que quando fala, entretanto, do Direito Civil como Direito Constitucional, o enfoque que pretende dar não é o de hierarquia apriorística, mas sim o enfoque à essência do fenômeno jurídico, de forma que a questão do valor hierárquico só se apresenta depois, como corolário da necessidade que tem o sistema de regras jurídicas – inclusive a própria Constituição Política – de atender aos preceitos impostos pelo Direito Civil no que respeita (i) à vigência, (ii) à aplicação, (iii) à revogação das normas, (iv) aos conflitos da lei no tempo e (v) aos conflitos da lei no espaço. Da mesma forma, todas as disciplinas e a própria Lei Magna estariam, segundo o autor, adstritas às regras civilísticas relativas aos fatos jurídicos e que determinam sua criação, modificação e desfazimento, mormente seu sistema de defeitos e nulidades. Pedimos licença para trazer mais um pequeno trecho do texto de Limongi França, em virtude de seu estilo inimitável e difícil de sintetizar por ser já o cerne de uma ideia sempre brilhante:

> Estas normas que regem normas, inclusive as do Direito Constitucional Político, e que prescindem de ostentação como as que decorreriam da denominação, por muitos proposta, de SuperDireito, se encontram precisamente no Direito Civil, não em virtude de qualquer reivindicação ou intransigência dos seus especialistas, senão como consequência natural, da circunstância histórica de ser o repositório dos mais antigos e autênticos tesouros do *Jus Civile Romanorum*, desde os Veteres, aqueles que *fundaverunt jus civile*, até as mais altas expressões modernas, como Pothier, Savigny, Giorgio Giorgi, e, sobretudo, acima de todos eles, o iluminado Teixeira de Freitas.

§ 19. Conflito de princípios constitucionais de mesma estatura

> **"Uma relação intrinsecamente conflitual.**
>
> **Muitos dos bens jurídicos pessoais que acabam de atrair a tutela penal revelam uma vocação ostensivamente conflitual... Estes bens são invariavelmente portadores duma 'imanente colisão de valores'. E que, por isso, há-de valer sobremaneira em relação a bens jurídico-penais**

> **como a honra, a privacidade/intimidade, a palavra e a imagem...”**
>
> **(Manuel da Costa Andrade – Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal)**

A Constituição Federal traz uma série de princípios que formam entre si uma unidade coerente e harmônica em seu conjunto. Tais princípios, no entanto, podem colidir entre si e esta situação, ao contrário do que ocorre quando há uma antinomia aparente entre normas legais – em que **apenas uma deve ser declarada válida e a outra descartada** (ou nem sempre, segundo a doutrina do Professor Humberto Ávila, que não confia nesse critério como um elemento distintivo fundamental entre regras e princípios) - eles devem passar por um processo de ponderação a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade sobre o caso concreto com o fito de se verificar qual a preponderância verificável **para aquela situação fática** no cotejo entre as normas principiológicas conflitantes. Em outras palavras: o conflito entre princípios dessa estatura não pode levar senão à necessária **conciliação entre eles**, ao invés de determinar o aniquilamento do conteúdo de um ou outro.

Daniel Sarmento[178] ressalta a necessidade de observância atenta do caso concreto para se determinar se se está efetivamente diante de um conflito entre princípios constitucionais: “A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto”. Para o autor, portanto, a missão inicial que terá o intérprete, em face de uma hipótese de ponderação de princípios, será a de verificar se os comandos aparentemente colidentes “efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.”

Não resta dúvida que no caso em estudo – da disputa entre a liberdade de manifestação do pensamento e a necessidade de “indenização” por dano moral oriundo de ofensa à honra, imagem ou vida privada – trata-se de uma colisão entre **princípios constitucionais além de um conflito de Direito Privado atinente à responsabilidade civil** e a técnica da ponderação é uma das ferramentas a serem utilizadas para a solução do problema. Novamente tomamos as palavras de Daniel Sarmento[179] ao esmiuçar a técnica da

---

[178] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2002, p.99

[179] idem, p.97-98

ponderação de princípios: "tal método caracteriza-se pela sua preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do 'peso' específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação".

Como diz Claudio Luiz Bueno de Godoy, é frequente o embate que surge, a partir do exercício da liberdade de imprensa, entre este último direito fundamental e àqueles à honra, à imagem e à privacidade[180], inclusive, apoiando-se na lição de René Ariel Dotti, chega a lembrar que há "verdadeira tendência material de que liberdade de informação e direito à privacidade, honra e imagemse destruam" uma vez postos em confronto. Não é esse o resultado esperando, no entanto, como também assevera Godoy, além dos inúmeros juristas de escol por ele citados a partir de sua profunda pesquisa.

O que deve se dar em face da colisão de princípios de igual estatura – um conflito real, portanto, e não uma antinomia aparente de normas – é a operação da "concordância prática" (ou *Schonendsten Ausgleich* para os alemães), que tão bem descreve Manuel da Costa Andrade[181], dizendo que segundo ela "os conflitos entre direitos fundamentais não deverão superar-se por via de sacrifício total de um deles. Em vez disso, há-de procurar assegurar-se a ambos a mais extensa e consistente proteção em concreto praticável. O que implica, nomeadamente e por um lado, o mandamento da salvaguarda do *núcleo essencial* do direito fundamental a sacrificar e, por outro lado, a proibição de um sacrifício desmesurado ou desproporcionado".

Mais adiante, segue o jurista português, amparando-se também nas lições de Degenhart[182]:

> Entre a fenomenologia da conflitualidade precipitada pela projeção destes bens jurídicos no plano horizontal avulta sobremaneira a colisão com o exercício da liberdade de imprensa e a prossecução dos valores ou interesses a que aquele exercício anda invariavelmente associado. Isto tanto pela frequência destes conflitos como pela sua complexidade e relevo pragmático. De acordo, por exemplo, com Degenhart, é precisamente "este conflito entre a tutela da personalidade e a liberdade de comunicação social

---

[180] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 29

[181] ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 34

[182] Idem, pp. 34-35

> que configura a constelação problemárica de maior relevo prático no desenvolvimento dos direitos de personalidade, em geral"

Gilmar Ferreira Mendes, no seu "Curso de Direito Constitucional"[183], tratando da colisão de princípios constitucionais de mesma hierarquia, inclusive referindo-se aos direitos fundamentais que são o mote do presente trabalho, afirmou, *verbis*:

> No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.
> Uma matéria jornalística, por exemplo, sobre a vida de alguém pode pôr em linha de atrito o direito de liberdade de expressão e a pretensão à privacidade do retratado. Considerados em abstrato, ambos os direitos são acolhidos pelo constituinte como direitos fundamentais. A incidência de ambos no caso cogitado, porém, leva a conclusões contraditórias entre si.
> Para solucionar o conflito, hão de se considerar as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflito, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática.
> Assim, se um indivíduo tem uma vida pública ativa, será mais provável que uma reportagemenvolvendo aspectos da sua vida particular venha a ser prestigiada, conferindo preponderância à liberdade de imprensa sobre o direito à privacidade. Isso não se deverá a uma recusa do direito à privacidade à personalidade pública, mas atenderá à ponderação de que, se o retratado vive do crédito público, da imagem que ostenta, a sociedade tem o direito de saber se a sua vida pessoal corresponde ao que pretende fazer crer. Já a revelação de dados íntimos de pessoa que não depende profissionalmente da imagem pública e que não está no centro de um acontecimento socialmente relevante, tende a não justificar a interferência da imprensa sobre a sua privacidade.

Para Luís Roberto Barroso[184], de forma resumida, poder-se-ia descrever o processo de ponderação como algo que se desenvolve em três diferentes fases: a primeira delas envolve a detecção, por parte do intérprete, das normas relevantes para o deslinde do caso e a identificação de eventuais conflitos entre elas.

A segunda fase é o momento em que se examinam "os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos". Dessa forma, o exame do substrato fático e o efeito que sobre ele terão as normas individualizadas na primeira fase

---

[183] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284

[184] BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 346-348

apontarão com facilidade o papel que cada uma delas terá e o seu grau de importância para a solução do caso concreto.

"É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção". Nessa etapa crucial, voltada à tomada de decisão propriamente dita, "os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade".

Gilmar Mendes[185] trata com muita propriedade da questão da colisão de princípios constitucionais, trazendo, inclusive, a visão da Corte Constitucional Alemã quando o tema é a defesa do postulado da dignidade humana (*Grundsatz der Menschenwurde*) enquanto integrante dos princípios fundamentais da ordem constitucional (*tragende Konstitutionsprinzipien*): "fala-se em colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer de conflito entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade e (c) entre bens jurídicos coletivos". Adverte-nos o autor, entretanto, que a ideia de conflito ou de colisão de direitos não é sempre que se verifica, pois nem tudo que se pratica alegando exercer regularmente um direito que **estaria** em colisão com outro, encontra abrigo no seu âmbito de proteção. "Assim, muitas questões tratadas como relações conflituosas de direito configuram *conflitos aparentes*, uma vez que as práticas controvertidas desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental em que se pretende buscar abrigo".

Antes de mais nada é preciso identificar com precisão o âmbito de proteção do direito de forma a saber se determinada conduta se acha abrangida por esta guarida ou não. Gilmar Mendes cita, como exemplos, decisão da Corte Constitucional Alemã que já teria fixado que a liberdade pública de manifestação de pensamento não abrange o poder de o inquilino afixar propaganda eleitoral na casa que aluga; ou ainda, que a poligamia não pode

---

[185] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 234 e ss.

ser admitida como lícita com base na liberdade de religião; ou então que a liberdade científica se exerça em detrimento do patrimônio ou da vida alheios.

Segue o mesmo autor, mais adiante:

> Embora se cogite, não raras vezes, de uma suposta colisão de direitos, é certo que a conduta questionada já se encontra, nesses casos, fora do âmbito de proteção de outro direito fundamental. Tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental. Em se tratando de direitos submetidos a reserva legal expressa, compete ao legislador traçar os limites adequados, de modo assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes. Um típico exemplo de colisão de direitos fundamentais é assinalado por Edilson Farias: a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, art. 5º IX) pode entrar em colisão com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X); ou a liberdade interna de imprensa (art. 38º, 2º, da Constituição Portuguesa), que implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas, bem como a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação, pode entrar em colisão com o direito de propriedade das empresas jornalísticas.[186]

Humberto Ávila[187], pontificando sobre a operação de ponderação de "Postulados Inespecíficos" (dentre os quais estariam as liberdades públicas de que aqui tratamos), diz que pode-se, no entanto, independentemente dos objetos da operação de ponderação, evoluir para uma ponderação "intensamente estruturada", que poderá ser utilizada na aplicação dos postulados específicos. Para se conseguir este objetivo, deve-se ultrapassar algumas fases, dentre elas: a **preparação da ponderação** (*Abwägungsvorbereitung*). Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumentos de forma minudente. "É comum proceder-se a uma ponderação sem indicar, de antemão, o que, precisamente, está sendo objeto de sopesamento. Isso, evidentemente, viola o postulado científico da explicitude das premissas, bem como o princípio jurídico da fundamentação das decisões, ínsito ao conceito de Estado de Direito", aponta o autor como um defeito comum no processo de ponderação.

A etapa seguinte seria aquela da **realização da ponderação** (*Abwägung*), "em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento". Na hipótese de ponderação de princípios, essa deve terminar com a declaração da primazia de um deles sobre o outro naquele caso sob exame.

---

[186] Idem, p. 235

[187] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 58

A última etapa deste processo complexo, segundo Humberto Ávila, seria a da **reconstrução da ponderação** (*Rekonstruktion der Abwägung*), "mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso".

Muitos são os critérios possíveis de ser utilizados no processo de ponderação. No entanto, adverte Humberto Ávila que "especial atenção deve ser dada aos princípios constitucionais e às regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles, como a de que os argumentos linguísticos e sistemáticos devem ter primazia sobre os históricos, genéricos e meramente pragmáticos"[188].

Humberto Ávila, inclusive, explica que, para alguns autores, os **princípios** poderiam ser diferenciados das **regras** por conta da maneira como se comportam em face do **conflito normativo**, já que, para eles, a antinomia entre as regras constitui um verdadeiro conflito a ser resolvido com a declaração de validade de uma e invalidade da outra (ou, eventualmente, com a criação de uma exceção de validade), enquanto que a interação entre os **princípios** consiste num "imbricamento", resolvido a partir de uma ponderação (sopesamento) que atribuirá uma dimensão de peso diferente a cada um deles, revelando aquele a prevalecer no caso concreto.

Pedimos licença para transcrever o trecho em que, com poder de síntese invejável, Ávila enumera as diferentes teorias acerca dessa distinção entre os cânones a partir do conflito[189]:

> Canaris, além de evidenciar o conteúdo axiológico dos princípios, distingue os princípios das regras em razão do modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.
>
> Dworkin sustenta que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso que se exterioriza na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.
> Alexy afirma que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. No caso de colisão entre os princípios a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe

[188] Idem, p. 72

[189] Idem, p. 73

> a prevalência. Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica, naquele entre princípios o conflito já se situa no interior dessa mesma ordem.[190]

E, realmente, Ronald Dworkin, em seu "Levando os Direitos a Sério"[191], ensina sobre a colisão de princípios que a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica e que ambos orientariam escolhas particulares sobre obrigações jurídicas em casos concretos, **embora diferindo quanto à natureza da orientação que oferecem**. As regras têm uma aplicação radical que o autor denomina *all ou nothing*, ou seja "são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada". Diz ele: "dados ou fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso, em nada contribui para a decisão".

Isso implica, segundo Dworkin, que os **princípios** trazem consigo uma outra característica, ou dimensão, inexistente entre as **regras**: "a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção dos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outro", ou seja, é o exame do caso concreto e nenhuma norma abstrata que revelará o maior peso naquela circunstância fática.

Robert Alexy[192] traz a seguinte advertência: "as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa [do conflito entre regras]. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção". Para o autor vale a regra mais rígida, posteriormente combatida por Humberto Ávila, no sentido de que o princípio nunca cede

---

[190] O autor cita em nota de rodapé, neste trecho, as seguintes obras: 1) Claus-Wilhelm Canaris, *Systenken*.., pp. 55; 2) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 26; 3) Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie, Separata 1/59 e ss.; Recht, Vernunft, Diskurs*, p. 177; "*Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/19 e ss.

[191] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43

[192] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Trad. De Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 93-94

completamente e a regra sempre cede completamente (é declarada inválida). Para ele o que ocorre, invariavelmente, é que o princípio que obteve a precedência naquele processo de ponderação, teve maior peso **sob aquelas condições**. Em presença de outro substrato fático "a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso".

A última das **fases do processo de ponderação** de que trata o professor Humberto Ávila e que mencionamos acima, quando se faz a **reconstrução da ponderação** (*Rekonstruktion der Abwägung*), - "mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso" – é o momento da construção dos *standards* que menciona Chequer[193], quando afirma que:

> No Brasil, como já foi visto, prevalece o entendimento no sentido de que esses casos só poderão ser solucionados pela ponderação de princípios, levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso concreto. Não se admite aqui uma eventual solução de conflitos entre direitos fundamentais com base em uma escala hierárquica e abstrata de importância desses direitos, tendo em vista os princípios da unidade da Constituição e da indivisibilidade dos direitos fundamentais.
> Com o intuito de dar maior objetividade às soluções desses conflitos e, por consequência, garantir maior estabilidade ao sistema jurídico, o desafio contemporâneo do intérprete do Direito é o de conseguir extrair do texto constitucional alguns *standards* capazes de direcionar, da forma mais completa e objetiva possível, a solução de conflitos de interesses fundamentais.
> Com base nesses *standards*, diante de uma situação real de conflito entre direitos fundamentais, cabe ao aplicador do Direito apenas utilizar tais padrões e dar uma solução menos subjetiva para o problema, formando-se, assim, um método cientificamente eficaz de solução de problemas difíceis.

Stefano Rodotà, em seu "A Vida na Sociedade da Vigilância – A Privacidade Hoje"[194] faz uma importante reflexão sobre o tema da colisão entre dois direitos fundamentais: a liberdade de informação (através da publicidade, transparência e acesso aos dados) e a privacidade. Segundo o Professor Titular de Direito Civil da "La Sapienza" de

---

[193] CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 233

[194] RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. p. 48

Roma, em face dessa natureza de conflitos não se cogita de fazer escolhas entre um valor ou outro, de forma que um deles prevaleça pura e simplesmente. Há que se prodecer a "balanceamentos mais complexos" entre os valores contrapostos de maneira a que estes sigam coexistindo e que, a um só tempo, o direito individual à privacidade seja garantido, enquanto continue se dando uma progressiva abertura da sociedade. Lembrando a obra de Karl Popper (*La Società Aperta e i suoi Nemici* – a sociedade aberta e os seus inimigos), segue o autor dizendo que há que se proceder a este balanceamento criterioso sob pena de que, "insistindo nas antigas enunciações, surgiria o risco de enquadrar os defensores da privacidade entre aqueles que Karl Popper denominaria de 'os inimigos da sociedade aberta'".

Mais adiante, nesse importante trabalho monográfico, Rodotà traz os *standards*, posto que lhes dê a denominação de **princípios**, que, segundo ele, deveriam emergir da colisão desses dois valores em especial[195]:

> Para individuar um núcleo comum na atual disciplina jurídica da proteção de dados, utilizam-se frequentemente dois textos de relevância internacional: a Convenção do Conselho da Europa de 28 de janeiro de 1981, para a proteção das péssoas em relação à coleta automática dos dados de caráter pessoal, e a recomendação da OCDE de 23 de setembro de 1980, que contém as diretrizes relativas à proteção da vida privada e à circulação transnacional dos dados de caráter pessoal. Diversos princípios se deduzem a partir dos pontos em comum dessas duas teses.
>
> 1. *princípio da correção* na coleta e no tratamento das informações ;
> 2. *princípio da exatidão* dos dados coletados, acompanhado pela obrigação de sua atualização;
> 3. *princípio da finalidade* da coleta dos dados, que deve poder ser conhecida antes que ocorra a coleta, e que se especifica na relação entre os dados colhidos e a finalidade perseguida (*princípio da pertinência*); na relação entre a finalidade da coleta e a utilização dos dados (*princípio da utilização não-abusiva*); na eliminação, ou na transformação em dados anônimos das informações que não são mais necessárias (*princípio do direiro ao esquecimento*);
> 4. *princípio da publicidade* dos bancos de dados que tratam as informações pessoais, sobre os quais deve existir um registro público;
> 5. *princípio do acesso individual*, com a finalidade de conhecer quais são as informações coletadas sobre si próprio, obter a sua cópia, obter a correção daquelas erradas, a integração daquelas incompletas, a eliminação daquelas coletadas ilegitimamente;
> 6. *princípio da segurança* física e lógica da coletânea dos dados.

Dessa forma, não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato

---

[195] Idem, p. 59

atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.

Enfrentando o problema, segundo ele "delicado e cada vez mais frequente", dos conflitos que se estabelecem entre o direito de informar com outros direitos fundamentais - como a intimidade, a honra e a imagem do protagonista da notícia -, o argentino Ramon Daniel Pizarro se propõe algumas perguntas como: "Deve prevalecer o primeiro ou, pelo contrário, cabe dispensar a máxima proteção a estes últimos? Ou ainda "É possível propiciar soluções de caráter generalizado ou as respostas devem ser formuladas somente para o caso particular?"[196]

Para o autor, as diferentes limitações que podem experimentar os direitos constitucionais constituem um componente indispensável da liberdade e fazem parte de sua própria essência. Ele divide as limitações entre: a) **intrínsecas**, ou seja, derivadas do próprio conteúdo do direito (daí a necessidade da análise detida, sem prescindir das circunstâncias de tempo e lugar, de seus alcances qualitativo e quantitativo; e b) **extrínsecas**, vale dizer, as derivadas da coexistência com outros direitos, ou impostas por exigências do bem geral.

É no campo dessas limitações extrínsecas dos valores (princípios) constitucionais em conflito que se encontrarão subsídios para a ponderação entre eles e a resposta sobre qual deles terá a predominância (sem aniquilação do elemento nuclear do outro) no caso concreto. No que respeita ao entendimento mantido pela Suprema Corte Argentina quanto aos conflitos entre princípios constitucionais e à disputa havida entre os doutrinadores daquele país sobre o tema, traz Pizarro notícia interessante que, pela sua clareza e precisão, pedimos licença para aqui transcrever[197]:

---

[196] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 106. Tradução livre de: *Debe prevalecer el primero o, por el contrario, cabe dispensar máxima protección a estos últimos? Es posible propiciar soluciones de carácter generalizado o las respuestas deben formularse sólo para el caso particular?*

[197] Idem, pp. 108-109. Tradução livre de: *Según cierta doctrina, avalada por numerosos precedentes de nuestra Corte Suprema, las normas constitucionales y los derechos que de ellas emergen, tendrían siempre igual jerarquia, por lo que, en caso de conflito entre ellos, sólo corresponderia armonizarlos. Esta labor, no podría estar presidida por reglas rígidas, debiendo efectuarse la valoración en función del caso concreto, procurando una composición del conflicto que posibilite la subsistencia de cada uno de esos derechos con el máximo contenido posible. La Corte ha dicho reiteradamente que: "La Constitución es una estrutura coherente" por lo que su interpretación "no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por*

Segundo certa doutrina, avalizada por numerosos precedentes de nossa Corte Suprema, as normas constitucionais e os direitos que delas emergem, teriam sempre igual hierarquia, razão pela qual, em caso de conflito entre eles, somente caberia harmonizá-los. Esta tarefa, não poderia ser presidida por regras rígidas, devendo dar-se a valoração em função do caso concreto, procurando uma composição do conflito que possibilite a subsistência de cada um desses direitos com o máximo de conteúdo possível.
A Corte afirmou reiteradamente que: "A Constituição é uma estrutura coerente" razão pela qual sua interpretação "não deve efetuar-se de tal modo que fiquem frente a frente os direitos e deveres por ela enumerados, para que se destruam reciprocamente". Dentro dessa linha de pensamento, alguns autores exigem que toda restrição ou limitação a um direito constitucional seja necessariamente acompanhada, em razoável correspondência, com o aumento de outro direito de igual natureza: apenas as limitações que reduzem direitos para aumentar ou proteger outros direitos de ordem constitucional poderiam se enquadrar nos termos do art. 28 da Constituição Nacional.

---

ella enumerados, para que se destruyan reciprocamente". Dentro de esta línea de pensamento, algunos autores exigen que toda restricción o limitación a un derecho constitucional sea necesariamente acompañada, en razonable correspondencia, con el aumento de otro derecho de igual naturaleza: sólo las limitaciones que reducen derechos para aumentar o proteger otros derechos de orden constitucional podrían tener encuadre dentro de los términos del art. 28 de la Constitución Nacional.

CAPÍTULO 7 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO É DIREITO FUNDAMENTAL PREFERENCIAL *PRIMA FACIE*?

> ***En pocos temas como en éste se advierten tantos preconceptos y prejuicios, que frecuentemente rinden trubuto indebido a lo que se ha convertido en un falso mito: la libertad de prensa concebida como un derecho casi absoluto e ilimitado.***
>
> ***Como consecuencia de ello vemos naufragar derechos fundamentales de la persona, como el honor, la intimidad o la imagen que, con su impunidad, suelen ser aminorados por publicaciones indevidas*. (Ramon Daniel Pizarro[198])**

Na doutrina norte-americana e em outros países de tradição jurídica ligada à *common law* não resta dúvida de que a resposta à pergunta acima é afirmativa. Os Estados Unidos da América que são a verdadeira "Meca da Liberdade de Expressão" têm esta liberdade pública numa posição preferencial (*preferred position*) em relação a todos os demais direitos fundamentais. A doutrina da posição preferencial inaugura-se naquele País através do julgamento, pela Suprema Corte, do caso *United States v. Carolene Products Co*.[199], em que o *Justice* Harlan Stone fez inserir a célebre nota de rodapé nº 4, onde se pôde ver o início do seu desenvolvimento.

Na apresentação de seu trabalho "A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial *Prima Facie*"[200], o professor Cláudio Chequer chega a afirmar: "será analisado também o voto proferido pelo *Justice* Harlan Fiske Stones, da Suprema Corte dos EUA, no julgamento do caso *United States v. Carolene Products Co*, com amplo destaque conferido a nota de rodapé número 4 deste voto, considerada esta a nota de rodapé mais

---

[198] Idem, p. 29

[199] 304 U.S. 144 (1938)

[200] CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 5

importante do mundo em razão de conferir, pela primeira vez de forma expressa, à liberdade de expressão o status de direito fundamental preferencial".

Entendemos, ao contrário do eminente professor e da numerosa doutrina que ele arrola, através de pesquisa acurada num trabalho primoroso, que, no Brasil, o princípio da liberdade de expressão em sentido lato, assim como os demais princípios a compor o rol dos direitos fundamentais, não possui um caráter preferencial. Ele encontra limites nos demais direitos de mesma estatura constitucional – afinal, entre nós, encontram-se previstos no mesmo *locus* normativo – o que pode ensejar e, de resto, enseja com frequência, casos de **colisão de princípios**. Como vimos, a técnica majoritariamente aceita para a solução destas hipóteses de colisão, posto que haja críticas entre os doutrinadores a esta técnica, é a da **ponderação** e esta equivale à submissão dos dois princípios conflitantes, à luz das circunstâncias do caso concreto, à balança que deve, por sua vez, ter o fiel *de recto* (direito).

Parece-nos não ser o caso de pesar princípios conflitantes se **aprioristicamente** se reconhecessem posições mais elevadas entre eles. Nos parece, isso sim, que o elemento distintivo e importante nessa operação de sopesamento são as circusntâncias fáticas, pois elas irão determinar qual dos princípios terá a primazia diante **daquele caso concreto**; não será uma característica intrínseca do princípio a ser sopesado que apontará esse deslinde, caso contrário, não seria necessária a ponderação, aplicando-se as metanormas de hermenêutica (**postulados normativos aplicativos**, para usar a nomenclatura proposta por Humberto Ávila) usadas para solucionar as antinomias (especialidade, hierarquia, anterioridade etc.).

De se lembrar apenas como um elemento histórico envolvendo o tratamento da questão: a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, fortemente inspirada, em 1948, pelos Estados Unidos da América – a pátria da Liberdade de Expressão ilimitada – garante em seu artigo 12º "a vida privada, a família, o domicílio, a correspondência e a honra e reputação" dos cidadãos e só bem depois, em seu artigo 19º é que disciplina a "liberdade de opinião e expressão". Não que o fato tenha grande importância, mas apenas mostra que as garantias todas foram definidas sem que a Livre Manifestação do Pensamento tivesse sobre elas aprioristicamente uma prevalência.

Há, inclusive, autores que, *a contrario sensu*, defendem a tese diametral oposta – com a qual também, por óbvio, não concordamos – de que os direitos da personalidade, por força do parágrafo 1º do art. 220 da C.F./1988 é que devem, *prima facie*, prevalecer sobre a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação. Confira-se, por exemplo,

o quanto aduz Sidney Cesar Silva Guerra, em seu "A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem"[201]:

> Nos dias atuais, a imprensa vem abusando demais na exposição indevida da imagem das pessoas e este conflito pode ser facilmente resolvido bastando que se faça uma leitura do artigo 220 § 1º da Constituição Federal:
>
> "Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
> § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º IV, V, X, XIII e XIV" (grifos nossos)
>
> Dessa forma, não há dúvida de que o direito à imagem deve prevalecer sobre o direito à informação, excetuando-se os casos em que prevalece o interesse público em detrimento ao interesse do particular.

Também a abalizada doutrina de Ramon Daniel Pizarro, em seu "Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación"[202], traz opinião também diametralmente oposta à ideia de preferência *prima facie* da liberdade de expressão. Pela importância da opinião e profundidade da pesquisa de seu autor, pedimos licença para transcrevê-la *ipsis litteris*:

> § 21 O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS (HONRA, INTIMIDADE, IMAGEM)
> O acima referido tem máxima aplicação quando se o translada ao campo que aqui nos ocupa: o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos personalíssimos.

---

[201] GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 65-66

[202] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, pp. 111-112. Tradução livre de: *§ 21 EL CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y LOS DERECHOS PERSONALISIMOS (HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN). Lo dicho tiene máxima aplicación cuando se lo traslada al campo que nos ocupa: el conflito entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos. Algunos autores opinan que el derecho de prensa constituye una libertad preferente, que debería prevalecer siempre por sobre la intimidad, honor e imagen de las personas. Quienes adhieren a estas ideas, proclaman la licitud de la noticia divulgada siempre que sea veraz, imparcial y presentada en linguaje correcto y moderado, libre de actitudes sensacionalistas; aun cuando pueda interferir en la vida privada de alguna persona, o lesionar otros derechos como el honor, la imagen e – inclusive – la propiedad. Así concebida la cuestión, bastaria con definir el contenido lícito del ejercicio de la libre información, "estableciendo el marco dentro del cual las manifestaciones de dicha libertad deben primar sobre otros derechos constitucionales, aunque éstos resulten sometidos o limitados". Otros, en cambio, como ya hemos dicho, asumen una posición más moderada y admiten que la cuestión de límites no puede ser resuelta en abstracto, debiendo dilucidarse el conflito en cada caso concreto. Las particularidades del supuesto que se analise y la índole de los interesses comprometidos determinaria, según los casos, la prevalencia de uno u otro derecho en conflicto. Por nuestra parte, sostenemos que, si bien la valoración debe efectuarse caso por caso,* ***en princípio*** *corresponde dispensar máxima protección a aquellos derechos que, como la intimidad, el honor y la imagen de las personas, hacen a su dignidad. Por lo tanto, en caso de conflicto con el derecho a la información deben, como regla general, prevalecer estos últimos, salvo supuestos de excepción que deben ser rigorosamente calibrados*.

> Alguns autores opinam que o direito de imprensa constitui uma liberdade preferencial, que deveria sempre prevalecer sobre a intimidade, a honra e a imagem das pessoas. Quem abraça essas ideias proclama a licitude da notícia divulgada sempre que esta seja verídica, imparcial e apresentada em linguagem correta e moderada, livre de atitudes sensacionalistas; mesmo quando possa interferir na vida privada de alguma pessoa, ou lesionar outros direitos como suas honra ou imagem e – inclusive – a propriedade.
> Assim concebida a questão, bastaria definir o conteúdo lícito do exercício da livre informação, "estabelecendo o marco dentro do qual as manifestações da referida liberdade devam primar sobre os outros direitos constitucionais, ainda que estes resultem submetidos ou limitados"(Muñoz Machado, Libertad de Prensa y Procesos por Difamación).
> Otros, en cambio, como já dissemos, assumem uma posição mais moderada e admitem que a questão de limites não pode ser resolvida em abstrato, devendo deslindar-se o conflito em cada caso concreto. As particularidades da hipótese fática que se analise e a índole dos interesses comprometidos determinaria, segundo os casos concretos, a prevalência de um ou outro direito em conflito.
> *De nossa parte, sustentamos que, se bem que a valoração deva ser feita caso a caso,* ***em princípio*** *corresponde dispensar máxima proteção a aqueles direitos que, como a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, formam-lhes a dignidade pessoal. Portanto, em caso de conflito com o direito à informação devem, como regra geral, prevalecer aqueles, salvo hipóteses de exceção que devem ser rigorosamente calibradas*.

Manuel da Costa Andrade, em seu "Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal"[203] traz notícia quanto à tese da "igual hierarquia" (*Gleichrangigkeit*, para os alemães) para a qual "a liberdade de imprensa, por um lado, e os bens jurídico-penais de étimo pessoal, por outro, têm a mesma dignidade, não sendo legítimo sustentar o primado de princípio ou a preferência abstracta a favor de qualquer deles". Prossegue o autor, referindo-se à polaridade entre liberdade de expressão e honra, para dizer que a questão está hoje relativamente estabilizada na doutrina e na jurisprudência. Diz que ambos os direitos foram elevados à categoria de garantias constitucionais na Alemanha, por exemplo, cujos Tribunais e autores vêm também estendendo a mesma proteção à privacidade ou à imagem - "encaradas como afloramentos ou mostrações directas da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade" - em que pese não ter a Lei Fundamental daquele país consagrado expressamente tais direitos como fez com a honra.

No que tange à jurisprudência constitucional brasileira, vale aqui trazer um trecho do voto de Ministro do STF Marco Aurélio de Mello[204], utilizado também, em outra

---

[203] ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 169

[204] STF, HC nº 82.424-2/RS, j. 17.09.2003

passagem, pelo trabalho de Chequer, exatamente por ter o ministro votado favoravelmente à liberdade de expressão quando ponderada com a dignidade humana:

> Vale ressaltar que essa ponderação de valores ou concordância prática entre os princípios de direitos fundamentais é um exercício que, em nenhum momento, afasta ou ignora os elementos do caso concreto, uma vez que é a hipótese de fato que dá configuração real a tais direitos.
> Dessa forma, não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.

Note-se que o voto deixa claro que é **dos fatos** que sairá a solução do sopesamento e não de uma **regra geral** extraída de forma abstrata. Regras gerais já as há: **são os próprios princípios em colisão**. E se um se sobrepusesse ao outro aprioristicamente, não haveria falar-se em ponderação ou princípio da proporcionalidade.

Pedimos vênia para também trazer trecho de outro acórdão de nossa jurisprudência constitucional, desta vez de um voto da eminente Ministra Ellen Gracie, no E. STF, no julgamento da ADPF nº 130:

> (...)não enxergo, com a devida vênia, uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais.
> Entendo, com todo respeito e admiração à visão exposta pelo eminente relator, Ministro Carlos Britto, que a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais forem, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente relator, num "estado de momentânea paralisia" para o pleno usufruto de apenas um deles individualmente considerado. A ideia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Exa., representaria, a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros. É de todos bastante conhecida a metáfora de que se faz a respeito da busca tardia pela reparação da honra injustamente ultrajada, esforço correspondente àquele de reunir as plumas de um travesseiro, lançadas do alto de um edifício.
> Caberá ao Poder Judiciário apreciar se determinada disposição legal representou verdadeiro embaraço ao livre exercício de manifestação, observadas as balizas constitucionais expressamente indicadas, conforme disposto no art. 220, § 1º, da Constituição, nos incisos IV, V, X, XIII, XIV do seu artigo 5º.
> Em conclusão, Senhor Presidente, acredito que o artigo 220 da Constituição Federal, quando assevera que nenhum diploma legal conterá dispositivo que

> possa constituir embaraço à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, quis claramente enunciar que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses mesmos incisos, esmiuçando-as, não poderá nunca ser interpretada como empecilho, obstáculo ou dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação.

É correto afirmar-se que nossa ordem constitucional pretendeu claramente que a liberdade de expressão fosse exercida sempre de modo compatível com o direito à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada – isto está explicitado no inciso X do art. 5º. A Constituição Federal, inclusive, legitima a intervenção legislativa para compatibilizar estes valores se eventualmente em conflito e o faz ao prescrever: "nenhuma lei conterá dispositivo ..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV". Fica claro que o texto constitucional não instituiu uma cidadela inexpugnável à intervenção legal, ele simplesmente limitou as disposições legais àquelas que observem os incisos que elenca. Em outras palavras: a disposição constitucional, ao contrário, indica ser inadmissível norma infraconstitucional que crie embaraços à liberdade de expressão **além daqueles já trazidos pelo texto nos incisos que menciona**.

Nada leva a crer, a partir (i) do exame da sistemática constitucional brasileira, (ii) de nossa história política e (iii) de nossa organização social, que aqui se possam aplicar essas doutrinas típicas do sistema de *common law*, a reconhecer uma primazia da liberdade de expressão – mesmo que apenas *prima facie* – sobre todas as demais garantias fundamentais.

Quando se diz que a liberdade de expressão é um direito **primário** em relação à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada, a única interpretação que disso se pode fazer em consonância com a Constituição Federal é a de que se está querendo significar uma primazia **cronológica** e não **axiológica**, isto porque deve-se primeiro garantir o exercício da liberdade de expressão (*lato sensu*), vedada qualquer espécie de censura prévia, para, **a partir desse exercício e só depois dele** poder-se aferir eventual ocorrência de lesão a um dos outros direitos da personalidade igualmente protegidos por norma constitucional de mesma estatura. E, mesmo assim, casos haverá em que se discute a possibilidade de medidas preventivas inibitórias de danos, na tutela dos direitos de personalidade, depois de feita uma prévia ponderação entre os valores conflitantes, como se verá adiante.

Da forma como disciplinada a questão em nossa Carta Política, é impossível querer fazer caber aqui a golpes do martelo dos *justices* da Suprema Corte Norte-Americana a interpretação que lá se empresta – dentro da lógica e do sistema jurídico daquele País, de

tradição de *common law* – à interação entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção aos direitos da personalidade.

Como diz Silmara Chinellato[205] sobre o sistema adotado entre nós: "a colisão de direitos fundamentais deve ser sopesada nos casos concretos, de riqueza ampla em peculiaridades, não se podendo presumir que a liberdade de expressão prevaleça sempre".

Segue a mesma autora, mais adiante:

> Existem fundamentos na Constituição da República que prestigiam o interesse público, bem como a liberdade de expressão, consagrada como direito e garantia fundamental no inciso IX do artigo 5º porém não ilimitada, considerando outros direitos envolvidos entre os quais os expressamente mencionados nos incisos V e X do mesmo artigo, bem como no art. 220. Nem sempre é fácil resolver o embate entre dois direitos consagrados, tais como os direitos à vida privada, à intimidade, ao segredo, à honra e à imagem e a liberdade de expressão. A colisão de direitos de tal natureza deve ser sopesada segundo o princípio da proporcionalidade – tantas vezes invocado nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e, no mais das vezes, merece ser prestigiado o interesse público – que não se confunde com mera curiosidade do público, sem, no entanto, prevalência ou hierarquia da liberdade de expressão, considerada de modo geral e apriorístico. Acresça-se que o direito à informação não é absoluto. A Constituição Federal o garante em face do Estado, completado pelo direito de petição aos órgãos públicos (inciso XXXIII do art. 5º), mas o direito à informação relativo a qualquer pessoa encontra maiores limitações. A informação com verdadeiro interesse público diz respeito, por exemplo a: saúde, segurança, prevenção contra mensagens que iludam ou abalem a confiança do público, destinação de verbas públicas.

Estamos, também, na companhia de Claudio Luiz Bueno de Godoy[206], para quem "no confronto entre direitos da personalidade e a liberdade de imprensa, não se vislumbra qualquer hierarquia possível, por serem prerrogativas de igual índole constitucional". Com amparo nas palavras de Edilsom Pereira de Farias, afirma Godoy, referindo-se à proteção constitucional à honra, imagem, intimidade e vida privada, que:

> Na verdade, esse preceito deve ser compreendido, tal qual preleciona Edilsom Pereira de Farias, como limite externo à liberdade de informação, de modo a nortear a atividade do legislador infraconstitucional, **mas sem que, por isso, se tenha estabelecido gradação hierárquica entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa ou, mais, sem que, no caso de colisão entre eles, não se tenha verdadeiro conflito de iguais direitos fundamentais**. Ou, como decidido pela Suprema Corte,

---

[205] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias*, *in* CASSETARI, Christiano (org.). 10 anos de vigência do c.c. brasileiro de 2002. *Estudos em homenagem ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126-151

[206] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da Personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 121

> **pressuposta a inexistência de ordem hierárquica entre direitos fundamentais, tem-se na liberdade de imprensa um limite ditado pela própria Constituição**, apenas que considerado imanente, mas oriundo da reserva constitucional aos direitos à inviolabilidade moral. (grifos nossos)

§ 20. Exame de caso concreto: O Caso Siegfried Ellwanger (HC 82.424-2 RS, STF)

Sem qualquer sombra de dúvida, o caso no Brasil que gerou a maior oportunidade de discussão em nossa Suprema Corte acerca da ponderação entre princípios constitucionais colidentes - no caso particular, o da liberdade de expressão em sentido lato de um lado, e direitos da personalidade, de outro – foi o *Habeas Corpus* impetrado por Siegfried Ellwanger, pretendendo livrar-se do cumprimento da pena a que condenado através do reconhecimento da prescrição intercorrente do crime pelo qual sofreu a condenação. Ocorre que seu delito era considerado imprescritível numa das raras e drásticas exceções admitidas pela Constituição Federal em virtude da gravidade do bem da vida vulnerado. O Objeto da impetração, portanto, resumia-se a discutir esse ponto: provar que a imprescritibilidade constitucional não abrangia o caso do paciente, reconhecendo-se, portanto, a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Ocorre que, em que pesem os limites estreitos do pedido formulado em sede de *habeas corpus*, a questão de fundo era muito relevante e de altíssima indagação, o que fez com que os senhores ministros de dedicassem a extensos e eruditos votos que somam quase seiscentas páginas. No final, foi denegada a ordem de habeas corpus e mantida a condenação de Ellwanger.

O Paciente, na qualidade de escritor e também de editor, teria editado textos próprios e de terceiros, de caráter revisionista e todos tendentes à negação ou dimunição da importância do holocausto judeu da 2ª guerra mundial. Defendiam tais textos, de certa forma, os nazistas e um deles chegava a taxar os judeus, numa certa passagem, de "os grandes inimigos da humanidade". Ellwanger foi denunciado e condenado pelo crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 8.081/90, que prevê: "Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos".

Embora a defesa alegasse já estar prescrito o crime, sendo impossível o encarceramento de Ellwanger, Ministério Público e os *Amici Curiae* (dentre eles Federações

Israelitas) advogavam a tese de que se tratava de crime de **racismo** e, portanto, abrangido pela clásula de imprescritibilidade do inciso XLII do art. 5º da C.F., que diz "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

O argumento principal do HC impetrado pela defesa de Ellwanger era o de que, do ponto de vista biológico, não fazia sentido classificar os judeus como **raça**, razão pela qual seria impossível falar-se em **racismo** contra este agrupamento de pessoas.

Posto ser este o pedido formulado, a discussão desbordou para o mérito, aprofundando-se na questão dos limites da liberdade de expressão e do papel do discurso de ódio como limitador desse direito fundamental quando submetido ao princípio da proporcionalidade em vista de um conflito entre princípios no caso concreto.

Em que pese ser extensa, transcrevo a ementa do HC para melhor compreensão do quanto posto em discussão, já que se trata de um *leading case* nacional relacionado à colisão entre liberdade de manifestação do pensamento e os direitos da personalidade:

> **EMENTA**: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.
>
> 1.Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII).
>
> 2.Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.
>
> 3.Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação (sic) da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.
>
> 4.Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5.Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6.Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamofobia” e o anti-semitismo.

7.A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8.Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9.Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático, igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da California nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizam a prática de racismo.

10.A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

11.Explícita conduta do agente reponsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

> 12.Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham.
>
> 13.Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.
>
> 14.As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.
>
> 15."Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.
>
> 16.A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.
> Ordem denegada.

Certo é que o exercício concreto da liberdade de expressão é o mais fértil substrato para que se verifique a instauração de situações de tensão dialética entre valores essenciais que se colocam em estado de colisão pelo fato de serem protegidos por normas da mesma estatura constitucional. Para solucionar esse antagonismo entre as liberdades contrapostas, há que se proceder à ponderação dos princípios – como vimos – de forma a conferir primazia a um deles, sem esvaziar totalmente o outro de seu conteúdo, dada a essencialidade dos direitos fundamentais. Foi exatamente isso o que fez o STF neste caso delicado, polêmico, em que muito se discutiu em plenário, tendo alguns ministros – especialmente Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio de Mello – esgrimido incansavelmente de forma veemente e muito convicta argumentos sólidos e também muito coerentes no sentido, por exemplo, de que se tratava de uma opinião sobre fato histórico e embasada em ideologia política, sendo que tais circunstâncias seriam "excludentes constitucionais da abusividade", conforme inciso VIII do art. 5º ("ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção

política ou filosófica, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação social alternativa, fixada em lei"), entre outros argumentos que igualmente fazem pensar sobre a justiça de se encarcerar alguém pela interpretação – mesmo que esdrúxula, incorreta e bizarra – de fatos históricos e de política internacional (o autor dos escritos fez diversas vezes a ressalva de "não ser anti-semita e nada ter contra os judeus enquanto pessoas, ou ao judaísmo enquanto religião, criticando apenas o sionismo enquanto política de Estado"). É realmente um caso muito desafiador do ponto de vista jurídico e seu deslinde ainda encontrou o óbice da via processual estreita do *habeas corpus* e dos limites da impetração (que discutia apenas a prescrição, por entender não ser racismo o crime praticado contra os judeus – não discutia materialidade e autoria do delito).

CAPÍTULO 8 - ELEMENTOS A SER LEVADOS EM CONSIDERAÇÃO NA PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS EM COLISÃO AQUI EXAMINADOS

A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm reiterado um rol de situações a servir de temperamento ao caráter e sentido dos princípios aqui potencialmente colidentes, de modo a contribuir com a ponderação entre eles e o deslinde da antinomia real.

§ 21. Redução da esfera de proteção dos direitos da personalidade de pessoas ditas "pessoas públicas"

Muito se fala numa redução na esfera de proteção da honra, imagem, vida privada e intimidade das pessoas públicas. E esta é uma generalização com a qual não se pode concordar, em absoluto, por razões (i) de imprecisão quanto aos sujeitos, (ii) de alcance em relação aos direitos atingidos, (iii) de intensidade em relação ao nível de redução a ser suportado e (iv) de motivação suficiente nos casos concretos para determinar esta drástica redução de uma proteção a direito essencial e imanente à personalidade.

(i) No que tange à imprecisão da formulação, perguntamos: quem são pessoas públicas? Uma sub-celebridade recém integrante de um reality show televisivo é pessoa pública? Todas as pessoas por quem se interessa o público, automaticamente, assumem tal condição? E as que a assumem, fazem-no na mesma gradação no que se refere à perda parcial da proteção aos direitos da personalidade?

Quer nos parecer que só deveriam ser pessoas sujeitas a algum sacrifício de suas privacidade e imagem aquelas que: a) voluntariamente abriram mão de seu resguardo exibindo-se ao público para além da exposição natural do homem médio, em virtude de atividade artística ou atlética, ou qualquer outra a que favoreça a exposição midiática ou b) tenham o poder de influir na vida social, através da política ou da governança pública, tendo seu comportamento e biografia relação possível com o desempenho de atividades que repercutam nas vidas das pessoas comuns do povo.

As outras pessoas, que chamam a atenção do público porque têm algum talento especial, mas que se mantém longe da ribalta e procuram preservar seu resguardo em relação aos olhares alheios, e que, por outro lado, não exercem função pública (de Estado) estas

merecem a mesma exata proteção de suas privacidade e imagem que tem qualquer cidadão. Por mais que haja interesse (curiosidade) **do** público (e não "interesse público") sobre suas vidas, estas deverão ser desveladas à curiosidade do povo apenas e tão somente na medida exata do quanto pretenda o titular do direito à privacidade.

Otavio Luiz Rodrigues Junior[207], talvez incomodado com o uso inadvertido de termos como "celebridade", "pessoas célebres", às vezes substituídos por "pessoas públicas" ou "pessoas notórias", diz em brilhante artigo sobre a vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas:

> Ante esse pluralismo conceptual, propõe-se a seguinte solução teórica: haveria uma *celebridade em sentido amplo*, compreensiva de dois grupos: (a) os políticos e (b) as celebridades em sentido estrito, cujos exemplos mais evidentes seriam jogadores de futebol; artistas; músicos; escritores famosos; participantes de *reality shows*; pessoas com presença recorrente em programas de televisão, como cientistas políticos, analistas econômicos e outros "consultores" *ad hoc* dos meios de comunicação social; indivíduos que ganharam instantâneo conhecimento público, seja por atos excepcionais (*v.g.*, pessoas com comportamento heroico em desastres), seja por efeito de "exposições virais" na internet.
>
> Essas pessoas têm em comum algumas características: a) a aquisição de vantagens políticas ou econômicas advondas de sua exposição ao público, mesmo em níveis que normalmente se revelariam invasivos de sua vida privada e de sua intimidade, bem assim de sua imagem; b) a notoriedade do cargo que ocupam, seu poder de influência nos destinos políticos, econômicos, culturais ou comportamentais são fatores que determinam interesses dos meios de comunicação superiormente intenso sobre seu procedimento público ou privado; c) a assunção dos riscos pela superexposição, como algo inerente à atividade exercida. Há, porém, diferenças muito importantes entre essas duas espécies do gênero celebridade, ligadas a dois níveis: i) o *interesse do público* na esfera da *intimidade* dos políticos; ii) a correlação entre a *esfera da intimidade* e o *interesse público* em face dos políticos.

Também Silmara Juny de Abreu Chinellato[208], nas conclusões que oferece ao leitor ao final de seu importante artigo sobre a os direitos da personalidade e a biografia de pessoas notórias, já aqui citado, aduz que, pouco importando se o intérprete os considere como liberdades públicas ou como direitos da personalidade, "não há hierarquia entre liberdade de expressão, de um lado, e direito à vida privada, à intimidade, ao segredo, à

---

[207] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no direito civil. in 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002 – estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. CASSETARI, Christiano (coord). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114

[208] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos da personalidade: o art. 20 do código civil e a biografia de pessoas notórias. in 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002 – estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. CASSETARI, Christiano (coord). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150

imagem, **mesmo quando se referem a pessoas notórias**". Quando se tratar dessas últimas, diz a autora, observar-se-ão algumas exceções, **mas sem no caso concreto**, tendo em mira os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, "sendo necessário distinguir interesse público e mera curiosidade do público, tarefa nem sempre fácil, mas desafio a ser enfrentado casuisticamente" (grifos nossos).

(ii) Com relação ao alcance dos direitos atingidos: note-se que ao tratar acima dos sujeitos a ser considerados "pessoas públicas", mencionamos apenas a **privacidade** e a **imagem** e o fizemos propositalmente, exatamente por acreditarmos que a honra e a intimidade das pessoas sob nenhuma hipótese estarão vulnerabilizadas, mesmo quando tais pessoas se encaixem à perfeição no gabarito daquelas por cujas vidas haja legítimo interesse público. Um artista "exibicionista" que se mostra – a si e à sua casa – em edições sucessivas de revistas de fotos de famosos ou um político ocupante de importante cargo executivo devem suportar em maior medida incursões às suas privacidades e o uso de suas imagens. No entanto, nem mesmo estes indivíduos estarão obrigados a tolerar ataques à sua honorabilidade ou invasão à sua intimidade.

Nada justifica, entre seres civilizados, o achincalhe à honra alheia, mesmo em nome do embate político, da crítica a atividade artística ou intelectual etc. O exame do caso concreto dirá, em **todos** os casos, incluídas aí as pessoas notórias (expressão que preferimos a "públicas") e as comuns do povo, se uma crítica se deu nos limites da liberdade de manifestação de um juízo sobre outrem – mesmo que desfavorável ou mesmo azeda – ou se desbordou para um injustificável ataque à honra. Entendemos que aí não há subjetividades, portanto, não haveria razões para o *discrimen* entre pessoas notórias ou não.

A esse respeito – vale dizer: à confusão comum entre a mitigação da proteção à vida privada e a permissividade quanto aos ataques à honra alheia – é importante trazer a lição de Paulo José da Costa Júnior, em seu "O Direito de Estar Só"[209], para quem:

> Consequentemente, a tutela da intimidade é independente da tutela da honra. Assim, poderá vir a ser ofendida a honra, sem que venha a ser atingida a intimidade. Ou poderá ser lesada a intimidade, sem que seja golpeada a honra. Ou ainda poderão ambas, em concurso, vir a ser simultaneamente feridas.
> O problema da intimidade nasce onde cessa o da defesa da reputação, da honorabilidade, do decoro. Não se pode, pois, confundir a intimidade com a reputação, já que não é a dignidade ou a indignidade do ato tornado

[209] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*. 2ª edição, São Paulo: RT, 1995, p. 43

> público, ou o prejuízo moral que possa advir para a pessoa, que haverá de contar. (...)
> Nada impede, como vimos, que se venha, ao divulgar-se indevidamente a intimidade alheia, ofender a honra, em concurso formal. São dois bens diversos, agredidos simultaneamente pela mesma conduta.

Ousaríamos acrescentar que: nada impede que, ao se divulgar **devidamente** a vida privada alheia (que o autor citado sempre engloba no conceito de *intimidade*), numa das hipóteses lícitas de relativização da proteção desse importante direito da personalidade, se possa também ofender a honra do titular, por conta da forma como se deu a divulgação.

Com relação à intimidade dá-se o mesmo. A ninguém é dado invadir a esfera íntima (o mais estreito dos círculos concêntricos da privacidade) de outrem, muito menos amparado apenas em razões como a de ser fulano uma "pessoa pública". Chegamos a ler, não sem grande surpresa, em obra recente, a afirmação de que "*um político não tem o direito de esconder do público, seus potenciais eleitores, sua opção sexual*". *Data venia*, trata-se de afirmação teratológica, pois a vida sexual de quem administra o patrimônio público não terá qualquer influência sobre esta atividade específica. Houve na jurisprudência inglesa o caso de um político, ocupante de cargo importante, que tinha uma amante e esta amante mantinha também relações amorosas concomitantes com um diplomata soviético a quem poderia cometer inconfidências estrategicamente delicadas para a segurança nacional – como abaixo se verá com mais detalhe em citação que traremos da obra de Manuel da Costa Andrade. Julgou-se tal informação de interesse público, e com razão nesta situação específica! Veja-se que o sacrifício da informação íntima não se deu por razão outra se não um **real** e **comprovado** interesse público (raríssimo, a propósito). Não à toa o interesse é **público** e a intimidade é **privada**. As palavras querem dizer o que significam.

(iii) Agora, quanto à intensidade em relação ao nível de redução a ser suportado: felizmente quase não se encontra mais quem afirme na doutrina que as pessoas públicas têm **suprimida** a proteção à honra, imagem, vida privada e intimidade em face do interesse público e da liberdade de informação. Já é corrente a ideia de que há apenas um temperamento nessa proteção, sendo de ser apenas levada em conta a circunstância, da notoriedade e suas consequências, numa operação de ponderação entre os valores da liberdade de expressão e da proteção aos direitos da personalidade.

De forma alguma ter-se-á a supressão da privacidade ou da proteção à imagem das pessoas notórias, o que se verá é uma mitigação do rigor dessa interdição do acesso aos olhos curiosos da sociedade à imagem e aos aspectos privados da vida de pessoas naquelas

circunstâncias. Isso se essa circunstância pesar o suficiente na operação de ponderação (*balancing*) entre os valores conflitantes. O aqui já múltiplas vezes citado Paulo José da Costa Júnior[210], ao mencionar um parcial sacrifício do direito à intimidade, quando o interesse do particular for suplantado por questões de ordem pública, mencionou que estava tratando de "redução, diminuição da intimidade e não de sua eliminação total. Porque o interesse público haverá que se deter diante daquela esfera mais íntima da vida privada que, como tal, é inviolável. A intromissão, ali, do interesse público não encontraria justificação, degradando-se este a mera curiosidade".

No que respeita à mitigação da proteção ao direito de imagem de pessoas notórias, importante trazer à colação o Acórdão do "Tribunale di Milano" – Corte de Apelação – que num Acórdão[211] a respeito do tema assim decidiu:

> O conceito de notoriedade a que a lei se refere configura a partícula situação social daquela pessoa, que por uma razão qualquer, é conhecida por grande parte dos componentes de uma comunidade; situação que deve ser contínua e concretamente verificada, dada a transitoriedade da cognição comum no interior de uma comunidade social. Também parece não haver dúvidas de que a notoriedade deve ser atinente à pessoa diretamente retratada e não também referir-se a outra pessoa, de cuja notoriedade a primeira goze apenas por um reflexo indireto.

Na obra "A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística", de Vidal Serrano Nunes Júnior[212], encontra-se afirmação muito citada pelos defensores ferrenhos da mais ampla liberdade de imprensa – que, em geral, desconsideram a necessária proteção aos direitos da personalidade, abarcando todos os esforços nesse sentido no conceito tão amplo quanto falso de censura – que, realmente, se tirada de seu contexto, pode dar uma falsa impressão. Diz o autor à página 68 que "foi por vontade própria e por opção profissional que deliberaram [referindo-se a autor, produtor e artistas em geral] expor-se à opinião pública e à censura profissional específica. Evidente que, neste caso, o direito de crítica fica dilatado e o **direito à honra** e **à privacidade** restringido" (grifos nossos).

---

[210] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 45

[211] Trib. Milano 27.2.1969, DA 1969, 49. Tradução livre de: *Il concetto di notorietà cui la legge si referisce configura la particolare situazione sociale di quella persona, che per qualsiasi ragione è conosciuta dalla gran parte degli aggregati ad una comunità; situazione che deve essere in concreto e continuamente verificata data la transitorietà delle comuni cognizioni all'interno di un aggregato sociale. Non par dubbio poi che la notorietà deve attenere diretamente alla persona effigiata e non anche riferirsi ad altra persona, della cui notorietà la prima goda solo un indireto riflesso.*

[212] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997, pp. 68

Ora, com tal afirmação isolada não podemos concordar, porquanto repugna às consciências democráticas **sejam licitamente sujeitas ao menoscabo a honra ou a privacidade de uma pessoa, pelo simples fato desta expressar-se artisticamente**, dando vazão a uma manifestação estética. No entanto, em mais de uma obra se vê tal passagem citada assim, de forma isolada, sem o necessário complemento providenciado por Vidal Serrano na sequência de seu raciocínio (quatro parágrafos à frente), onde o autor esclarece que[213]:

> É evidente que a crítica há de ficar adstrita à obra e aos aspectos pessoais relacionados à atividade artística, sem desbordar desses parâmetros. **Diferente, no entanto, a situação de quem, aproveitando-se do advento de uma exposição artística, deita críticas quanto ao comportamento familiar ou moral do expositor**. Nesse caso, a crítica, sobre invadir a esfera da privacidade e acutilar a honra do artista, não guarda qualquer pertinência com o objeto de exposição pública do autor.
> Em outras palavras, **o artista, quando traz sua obra a público não abdica de sua honorabilidade pessoal nem põe a nu sua vida privada**; tão somente coloca sua obra e seus predicados artísticos aos olhos da opinião pública. É lícito a quem quer que seja formular qualquer espécie de juízo, positivo ou negativo, devendo o leitor ou ouvinte, segundo a credibilidade do crítico, profissional ou circunstancial, tributar o valor que entender à crítica emitida. **No que tange, no entanto, à honorabilidade pessoal e à vida privada, estas se sujeitam ao regime jurídico geral do direito de crítica, com as limitações que lhe são inerentes**. (grifos nossos)

(iv) No que respeita à motivação suficiente nos casos concretos para determinar esta drástica redução de uma proteção a direito essencial e imanente à personalidade: temos que o exame do caso concreto será determinante para separar o real interesse público da curiosidade popular. Esta última, de natureza às vezes mórbida, mas sempre fútil, nunca será razão suficiente para a mitigação de uma proteção dessa importância. Lembre-se nesse ponto as explicações de Adriano De Cupis, por exemplo, sobre a essencialidade dos direitos da personalidade para refletir se a mera vontade do populacho de penetrar na intimidade alheia teria o condão de afastar tal inviolabilidade.

A motivação para que se permita, num processo de ponderação entre a tutela da privacidade alheia e a liberdade de expressão em sentido lato, afastar a prerrogativa que têm as pessoas de manter-se no absoluto controle sobre os aspectos de sua vida que pretendam sejam descortinados ao público em geral deve, **obrigatoriamente**, demonstrar um interesse realmente **social**, vale dizer, **público** naquela informação ou dado, sob pena de se estar

---

[213] Idem, p. 69

alimentando apenas a mórbida curiosidade popular sobre a vida alheia, algo absolutamente indigno de proteção e garantia legais.

A esse respeito, lê-se na importante obra de Cláudio Chequer, fruto de primorosa pesquisa, algumas perguntas que passo a transcrever[214]:

> Imagine-se que uma potencial candidata à Presidência da República identifique estar acometida de uma doença grave. Ela tem o direito de exigir que tal informação não seja veiculada ao público sob o argumento de que essa informação encontra-se inserida na esfera de sua intimidada? Um político carismático, ao concorrer a um cargo político, tem o direito de impedir que a imprensa revele aos seus potenciais eleitores a sua opção sexual? Um jornal, ao tomar conhecimento da opção sexual de um candidato a um cargo político, está proibido de veicular informações a respeito em razão de tal informação estar incluída na esfera de intimidade do político? A imprensa, ao tomar conhecimento de um fato que denigre a honra de uma determinada pessoa pública, estaria proibida de divulgar a notícia em razão do respeito à honra dessa pessoa?
> (...)
> A princípio, pode-se afirmar tranquilamente que todas as questões formuladas acima serão respondidas de forma negativa. A justificativa para essas respostas negativas decorre da premissa de que a sociedade tem o direito de saber dos assuntos de interesse público numa sociedade que pretende ser democrática, justificativa essa capaz de colocar a liberdade de expressão como um direito fundamental preferencial *prima facie* em face dos demais direitos fundamentais nesses casos.

Com todo o respeito pelo entendimento desposado pelo autor, colocamo-nos de forma diametralmente oposta a tal maneira de sentir o fenômeno do conflito sob exame. Parece-nos, ao contrário, que as perguntas acima só seriam respondidas negativamente de forma apriorística e peremptória como sugere o texto, não numa sociedade democrática, mas numa sociedade de vigilância como a imaginada por George Orwell em "*1984*", onde o Grande Irmão penetrava em todos os lares através de uma tela que a tudo sindicava, sem margem a espaços de privacidade ou intimidade.

Repugna às consciências verdadeiramente democráticas a ideia de que, ao invés do exame imparcial de desapaixonado do caso concreto através da ponderação entre os princípios, se aniquile o espaço individual de exercício pleno da **individualidade**, com seu reflexo mais óbvio que é a intimidade, em nome de um erro exegético em que se constitui uma alegada "preferência *prima facie*" de um dos valores sopesados entre si. Como se pode admitir que a sexualidade – manifestação psicofisiológica do afeto do indivíduo no mais

---

[214] CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 262

recôndito de sua intimidade – de um político **possa ser algo impossível de ser mantido longe dos olhos do público em nome da democracia?** Data venia dos que entendam em sentido contrário, isso nos parece carecer absolutamente de qualquer sentido lógico! A ideia de restringir a cláusula democrática à simples ideia de "tudo noticiar" ou de "cada um dizer absolutamente tudo o que pensa sobre todos os demais a todos os outros" é de um reducionismo espantoso. Numa sociedade verdadeiramente democrática, as personalidades devem encontrar terreno fértil para o seu pleno desenvolvimento, com a garantia legal daqueles direitos que lhes são essenciais que são "os direitos supremos do homem, aqueles que garantem o gozo de seus bens pessoais... garantem o gozo de nós mesmos, asseguram a cada um a senhoria de sua pessoa, a atuação das próprias forças físicas e espirituais"[215]. Entre eles, indubitavelmente, a **intimidade**, a **vida privada**, a **imagem** e a **honra**.

É claro que, como dissemos, não há direito absoluto e o que aqui defendemos é exatamente a ponderação sem julgamentos apriorísticos e com o exame das circunstâncias fáticas. Portanto, acreditamos, sim, na redução (nunca na supressão) da proteção de certos aspectos (privacidade, imagem e, em casos muito particulares, a honra – admitindo-se uma menor suscetibilidade, de quem se submete ao escrutínio público, à crítica) dos direitos da personalidade das pessoas que exercem funções ligadas à Administração Pública. E não estamos sozinhos nesse entendimento. Partilhamos da concepção muito bem defendida por Godoy em seu "A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade"[216] onde se lê com a costumeira clareza do texto do autor:

> O pressuposto, aqui, é não só o de o político, afinal, por definição, ser pessoa pública como, também e principalmente, o de ser, de alguma forma, gestor público.
> O político gere a coisa pública ou representa a vontade popular. Age, destarte, em nome e no interesse da coletividade. Sua atividade se deselvolve de forma pública, sob a fiscalização da sociedade, para o que, é evidente, necessário que mais se amplie a possibilidade de limitações a seus direitos de personalidade, sem anulá-los de todo, é certo.
> A verdade é que a divulgação, a discussão e a crítica de atos ou decisões do Poder Público, ou de seus agentes, não vêm sendo consideradas um abuso da liberdade de imprensa, "desde que não se trate de matéria de natureza reservada ou sigilosa, e a crítica inspirada no interesse público, não estando presente o ânimo de injuriar, de caluniar ou difamar", como ressalvou o TJSP, pondo limites à liberdade de que ora se cuida.

---

[215] FERRARA, Francesco, *Tratatto di diritto civile italiano*. Roma:Atheneum, 1921, p. 388

[216] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da Personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 72

Ramon Daniel Pizarro, em seu "Responsabilidad de los Medios Masivos de Comunicación"[217], se ocupa de fazer o *discrimen* entre o interesse público e a curiosidade popular e começa por lembrar-nos que o direito a conhecer os fatos desbordou dos limites clássicos, que se restringiam prioritariamente às ideias e opiniões, e passou à tendência de se querer contemplar o interesse do público em conhecer tudo "*lo bueno y lo malo. Lo que compromete el interés púbico y aquello de menor trascendencia*".

São tempos, para o autor, de incremento da curiosidade, por vezes mórbida, do público por questões da vida privada das pessoas, o que se transformou em algo a ser explorado pelos meios de comunicação – "com inquietante frequência", diz Pizarro – com o intuito de auferir lucro. "Dentro de um marco semelhante, o conflito entre o direito à informação e os direitos personalíssimos dos protagonistas da notícia é tão frequente quanto inevitável. Tanto a prevenção do dano quanto a sua reparação passam a ocupar um lugar relevante no mundo jurídico contemporâneo, *impondo uma profunda revisão dos numerosos esquemas clássicos, que perderam idoneidade, em boa medida, para dar soluções justas*"[218].

À definição dos casos em que se justifica o sacrifício parcial da proteção aos direitos da personalidade, em especial da intimidade, para prestigiar o interesse público, dedicou-se o penalista português Manuel da Costa Andrade, no seu importante e aqui já citado "Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal"[219], onde cita o célebre ***Caso Profumo***, *verbis*:

> O problema está precisamente em circunscrever a esfera da intimidade como bem jurídico-penal ou, reversamente, em dilucidar que eventos caem já fora da sua compreensão e alcance e, por vias disso, escapam à factualidade típica da pertinente incriminação. Ora, como o próprio GALLAS assinala, ainda aqui será a mesma "cláusula do interesse público" a "excluir do tabu da esfera íntima os casos em que a verdade ou inverdade dos factos desta esfera que foram objeto de notícia não é pura e simplesmente indiferente para a comunidade, *antes lhe diz alguma coisa*". A relevância típica destes casos do ponto de vista dos delitos de indiscrição estará então afastada, sendo ocioso indagar se o autor (da notícia,

---

[217] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 63

[218] Idem, p. 64. Tradução livre de: *Dentro de un marco semejante, el conflito entre el derecho a la información y los derechos personalísimos de los protagonistas de la noticia es tan frecuente como inevitable. Tanto la prevención del daño cuanto su reparación pasan a ocupar un lugar relevante en el mundo jurídico contemporâneo, imponiendo una profunda revisión de numerosos esquemas clásicos, que han perdido idoneidad, en buena medida, para dar soluciones justas*.

[219] ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectica jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 260-261

> comunicação ou imputação) "teve em vista a prossecução de interesses públicos e se actuou de forma proporcionada".
> Para ilustração desses tropismos da esfera da intimidade para o domínio público os autores colocam à cabeça constelações típicas como a das relações amorosas entre o ministro da defesa britânico (Profumo) e uma jovem (Keeler) que mantinha idênticos contatos com o adido militar soviético. Na mesma linha estará a notícia da conduta (*v.g.*, práticas pedofílicas) de um dirigente político incompatível com a respectiva função (*v.g.*, responsável pela educação e formação de menores). De igual modo, as notícias sobre a eventual gravidez de uma mulher (*v.g.*, a visita ao consultório de um ginecologista), em princípio pertinentes à esfera íntima, deixarão de o ser em se tratando de rainha ou consorte real de quem a monarquia espera um herdeiro. Ou em se tratando de uma mulher que se submeteu a tratamento inovador no campo da procriação medicamente assistida.

Como se depreende das lições de Costa Andrade, há que se verificar os fatos *in concreto*, sendo **apenas** relevante a sexualidade do agente público, no caso da pedofilia, relacionada de perto com o cuidado de crianças, ou, ainda, a infidelidade conjugal do ministro, por relacionar-se com questões de Estado e assim por diante. É falsa qualquer resposta apriorística à indagação sobre se tem uma pessoa notória o direito a preservar informação quanto à sua intimidade, sendo que a tendência inercial milita, sem dúvida, em favor do **sim**.

Ou, ainda, outro exemplo trazido por Paulo José da Costa Júnior[220], quando lembra "lícita, portanto, a publicação da fotografia do evadido de cárcere ou manicômio, de pessoa procurada pela Polícia ou pela Justiça, de pessoa perdida". Para o autor, entretanto, não se encontraria justificativa plausível para relativizar a proteção ao direito de imagem, *v.g.*, de "condenado que já tivesse recebido a pena e que não merece tê-la ainda mais agravada, pela sua divulgação desnecessária".

Gilberto Jabur[221] assevera que para que seja lícito adentrar na vida privada de alguma pessoa notória, há que se demonstrar inequivocamente o "interesse público" envolvido nos fatos, não se podendo tolerar aqui uma interpretação elástica à expressão, de forma a englobar a curiosidade do populacho. Para o autor, no entanto, "ao a) interesse público devem-se ajuntar outros dois elementos (*rectius*, pressupostos legitimadores da difusão): b) correlação entre a posição pública do protagonista e o dado de sua vida privada que se pretende revelar; e c) valor e atualidade da informação".

---

[220] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela penal da intimidade*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 46

[221] JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: RT, 2000, pp. 288-289

E o que dizer a respeito das divulgações sobre o patrimônio dos "100 homens mais ricos" da Revista x ou y? Das notícias pormenorizadas acerca de aquisições de bens de alto luxo por parte da elite financeira de um determinado grupo social?

Aqui não paira qualquer dúvida plausível acerca da ilicitude de tal invasão à esfera privada. Invasão talmente nefasta que pode gerar, inclusive, graves riscos à incolumidade física do alvo da notícia e de seus familiares em sociedades conflagradas como a brasileira, onde grassam os roubos e extorsões mediante sequestro. A ninguém é dado reconhecer como "de interesse público" a notícia quanto ao patrimônio alheio, a não ser em casos que a própria a lei assim o determina (candidatos, devem apresentar declaração patrimonial ao Tribunal Eleitoral por ocasião de sua inscrição; funcionários púbicos também o fazem no ato da posse no cargo ou função, como forma de sindicar eventual acréscimo patrimonial incompatível no futuro, etc).

Há que se excepcionar os casos em que esta proteção do sigilo quanto à vida privada, em seus aspectos patrimoniais, é alvo de renúncia expressa ou tácita por parte do seu titular. Dá-se a renúncia expressa quando o titular é consultado sobre reportagens desse jaez ou fornece os dados de que esta se utilizará. Tácita, segundo o nosso sentir, quando se trata de "pessoa notória e de notório exibicionismo" que é useira e vezeira em figurar nas revistas de fotografias de "ricos e famosos" a ostentar seu patrimônio sem qualquer indício que queira dele fazer segredo.

§ 22. Direito ao esquecimento

Questão importante e relacionada ao tema é o chamado "direito ao esquecimento". Esta seria a prerrogativa que teria aquele que já foi legitimamente alvo de notícia a ser esquecido e "deixado em paz" pela perda de atualidade daquele fato que, embora já tenha sido do interesse público, hoje não tenha mais tal característica.

Em artigo interessantíssimo escrito por Antonio Carlos Morato e Maria Cristina De Cicco, intitulado "Direito ao Esquecimento: Luzes e Sombras"[222], Morato traz (demonstrando sua costumeira acuidade na pesquisa aprofundada que empreende sobre os temas a que se dedica) uma referência interdisciplinar vinda da neurociência, ao citar o

[222] MORATO, Antonio Carlos; DE CICCO, Maria Cristina. *Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (orgs), São Paulo: LiberArs, 2015, p.80

médico Iván Izquierdo – que foi responsável pelo Centro de Memória do Departamento de Bioquímica da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – para quem o esquecimento é *conditio sine qua non* para a convivência harmônica entre animais de qualquer espécie, incluindo os seres humanos. Prossegue o neurocientista exemplificando, por absurdo, o caos de um mundo sem o esquecimento: "cada reunião de condomínio, cada jogo de futebol, cada eleição para vereador, cada discussão de um casal, acabariam num desastre".

Em complemento, diz Antonio Carlos Morato, *verbis*:

> A concepção de esquecimento, em tal contexto, manifesta-se como um imperativo biológico da espécie humana e, desse modo, na mesma medida em que olvidamos momentos felizes de nossa existência que gostaríamos de manter tanto em nossa memória como na de toda a coletividade por meio da reafirmação de pequenas conquistas pessoais ou profissionais, a contrapartida é a de que o próprio indivíduo, seus amigos, familiares e a coletividades esqueçam-se desde os desentendimentos do cotidiano até situações mais graves que permitam o convívio social e viabilizem a cicratização de longínquas feridas.
> Cumpre observar que a cicatrização é ameaçada por meio de muitas situações que não refletem necessariamente o interesse da sociedade por meio de uma pesquisa efetiva ou de um genuíno interesse jornalístico calcado em aspectos históricos ou em situações que possam servir ao menos como uma referência pedagógica – mesmo que atreladas a situações particulares – para as gerações atuais.

O direito ao esquecimento tem forte imbricação com os condenados em ações penais que, uma vez cumpridas suas penas, têm o direito à ressocialização – que é o fim último de todo o sistema de apenamento – que fica prejudicada na hipótese de voltar à tona a todo momento a notícia "requentada" dos fatos que levaram à condenação. Mas não é só ao Direito Penal que interessa a doutrina do direito ao esquecimento. Esta serve, exatamente, à proteção da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra das pessoas envolvidas em fatos desabonadores que, pelo decurso do tempo, já eram de ter sido relegados ao esquecimento do público.

Maria Cristina De Cicco[223], no artigo citado acima, conceitua o direito ao esquecimento (diritto all'oblio) da seguinte forma: "de matriz francesa, tal é o direito de uma pessoa a não ver publicadas notícias, já legitimamente veiculadas, concernentes a vicissitudes que lhe dizem respeito, quando entre o fato e a republicação tenha transcorrido um longo tempo".

---

[223] MORATO, Antonio Carlos; DE CICCO, Maria Cristina. *Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (orgs), São Paulo: LiberArs, 2015, p. 92

De Cicco assevera que, ao se partir do pressuposto de que o direito ao esquecimento configura "um direito fundamental da pessoa", tanto a doutrina quanto a jurisprudência italianas vêm se dedicando a identificar critérios que sejam úteis à árdua tarefa de proceder à ponderação entre este direito e a eventual "existência e permanência de um interesse público à veiculação da notícia, conjugado com a atualidade"[224].

E, de fato, colhe-se da jurisprudência italiana muitas decisões da mais alta Corte Constitucional, a Corte di Cassazione, no sentido de prestigiar o instituto do direito ao esquecimento, **já há quase quarenta anos**, como, por exemplo:

> "Corte di Cassazione, 18 Ottobre del 1984, n. 5259
> Dado que por direito ao esquecimento se entende o legítimo interesse de qualquer pessoa de não permanecer indefinidamente exposta aos danos ulteriores que acarreta à sua honra e à sua reputação a reiterada republicação de uma notícia, no passado legitimamente divulgada, não constitui legítimo exercício do direito de informação a publicação de fatos já tornados notórios seis anos antes, salvo se eventos supervenientes tornem novamente atuais aqueles fatos, fazendo surgir um novo interesse público pela divulgação da informação".[225]

Cada vez mais a Doutrina do direito ao esquecimento vem ganhando força do direito brasileiro e estrangeiro, sendo que, entre nós, o tema foi matéria do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho Superior da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

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

Sobre o tema, diz Godoy, em sua já várias vezes citada obra "A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade" – citações inevitáveis pela propriedade com que o autor praticamente esgota o tema – ao analisar o instituto, que "não se concebe, em geral, que

---

[224] Idem, p. 93

[225] Tradução livre de: "*Posto che per diritto all'oblio si intende il legittimo interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore ed alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia, in passato legittimamente divulgata, non costituisce legittimo esercizio del diritto di cronaca la pubblicazione di fatti già resi noti sei anni prima, salvo che eventi sopravvenuti rendano novamente attuali quei fatti, facendo sorgere un nuovo interesse pubblico alla divulgazione della informazione*".

as hipóteses de eventos de interesse social, em determinado momento, necessariamente continuem a sê-lo indefinidamente, de sorte a propiciar, a qualquer tempo, repetidas revelações, seguidas republicações. É, ainda aqui, e mais uma vez, o *direito ao esquecimento*, a que se fez alusão..."[226].

Os detratores da teoria do direito ao esquecimento tecem contra essa tese - confome resumo elaborado pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão, quando do julgamento de Recurso Especial[227] que discutia seu cabimento -, entre outras assertivas, as seguintes: a) aceitar o direito ao esquecimento seria atentar contra a liberdade de expressão do pensamento e de imprensa; b) fazer com que desapareçam dados acerca de fatos relacionados a uma determinada pessoa significa, também, afronta à história e à memória de toda a sociedade; c) a cogitação acerca do cabimento de um direito ao esquecimento seria um sinal de que a privacidade é a censura dos tempos atuais; d) o direito ao esquecimento faria com que desaparecessem registros de criminosos perversos e crimes de alta reprovabilidade, registros estes de grande interesse para a história social, judicial e policial; e) algo é lícito ou ilícito em face do ordenamento jurídico, não havendo como uma informação que já foi lícita transformar-se em ilícita apenas pelo decurso do tempo; f) quando uma pessoa se imiscue em fato de interesse coletivo, fica automaticamente reduzida a esfera de proteção de seus direitos da personalidade em benefício do interesse público, assim, a nova publicação, nada mais é do que a reafirmação de um fato já de conhecimento público e g) que são "normais" e já "consagrados" os programas policiais que relatam acontecimentos passados, tanto no jornalismo brasileiro, quanto no estrangeiro.

Ao tratar do assunto, François Ost, em seu "O Tempo do Direito"[228] afirma que o próprio instituto da prescrição é uma espécie de "direito a um esquecimento programado" e acrescenta, enfatizando a aplicação do direito ao esquecimento na defesa dos direitos da personalidade pela jurisprudência francesa:

> Em outras hipóteses, ainda, o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito ao respeito à vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal -, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no

---

[226] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 79

[227] STJ, REsp nº 1.335.153-RJ (2011/0057428-0), rel. Min. Luis Felipe Salomão

[228] OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes, Bauru: EDUSC, 2005, p. 160-161

> esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. Em uma decisão de 20 de abril de 1983, Mme. Filipachi Cogedipresse, o Tribunal de última instância de Paris consagrou este direito em termos muito claros: "(...) qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela".

Vejamos a seguir quatro dos *leading cases* do direito ao esquecimento que selecionamos por seu pioneirismo e tipicidade, dois da jurisprudência estrangeira e também dois da de nossos tribunais:

22.1 Caso Melvil v. Reid - EUA

1 - O primeiro deles deu-se nos Estados Unidos da América que, embora seja a "Meca da liberdade de expressão", julgou, através do Tribunal de Apelação da Califórnia, **favoravelmente ao direito ao esquecimento e contra a liberdade de expressão** aquele que ficou conhecido como caso Melvin *vs* Reid. Trata-se de uma controvérsia de 1931 em cujos fatos figuravam Gabrielle Darley, que 13 anos antes havia se prostituído, bem como sido acusada de homicídio, para depois ser inocentada. Depois disso Gabrielle abandonara o meretrício e casara-se com Bernard Melvin, constituindo família e readquirindo prestígio e aceitação social. Transcorridos muitos anos após esses fatos desabonadores de seu passado, Doroty Davenport Reid produziu um filme intitulado "Red Kimono", onde retratava com fidelidade os pormenores do passado de Gabrielle. Seu marido, Bernard, buscou a justiça para obter uma reparação pela violação à privacidade da esposa. A Corte da Califórnia julgou favoravelmente ao pedido dos Melvin, declarando que uma pessoa que vive uma vida correta tem o direito à felicidade, no qual se inclui estar livre de desnecessários ataques a seu caráter, posição social ou reputação[229].

---

[229] Para análise mais aprofundada do caso, cf. DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação.* São Paulo: RT, 1980, pp. 90-91

22.2 Caso Lebach - Alemanha

2 - Também célebre tornou-se o Caso Lebach, de 1973, da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão[230], uma Reclamação Constitucional contra decisão judicial. O reclamante houvera participado, apenas como coadjuvante, de um latrocínio praticado em 1969 em que foram mortos quatro soldados que guardavam um depósito de munição, restando gravemente ferido um quinto soldado. O episódio ficou tristemente famoso como "o assassinato dos soldados de Lebach", nome de um lugarejo a Oeste da República Federal da Alemanha.

Os dois principais autores do crime foram condenados, em agosto de 1970 à prisão perpétua e o reclamante, que apenas participara lateralmente do crime, recebeu uma pena bem mais branda de seis anos de reclusão. Um canal de TV alemão (ZDF – Zweites Deutsches Fernsehen), sabendo do grande interesse do público pelo caso, preparou um documentário contendo detalhes sobre todo o ocorrido, onde eram apresentadas as fotos e nomes dos três condenados e onde, depois, atores os representariam em dramatizações de todo o ocorrido: inclusive quanto a relações homoafetivas havidas entre os três.

Ocorre que além da apresentação inaugural, uma reprise estava já agendada para uma sexta-feira à noite, poucas horas antes da soltura do reclamante, depois de cumprida sua pena. Este, alegando ter o direito ao esquecimento e alegando que a exposição atrapalharia em muito sua ressocialização, tentou em vão impedir a transmissão do documentário junto ao Tribunal Estadual de Mainz e junto ao Superior Tribunal Estadual de Koblenz – que julgaram improcedente seu pedido liminar. Finalmente, ao apelar para o Tribunal Constitucional Federal, o reclamante conseguiu a procedência de sua Reclamação, vislumbrando aquela Corte que os Tribunais que lhe antecederam violaram o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG) restando, por consequência, justificada a intervenção na liberdade de radiodifusão da ZDF.

O Caso Lebach foi assim ementado pelo TCF:

> 1 – Uma instituição de Rádio ou televisão pode se valer, por princípio, em face de cada programa, em primeira linha, da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Somente quando a liberdade de radiodifusão

---

[230] BVerfGE 35, 202 (*Lebach*) – Para análise mais aprofundada do caso, cf. MARTINS, Leonardo. *Tribunal constitucional federal alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais.* São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, vol. II, pp. 188-189

> colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.
> 2 – As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia de irradiação (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão prevista no art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade prevista no Art. 2 I c.c. Art. 5 I 2 GG, de outro. Aqui não se pode, por princípio, outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais a prevalência (absoluta) sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.
> 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 condenado. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: segundo ele, a informação do nome, foto ou outra identificação do condenado nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão ocupe-se da pessoa do condenado e de sua vida privada por tempo ilimitado para além da notícia atual, p. ex., na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão de, em face da informação atual, provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do condenado, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização). A ameaça à ressocialização 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.

22.3 Caso Ainda Curi - Brasil

3 - No Brasil houve alguns casos emblemáticos e decisivos para o reconhecimento da doutrina do direito ao esquecimento entre nós, um deles, sem dúvida – muito por conta da sólida fundamentação que emprestou a seu erudito voto o eminente Ministro relator no STJ, Min. Luis Felipe Salomão – foi o chamado "Caso Aida Curi"[231], em que a família da vítima de homicídio (Ainda) no ano de 1958, seus únicos irmãos vivos, tentaram obter da Rede Globo de Televisão uma mitigação pelos alegados danos morais sofridos, porquanto a ré "cuidou de reabrir as antigas feridas dos autores, veiculando novamente a vida, a morte e a pós-morte de Ainda Curi, inclusive explorando sua imagem, mediante a transmissão do programa chamado Linha Direta – Justiça".

Os autores sustentavam ter se tratado de uma transmissão ilícita, contra a qual se insurgiram, tendo, inclusive, notificado a emissora previamente no sentido de que não

---

[231] STJ, REsp nº 1.335.153-RJ, Recorrentes: Nelson Curi e Outros; Recorrida: Globo Comunicação e Participações S/A, rel. Min.Luis Felipe Salomão

pusessem no ar o indigitado programa, principalmente por duas razões: a) haveria o direito ao esquecimento da família que, confrontada novamente, cinquenta anos depois, com os fatos traumáticos (e amplamente divulgados, até de forma sensacionalista à época) que viveram, teriam experimentado novamente a dor, a vexação e toda a sorte de sentimentos ruins que o episódio proporcionou à família e b) teria havido, também, enriquecimento ilícito da emissora com a exploração da imagem de Aida para fins comerciais (lucratividade da emissora com anunciantes e incremento da audiência).

Na primeira instância foi julgado improcedente o pedido dos autores (47ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ, proc. nº 2011/0057428-0), tendo sido esta absolvição da empresa ré mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em segundo grau de jurisdição. O Acórdão do TJ/RJ mereceu a seguinte ementa:

> INDENIZATÓRIA. PROGRAMA "LINHA DIRETA JUSTIÇA". AUSÊNCIA DE DANO.
> Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado "Linha Direta Justiça".
> (...)
> 2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais.
> Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi e é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive nos meios acadêmicos.
> A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.
> O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.
> Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.
> Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do desembargador relator (fls. 974-975).

O curioso neste caso é que o STJ, em que pese ter chegado à mesma conclusão prática para os Autores daquele caso concreto – a improcedência de seu pedido – posicionou-se de forma diametralmente contrária, felizmente, aos argumentos esgrimidos pelas instâncias

que lhe antecederam. Amparado em sólida doutrina nacional e estrangeira, citando os importantes trabalhos de Zygmunt Bauman, François Ost, Immanuel Kant, Yussef Said Cahali, Paulo José da Costa Junior, Tércio Sampaio Ferraz, René Ariel Dotti *et alteram*; e citando, também, diversos precedentes daquela Corte, o eminente Relator Ministro Luis Felipe Salomão rebateu todos as teses que denotavam a resistência à aceitação da teoria do direito ao esquecimento e afirmou que o (i) fato ser de conhecimento público não importava; (ii) que ter havido uma cobertura sensacionalista e abusiva à época não seria autorizativo de novo abuso agora; (iii) que a família tem sim o direito de ver esquecidos fatos que lhe causem dor e humilhação; (iv) que, principalmente, os acusados, ou mesmo os condenados por crimes, tem o direito de, a partir de um determinado momento, ver esquecidas as informações quanto aos crimes pretéritos pelos quais já pagaram (principalmente os acusados e absolvidos) etc.

O que se viu do erudito voto do relator foi um libelo em defesa da doutrina do direito ao esquecimento. Dele se lê, verbis:

> Com efeito, penso que a historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da história do fato – pode significar **permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado**. (grifos do autor)
> Muito pelo contrário, nesses casos o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.
> (...)
> Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público – além de ser conceito de significação fluida – não coincide com o interesse **do** público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praceamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada. Essa é a doutrina constitucionalista sobre o tema: "Decerto que interesse público não é conceito coincidente com o de interesse do público. O conceito de notícias de relevância pública enfeixa as notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade. Em princípio, notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, *prima facie*, peso apto para superar a garantia da privacidade (MENDES, Gilmar Ferreira [*et al*.]. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 373)

Noutra passagem, diz o relator que "a assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica". Lembra o eminente ministro que o ordenamento é prenhe de situações em que confere ampla

significação à passagem do tempo exatamente para conferir "o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar". Dá como exemplos a prescrição no âmbito do Direito Civil, o prazo máximo de cinco anos para constarem em bancos de dados informações negativas a respeito de consumidores inadimplentes, já no âmbito do Direito do Consumidor e o instituto da reabilitação penal dos artigos 93 do CP e 748 do CPP.

Só foi negado provimento ao Recurso Especial dos familiares de Aida Curi, embora tenha asseverado o relator o reconhecimento do direito ao esquecimento tanto para ofensores quanto para vítimas (todos os envolvidos, enfim) de fatos de grande repercussão, porque, segundo ele, "no caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um direito ao esquecimento, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes". E, quanto à fundamentação para negar o segundo pedido, diz o eminente relator que "os próprios recorrentes afirmam que, durante toda a matéria, o caso Aida Curi foi retratado mediante dramatizações realizadas por atores contratados, tendo havido uma única exposição da imagem real da falecida. Tal circunstância reforça a conclusão de que – diferentemente de uma biografia não autorizada, em que se persegue a vida privada do retratado – o cerne do programa foi mesmo o crime em si, e não a vítima ou sua imagem. No caso, a imagem da vítima não constituiu um chamariz de audiência, mostrando-se improvável que uma única fotografia ocasionaria um decréscimo ou acréscimo na receptividade da reconstituição pelo público expectador".

22.4 Caso Chacina da Candelária - Brasil

4 - Na mesma ocasião, em julgamento conjunto, examinou-se no STJ também sob a relatoria do eminente Ministro Luis Felipe Salomão – com fundamentação bastante semelhante, ou mesmo quase idêntica para ambos os acórdãos – o Recurso Especial[232] interposto pela Rede Globo de Televisão em face de condenação por danos morais, fundada no direito ao esquecimento, em ação movida por Jurandir Gomes de França.

---

[232] STJ, REsp nº 1.334.097-RJ (2012/0144910-7), Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A, Recorrido: Jurandir Gomes de França, Rel. Min. Luis Felipe Salomão

Muito resumidamente, já que os fundamentos jurídicos que importaram no reconhecimento do direito ao esquecimento são os mesmos, passaremos aos fatos discutidos neste caso específico, pois aqui o desfecho foi favorável ao autor, "indenizado" pela emissora porquanto reconhecido como vulnerado seu "direito ao anonimato e ao esquecimento": Jurandir Gomes de França foi indiciado como coautor/partícipe da série de homicídios que passou para a crônica policial e se tornou tristemente célebre no Brasil como a "Chacina da Candelária", ocorrida em 23 de julho de 1993. Levado a júri popular, foi Jurandir absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença.

Passados treze anos da data dos fatos, o mesmo programa da Rede Globo de Televisão, o "Linha Direta – Justiça" manifestou ao autor o interesse por uma entrevista, a que este último não aquiesceu, porquanto não pretendia ver seu nome relacionado àqueles fatos, mormente tantos anos depois e após ter sido absolvido da acusação de envolvimento no crime. Queria o autor permanecer anônimo e ser esquecido.

Em detrimento desse desejo do autor, a emissora de TV veiculou o programa "Linha Direta - Justiça", em junho de 2006, apontando o autor como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido.

Diante dessa conduta da emissora, o autor ajuizou ação indenizatória por danos morais onde pleiteava sua condenação em 300 (trezentos) salários mínimos, pois, segundo ele "levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por 'justiceiros' e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares"[233].

O juízo da 3ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, sopesando, de um lado, o interesse público da notícia acerca de "evento traumático da história nacional" e que repercutiu "de forma desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional", e, de

[233] *sic* Relatório do Acórdão citado na nota anterior

outro, o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido indenizatório[234].

Apreciando o feito em grau de recurso do autor apelante, o TJRJ, por maioria de votos, reformou a decisão de primeiro grau em Acórdão assim ementado:

> Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal.
> I – O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último.
> II – Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como de discutí-los em diálogo com a sociedade civil.
> III – Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento.
> IV – Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da chacina da Candelária sem a menção a seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.
> V – Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R$ 50.000,00 a título de indenização (fls. 195-196).

Do Acórdão do STJ, de lavra do eminente Min. Luis Felipe Salomão, que manteve a decisão de segunda instância condenando a emissora, lê-se que "muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, que, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado". Mais adiante, uma triste constatação sociológica feita pelo julgador, mas de indiscutível verdade: "os valores sociais ora cultuados conduzem a sociedade a uma percepção invertida dos fatos, o que gera também uma

---

[234] 3ª VC Comarca da Capital – RJ proc. nº 2012/0144910-7, fls. 130-137

conclusão às avessas – antes de enxergar um inocente injustamente acusado, visualiza um culpado acidentalmente absolvido".

Concordamos *in totum* com o deslinde dado à causa, porquanto se se assegura ao condenado, ressocializado em em processo de ressocialização, o direito ao esquecimento, **com muito mais razão dever-se-ia garantir o mesmo direito àquele que foi absolvido da acusação** por negativa de autoria. É fácil ver o paralelismo entre este caso e o **Caso Lubach** da Alemanha, com essa diferença essencial: lá o partícipe, com mera atuação *ad latere*, cumpriu sua pena e estava prestes a sair da cadeia, aqui o **acusado** da mesma participação acessória foi absolvido.

O que se deve ter em mente, de resto como em todos os valores postos em conflito que resultam no tema do presente trabalho, é que o direito ao esquecimento não é também um direito absoluto (como nenhum outro há) e que a ponderação entre ele e aquele que a ele se contraponha não pode ser feita *in abstracto*, deve sempre dar-se em vista dos dados da realidade fática a envolver o caso concreto. Maria Cristina De Cicco[235] assevera que as "dificuldades aparecem quando o fato, em relação ao qual se pretende o esquecimento, apesar de não ter mais uma relevância atual que justifique o 'persistente vigor informativo', se caracterize por um significativo interesse histórico-político". Esta dificuldade se dá na medida em que o direito ao esquecimento – como dissemos, não-absoluto – não pode servir de empecilho à investigação histórica de interesse público, portanto. E arremata a professora da Università di Camerino: "Tratando-se de eventos comuns (quase sempre casos judiciais), no conflito entre direito ao esquecimento e direito de informar, deveria prevalecer o primeiro, que, ao contrário, sucumbe diante da investigação e da verdade dos fatos históricos".

Apenas para finalizar, achamos interessante transcrever aqui a notícia trazida pela autora acima citada da elaboração da Carta di Milano, uma espécie de código deontológico jornalístico, aprovado pelo "Conselho Nacional da Ordem dos Jornalistas da Itália" e que trata, exatamente da aplicação do direito ao esquecimento de detentos e ex detentos do sistema prisional daquele país:

> O direito ao esquecimento, portanto, é a natural consequência de aplicação lógica e correta dos princípios gerais do direito de crônica. Como evidenciado em várias oportunidades, assim como não deve ser difundido o fato, quando a sua difusão lesiva não corresponder a um interesse público

[235] MORATO, Antonio Carlos; DE CICCO, Maria Cristina. *Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (orgs), São Paulo: LiberArs, 2015, p. 94

> efetivo, do mesmo modo não deve ser reproposta a notícia lesiva já velha quando a essa reproposição não corresponda mais uma exigência atual de informação. Uma confirmação dessa orientação é dada pela chamada *Carta di Milano*, um protocolo deontológico, aprovado, em 18 de março de 2013, pelo *Consiglio Nazionale dell'Ordine dei giornalisti* e dirigido aos jornalistas que tratam notícias concernentes ao sistema prisional, aos detentos e ex detentos. O protocolo prevê oito regras fundamentais, entre as quais se destacam: a necessidade de se levar em consideração que a reinserção social é uma passagem complexa que pode ter lugar no final da pena ou gradualmente, como estabelecido pelas leis que preveem modalidades alternativas de execução da pena; a necessidade de fornecer dados confiáveis e atualizados que permitam uma leitura correta do contexto prisional; necessidade de garantir ao cidadão privado da liberdade que tenha sidoobjeto de notícias de crônica, a mesma exaustão de informação se ele for absolvido. A carta faz referência também ao direito ao esquecimento posto que o ex detento não pode ficar exposto indeterminadamente à atenção da mídia que, repropondo continuamente o seu passado, acaba por dificultar ou mesmo impedir que ele refaça a própria vida, com a lógica exceção dos fatos muito graves. Exceção que confirma mais uma vez o caráter não absoluto do direito ao esquecimento.

§ 23. Animus jocandi

Si quis per jocum percuriat, injuriarum non tenetur

A liberdade de expressão e manifestação do pensamento por vezes se expressa de forma a que a intenção do emissor da mensagem (quer seja ela falada, visual, escrita, etc) seja comunicar e a um só tempo provocar no destinatário da mensagem o riso. Trata-se do *animus jocandi*, ou seja, da manifestação do pensamento (ou da criação do espírito) através do humor, da sátira e da caricatura.

O riso é muito mais do que "um estímulo provocador de reflexos motores, responsáveis por contrair coordenadamente mais de 15 músculos faciais"[236], trata-se, isso sim, de um fenômeno social e comunicacional muito mais complexo que, em virtude de tal complexidade "atingiu a interdisciplinaridade, podendo ser estudado pela Semiótica, Literatura, História, Sociologia, Psicologia, dentre outras ciências". E, por óbvio, cabe ao Direito um importante papel nesse estudo que é o de fixar os lindes consequenciais do exercício do humor, da busca pelo riso.

---

[236] RIGAMONTE, Paulo Arthur Germano; SILVEIRA, Daniel Barile da. *Liberdade de expressão e humor*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 56

Teria o exercício da prática satírica, humorística ou caricatural um limite mais elástico de contenção em face do respeito aos direitos de personalidade alheios? Ou seria este limite o mesmo imposto a qualquer outro que exprima seu pensamento de forma diferente ou por meio diferente (crítica jornalística, ensaio literário, noticiário televisivo, etc) no que tange ao respeito à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade alheias?

Ao longo da história, o riso teve seus adeptos e seus detratores, desde correntes filosóficas da Grécia antiga que dele faziam apologia até ordens religiosas monásticas, no medievo, que o aboliram de seu convívio por entendê-lo demoníaco.

Interessante o apanhado histórico feito por Daniel Barile da Silveira em sua obra "Liberdade de Expressão e Humor"[237], onde se lê:

> Mas a comédia em si foi explorada pelo teatro grego, em 501 a.C., quando teve início a era das tragédias e, poucos anos mais tarde, a das comédias. A tragédia era o espetáculo principal, sendo que a comédia era uma arte acessória, cujo objetivo era apenas relaxar os espectadores durante os intervalos das peças teatrais. Tinha-se como cômico o homem inferiorizado, rebaixado moral e socialmente, numa clara tentativa de explorar o ridículo, o grotesco do ser humano. Anos mais tarde, a comédia passa a assumir diversas facetas, ora tida como meio de crítica aos personagens públicos, ora como entretenimento e, em certos casos, até mesmo como significativo de inferioridade humana.
> Nesse aspecto, Aristófanes (445 a 386 a.C.) foi o precursor da independência entre a comédia e os teatros trágicos, pois introduziu o cômico como forma de criticar as figuras públicas e os deuses da mitologia. Já Menandro (342 a 292 a.C.) tratou o riso como distração e divertimento, como uma forma de desapego dos problemas do dia-a-dia. Assim, o homem era metaforicamente tratado como a corda de um arco, a qual se estica diante das necessidades, mas depois de ser usada, precisa ser afrouxada, pois se for mantida sempre tensa, ela arrebenta e torna-se inutilizável. Por outro lado, há ainda quem viu o riso com outros olhos. Platão atribuiu um conceito negativo ao risível, sendo este o fruto de homens medíocres e inferiores, porque apenas a filosofia era digna de apreensão da verdade, em oposição à ilusão característica das paixões.

O riso se dá em presença do exagero. A caricatura é, por exemplo, a expressão do exagero das qualidades detectáveis nalgum objeto ou em determinada pessoa. Como é ínsito ao humor a ideia de exagero, este último, por si só, "não pode ser causa de dano à personalidade como o é em outros campos"[238] quando estivermos diante do autêntico *animus jocandi*.

---

[237] Idem, pp. 56-57

[238] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da Personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, pp. 96-97

Refiro-me a um **autêntico** intuito de brincar, porque, por vezes, a roupagem do humor apenas é utilizada para mascarar intenções outras de ataque à honorabilidade alheia: *animus difamandi vel iniuriandi*. E, nesses casos, outra não é a solução se não impedir que se utilize da **roupagem** do humor como salvo conduto para a prática ilícita em vulneração da personalidade alheia.

Nesse sentido, necessário colher a lição, sempre lúcida, de Manuel da Costa Andrade[239], que diz:

> A essência destas formas autónomas de criação artística reside precisamente na exploração, sem limites, do grotesco, do ridículo, em suma, daquilo que, a qualquer luz, sobressai em determinada expressão da realidade. (...)
> Seja ou não assim, uma coisa sobra como líquida: a caricatura e a sátira alimentam-se invariavelmente do exagero e da hipérbole, da acentuação desproporcionada e deformada de aspectos do real, de marcas da imagem ou de traços do caráter. Como já Kant enfatizava, a essência da caricatura reside "no exagero do característico, isto é, dos desvios individuais em relação à ideia normal, à imagem média".

Mais adiante e amparando-se em julgado do Tribunal Constitucional de Karlsruhe, o autor esclarece que este exagero e distanciamento da precisão fática são características inseparáveis desta **roupagem** da manifestação do pensamento que é o humor. Assim, para Costa Andrade, a análise jurídica do caso concreto imprescinde de um questionamento **separado** da *mensagem* e da *roupagem humorística,* com vistas a saber se houve ou não um desrespeito a aspecto da personalidade do alvo da mensagem satírica: lembrando-se sempre de que "os critérios para a apreciação da *roupagem* serão diferentes e, por via de regra, menos exigentes que os da valoração do *Aussagekern*. Isto porque a distanciação é conatural àquela".

E prossegue o jurista português, comentando a jurisprudência constitucional alemã sobre o tema:

> À *roupagem* cabe, assim, uma função prevalentemente apelativa: emprestar visibilidade e força à mensagem a transmitir. Acresce que é sobretudo na *roupagem* que se actualiza a liberdade de criação artística da sátira e da caricatura. O que confirma a expectativa já antecipada e segundo a qual a *roupagem* não colidirá normalmente com a dignidade pessoal. A acontecer, a colisão há-de, em princípio, levar-se à conta de custo social a suportar em nome da liberdade de criação artística.
> (...)
> b) Só não será assim nos casos extremados em que a *roupagem* configura já ela própria um atentado irredutível e intolerável à dignidade humana. Então,

[239] ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*. *Uma perspectiva jurídico-criminal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 242-245

> para além de ser irrecusável a tipicidade, poderá igualmente ter de concluir-se pela insubsistência de justificação bastante para derimir a ilicitude indiciada.

O fecho encontrado por Godoy[240] para o título em que estuda o tema do humor foi uma feliz síntese de tudo o quanto pudemos encontrar na doutrina estrangeira e nacional, sendo que é pensamento ao qual aderimos sem qualquer reserva por sua logicidade. Ali se pode depreender a seguinte lição: "não se há de olvidar que, à semelhança do que se dá com a crítica em geral, a sátira, a caricatura ou, em última análise, o trabalho humorístico, se puro esse seu intento, se essa for sua finalidade, e se sem abuso no exercício, não tem em sua qualidade, em sua inteligência ou no bom gosto um pressuposto de licitude".

Colhe-se na jurisprudência um caso, recentemente julgado em definitivo pelo STJ e que teve grande repercussão nacional, a tratar exatamente de abuso cometido contra essa maior elasticidade conferida ao âmbito de licitude da atividade humorística. O caso envolvia o apresentador de um programa humorístico chamado CQC, Rafinha Bastos (Rafael Bastos Hocsman) e uma cantora conhecida, Wanessa Camargo, mencionada naquela edição do outro programa a pretexto de uma entrevista anterior que lhes havia concedido. Naquela ocasião, a cantora, jovem e bonita, estava grávida de seu primeiro filho e o outro apresentador do programa (Marcelo Tas) mencionou estar a jovem "uma gracinha grávida". Ao ouvir essas palavras, Rafinha Bastos proferiu o comentário sem dúvida grosseiro, mas tido também por injurioso pelo alvo do "chiste": "eu comeria ela e o bebê! Não tô nem aí...".

Sabendo da "piada" o marido de Wanessa, Marcos Buaiz, ela própria e o nascituro gestado por ela ajuizaram ação indenizatória por danos morais em face de Rafinha Bastos, que foi julgada procedente pela 18ª Vara Cível de São Paulo/capital, condenado o réu ao pagamento de indenização equivalente a dez salários mínimos então vigentes para cada um dos três autores, o que totalizava algo em torno de vinte mil Reais. Pode-se ler da sentença condenatória, *verbis*:

> A resposta, demais disso, ainda incide em manifesta equivocação ao procurar entremostrar à fls. 77 da inexistência de "palavras sujas" – e sim da ocorrência de "apenas mentes sujas".
> Incrível, ROGATA VENIA, a defensão dessa tese, por parte da competente letrada subscritora da resposta do réu: dizer que é suja a mente de quem entendeu a expressão de fls. 07 no seu hialino e translúcido sentido, na baixeza da mais chã e rasteira sexualidade, é tese que não reverencia o Direito, e muito menos o reconhecido engenho e indústria da combativa

[240] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 99

> advogada – a transferir para o telespectador a imaginação da vulgaridade perpetrada e assertiva que não consulta ao reconhecido engenho da ilustrada subscritora da resposta – e se é certo que "o humor incomoda", o que vem expressado a fls. 07 não pode ser rotulado de humor – senão de grave ofensa aos amesquinhados por aquelas invectivas; a ingênua assertiva de que a chula observação levada a efeito pelo réu não pode ser levada "ao pé da letra" é tese que também não navega em mar bonança, e tal posição não alça brados de triunfo. Se é certo que do jornalista, do comediante, do profissional de imprensa se não há de exigir a inerrância divina, não menos exato é que o mínimo de respeito ao próximo, o mínimo de educação e civilidade, e o mínimo ainda de consideração para com o público não se fez presente no comportamento do réu; piadas são coisa útil e desejada – coadunando-se com o que se revela ser o "modo brasileiro de viver", na exata expressão de um dos Presidentes da República do ciclo militar: mas ofensas baixas, vis, chulas, atiradas a esmo contra pessoas honradas e o filho ainda no ventre materno não podem ser erigidas à condição de humor, de piada, de assertiva JOCANDI ANIMO, conforme arbitrou, equivocadamente, a resposta.

Autores e réu apelaram ao TJSP que manteve a sentença condenatória, majorando, no entanto, o *quantum* mitigatório dos danos morais para cinquenta mil Reais para cada autor, num total de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil Reais).

Ao ser analisado o caso pelo STJ em Recurso Especial do réu[241], manteve-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive quanto ao valor da condenação, em Acórdão de lavra o eminente Min. Marco Buzzi assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMENTÁRIO REALIZADO POR APRESENTADOR DE PROGRAMA TELEVISIVO, EM RAZÃO DE ENTREVISTA CONCEDIDA POR CANTORA EM MOMENTO ANTECEDENTE – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE AFIRMARAM A OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO ANTE A AGRESSIVIDADE DAS PALAVRAS UTILIZADAS E, COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DETERMINARAM A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO RÉU PELOS DANOS MORAIS SUPORTADOS PELOS AUTORES, APLICANDO VERBA INDENIZATÓRIANO MONTANTE DE R$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS). IRRESIGNAÇÃO DO RÉU
> Hipótese: A controvérsia cinge-se a aferir a existência ou não de dano moral indenizável em razão do conteúdo de frase pronunciada em programa humorístico veiculado na televisão aberta.
> (...)
> 6 – No que tange ao pedido subsidiário de redução do quantum indenizatório fixado pela Corte local em R$ 50.000,00 (cinquenta mil Reais) para cada um dos autores, totalizando a quantia de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil Reais), ponto sobre o qual, implicitamente, houve o prequestionamento de dispositivo de lei federal, haja vista que nos termos do art. 944 do Código

[241] STJ, REsp nº 1.487.089 – SP (2014/0199523-6), rel. Min. Marco Buazzi

> Civil "a indenização mede-se pela extensão do dano" – não merece acolhida a irresignação ante a aplicação do óbice da súmula 7/STJ.
> Para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e concluir estar exagerado o quantum indenizatório como quer a parte recorrente seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 7 do STJ).

§ 24. Redução da esfera de proteção dos direitos da personalidade do criminoso ou do acusado do cometimento de crime

Com relação às pessoas condenadas em processo criminal ou acusadas pelo cometimento de crime, sem dúvida lhes será aplicada uma mitigação (ou redução) sobre a proteção seus direitos da personalidade aqui em estudo: honra, imagem, vida privada e intimidade. Isso, por óbvio, não implica, de forma alguma, a supressão de tais direitos, dado que essenciais à condição humana, mas apenas uma mitigação em prol de interesse público.

E qual será este interesse público? A resposta vem da própria natureza jurídica do fenômeno criminal. O direito penal é ramo do direito público, porque o crime é fato de tal reprovabilidade que importa (e lesa) a toda a sociedade, gerando, suas constatação e reprimenda, um legítimo interesse público. Os processos criminais (e mesmo a fase inquisitorial – policial) são públicos e as ações penais idem, com as poucas exceções das chamadas ações penais privadas (intentadas mediante queixa-crime). O Estado, representado pelo órgão do Ministério Público é o titular da ação penal pública, representando a sociedade lesada pelo cometimento do crime, pela quebra da ordem social com a prática do fato típico tido como criminoso.

Como diz Godoy[242], o crime, "por sua natureza, foge da esfera estritamente pessoal do indivíduo. Por definição, ele revela interesse social".

Sobre o legítimo interesse público acerca dos fatos criminosos, aderimos sem qualquer ressalva à lição precisa de Costa Andrade[243], para quem: "o crime não pertence à esfera da privacidade/intimidade, estando sua investigação e divulgação abertas ao exercício da liberdade de imprensa". Reforça o autor que entender de outra forma não seria compatível com o sentido e a função do direito penal num Estado Democrático de Direito. Para ele

---

[242] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 81

[243] ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 250

"estando o direito penal (exclusivamente) vocacionado para a tutela dos bens jurídicos fundamentais da comunidade e da pessoa, a sua afronta – *s.c.*, o crime – releva naturalmente da conflitualidade radical entre o indivíduo e a sociedade. E reveste-se de um interesse público tão evidente como incontornável".

Mais adiante, o autor português menciona espécies de casos e circunstâncias que, de maneira privilegiada, devem ocasionar a mitigação de aspectos de alguns direitos da personalidade das pessoas envolvidas[244]:

> O que fica dito para o crime, em geral, vale natural e privilegiadamente para os tipos de criminalidade que mais abalam e perturbam a comunidade ou que nela despertam um mais agudo e legítimo interesse. Como sucederá, por exemplo, com o crime violento e organizado, o terrorismo, a criminalidade de *White-collar* (infracções contra a economia, o fisco, a saúde pública, o ambiente, etc.) ou as plúrimas manifestações de corrupção e de utilização indevida de fundos públicos. Não relevando da privacidade/intimidade dos seus agentes, estes factos constituem matéria normal e legítima de investigação jornalística e de notícia. Se o fizer, como se espera que o faça, o jornalista não incorrerá em responsabilidade penal pelo crime de *Devassa da vida privada* (art. 192º) nem se verá privado do *direito de prova da verdade dos factos* nos termos do nº 3 do artigo 180º do Código Penal.

Assim, não há dúvida de que a pessoa que se envolve em fatos dessa natureza (qualquer fato delituoso), envolve-se em questão que suscita legítimo interesse público e não mera curiosidade popular, havendo justificativa para que "aspectos" de "alguns" de seus direitos da personalidade passem a ter um limite protetivo de maior elasticidade (*rectius*, mais permeável à invasão de terceiros). O acusado do cometimento de crime em menor grau e o condenado pela prática de crime em maior grau, mas ambos terão seus atos sindicados pelas autoridades, o que implica alguma devassa da vida privada e até de aspectos da intimidade. 1) Detalhes de suas condutas serão descortinados aos olhos do público, situação que pode revelar fatos desabonadores de seu caráter e atingir-lhes a honra objetiva (ataque que terá a licitude garantida em ponderação com o interesse público legítimo de se conhecer o ataque à ordem social cometido por quem delinquiu). 2) Pormenores da vida (ou de segmento temporal dela) do criminoso ou do acusado de crime, serão revelados durante a investigação dos fatos e isto será feito em detrimento da privacidade (imagem, vida privada e até intimidade) daquele, sem que ele possa se opor, dado que há o legítimo interesse em se conhecer a verdade sobre os fatos tidos como criminosos e, portanto, lesivos a toda a sociedade.

---

[244] Idem, p. 252

No entanto, tais incursões sobre **aspectos** de **alguns** dos direitos da personalidade dos acusados ou condenados pela prática de crime, não querem dizer, de forma alguma, que lhes foram estes últimos **suprimidos**, ou que, como uma espécie de **pena acessória**, se deva diminuir-lhes a dignidade pessoal. A mitigação da proteção a alguns aspectos de alguns dos direitos da personalidade é um **dano colateral** e não um efeito pretendido ou desejado. É algo que se suportará – por inevitável – em nome do interesse público de reprimenda, prevenção e publicidade quanto aos comportamentos criminosos.

Há que evitar-se, ao máximo o exagero e o descuido para com a dignidade das pessoas envolvidas em crimes, para que aqueles que manejam os aspectos a envolver suas imagens, honorabilidades e privacidades não se tornem, **eles também**, criminosos que atentam contra estes bens da vida valiosíssimos.

Diz Paulo José da Costa Junior, em seu "O Direito de Estar Só"[245], que é "lícita, portanto, a publicação da fotografia do evadido de cárcere ou manicômio, de pessoa procurada pela Polícia ou pela Justiça, de pessoa perdida". Adverte o autor, no entanto, que nada justifica estampar, por exemplo, o rosto de quem, condenado, já tivesse cumprido sua pena, pois "não merece tê-la ainda agravada, pela sua divulgação desnecessária".

O sacrifício parcial desses aspectos de alguns dos direitos da personalidade daqueles envolvidos em crimes deve dar-se da forma **menos onerosa** para seus titulares, de forma que o desígnio público seja atendido com a menor ingerência possível no campo da dignidade pessoal do indivíduo.

A própria Lei das Execuções Penais, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, traz em seu art. 3º, balisas a serem observadas com relação aos direitos do apenado que lhe serão subtraídos, *verbis*:

> Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
> Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Vê-se, com clareza meridiana que apenas os direitos retirados do apenado pela sentença (o direito de ir e vir, por exemplo, no caso de pena privativa de liberdade) ou pela lei (como a perda reflexa de alguns direitos políticos e outras penas acessórias) é que são sujeitos ao sacrifício. Todo o restante do arcabouço de direitos da pessoa envolvida em fato

---

[245] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 46

criminoso resta íntegro, com a exceção das mitigações próprias da condição de apenado (alguma privacidade se perderá num regime prisional, por certo e inevitavelmente) e daquelas informadas pelo interesse público, principalmente pela publicidade a envolver as questões atinentes à matéria.

No entanto, a sociedade é pródiga no cometimento de abusos em relação às pessoas envolvidas em fatos criminosos, quer contra simples acusados, quer contra condenados e presos. Veja-se, por exemplo, caso típico e bastante contundente deste abuso que a mitigação da proteção aos direitos da personalidade pode sofrer:

Recentemente, um filme estava sendo produzido para o cinema sobre a famigerada "Operação Lava Jato". Cenas foram rodadas nas dependências da Polícia Federal em Curitiba, tendo o local sido fechado para tal intento – deixo de conjecturar sobre o acerto ou não da decisão administrativa de se franquear as dependências policiais para atividade desta natureza, por não ser o escopo deste trabalho, apenas alinhavando parecer tratar-se de improbidade administrativa empregar recursos (bens de uso especial) numa atividade da indústria do cinema; nos Estados Unidos isto se faria num estúdio, seguramente.

Os atores Bruce Gomlevsky e Flávia Alessandra, respectivamente representando os delegados Márcio e Érika no filme, pretenderam aproveitar sua ida às instalações policiais e fazer um "laboratório" como se costuma chamar nas artes cênicas, vale dizer, uma imersão no universo do personagem, através de uma visita, **como num zoológico humano**, à carceragem, independentemente das aquiescências dos presos – a maioria presos provisórios, portanto, meros acusados, pois alí não é uma penitenciária.

Lênio Luiz Streck, em seu artigo "Os presos da 'lava jato', os índios, o voyeurismo e a atriz global – subtese: 'voyerar' presos é o mesmo que fazer *selfie* em velório"[246], publicado em 16 de março de 2017, narra o episódio e outros da mesma natureza, asseverando a impertinência do desrespeito à dignidade das pessoas envolvidas em fatos criminosos para além da mitigação mínima necessária:

> Feitas as tomadas – o local fora fechado para isso - o grupo da filmagem teve a "jenial" ideia de olhar alguns presos da "lava jato". Foram levados pelos carcereiros a visitar as celas de Eduardo Cunha, Palocci etc., mas a maior atração querida pelos atores e membros da equipe de filmagem era Marcelo Odebrecht. Este, segundo a matéria, escondeu-se para não ser visto

[246] Disponível em http://www.conjur.com.br/2017-mar-16/senso-incomum-presos-lava-jato-indios-voyeurismo-atriz-global visualizado em 20 de agosto de 2018

> (ou filmado). Depois de alguns minutos, a atriz, à socapa e à sorrelfa (socapa e sorrelfa são por minha conta) conseguiu ver o troféu.
> Incrível. Quer dizer, crível, porque em Pindorama tudo é possível. Os franceses faziam isso com nossos índios, certo? Os carcereiros da Polícia Federal, violando a privacidade dos presos, permitiram que os membros da equipe de filmagem vissem os "enjaulados"? Qual é o limite da humilhação? Vale tudo pela fama? Vale tudo para "mergulhar" no personagem?
> No Rio de Janeiro, rasparam a cabeça de Eike Batista. Explicação da juíza: só raspamos as cabeças de presos homens porque as mulheres são mais asseadas (está escrito numa ação proposta pela defensoria).
> (...)
> No plano do imaginário social, tudo isso está interligado. No fundo, "os carcereiros" de Curitiba se sentem "proprietários" dos presos. Assim como os atores da Globo pensam que podem fazer voyeurismo dos detentos. Uns pensam que podem exibí-los; outros, que podem "espiá-los" (vejam a ambiguidade do "espiar"). Como se estivessem à venda. Como no século XIX, Flávia Alessandra queria examinar os dentes do preso, para ver se podia comprá-lo e, quem sabe, chicoteá-lo. Afinal, "somos" os outros – olhamos de fora. Não somos parte disso. Eis o paradoxo: pior é somos...

Um outro fenômeno contemporâneo a investir diariamente contra direitos da personalidade das pessoas envolvidas – ou supostamente envolvidas – com fatos delituosos, são os programas televisivos noticiosos, de apelo muito popular e temática policial. Eles são vários e seus apresentadores logo se destacam como espécie de **vingadores da sociedade** (não raro candidatam-se ou são lembrados como candidatos a cargos eletivos de relevância) exatamente porque vociferam os maiores impropérios contra pessoas às vezes meramente cogitadas como envolvidas em crimes.

Imagens pessoais são submetidas à hiperexposição desses programas de enorme audiência e as honras das pessoas ali retratadas são, em regra, enxovalhadas ao vivo e em rede nacional. Ao depois, se verificada a inocência do acusado, nunca se teve notícia de uma retratação ao vivo e com a mesma ênfase.

Assim, com relação à mitigação, em benefício do interesse público, da proteção de **aspectos** de **alguns** dos direitos da personalidade daqueles que envolvidos em fatos criminosos, parece-nos importante destacar três situações excepcionais em que o cuidado deve ser redobrado: a) **as situações de abuso**, quando a mitigação passa do mínimo necessário à contemplação do interesse público com a manutenção máxima possível da dignidade pessoal do envolvido; b) **as situações em que ainda vigente a presunção de não culpabilidade** (ou presunção de inocência), ou seja, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, ocasião que marca o momento em que alguém pode ser considerado culpado pela prática de um crime (conforme a dicção do art. 5º, LVII da Constituição Federal) e c) **as situações em que incide o direito ao esquecimento**, como

vimos em item anterior, mormente quando cumprida a pena recebida pelo condenado e este, tendo em vista sua necessária ressocialização, tem direito a não ver mais desvelados os fatos relativos à sua condenação pretérita.

Em que pese já tenhamos tratado do direito ao esquecimento, no que respeita, especificamente, ao caso dos condenados que cumpriram pena (item "c" supra), vale aqui, trazer, uma vez mais, a sempre precisa lição de COSTA ANDRADE[247], *verbis*:

> Por um lado, invoca-se a erosão da dimensão de publicidade provocada pelo decurso do tempo. Também aqui se confirmará de algum modo a conhecida intuição de Ovídio – *tempus edax rerum!* – a que alguns penalistas expressamente se acolhem.
> Em segundo lugar e sobretudo, faz-se valer a prevalência do *direito à ressocialização* do condenado que cumpriu a pena. Um direito que o *Lebach-Urteil* ancora diretamente na Constituição e a que imputa um espectro de exigências que redundam, por sua vez, noutras tantas obrigações de solicitude, acompanhamento e aceitação e que impendem sobre a sociedade. Tudo em ordem a estimular o sentimento de pertença à comunidade, induzir a (re)interiorização dos valores comunitários e convertê-los em efectivos modelos de acção. Um aturado programa de interacção indivíduo-sociedade, que pode projectar-se em limites à liberdade de imprensa. Para se poupar ao recluso – e, afinal, também à sociedade – o perigo de um pelourinho público permanentemente reactualizado. Com todo o seu cortejo de consequências indesejáveis – que passam pelo avivar constante de estigma e por mecanismos como a *interpretação retrospectiva*, a *distância social*, a diminuição de *oportunidades legítimas*... em definitivo: pela assunção irreversível de uma *carreira delinquente* – e que a moderna criminologia tem posto abundante e fundadamente em evidência.

[247] ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal - Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 254-255

CONCLUSÃO DA PARTE I

Conforme vimos ao longo dessa primeira parte do presente trabalho, a personalidade – "a ossatura destinada a ser revestida de direitos", na feliz assertiva de Adriano De Cupis, para desenvolver-se em sua integridade conta com um arcabouço de direitos, os **direitos da personalidade**, reconhecidos, arrolados, disciplinados e tutelados pelo Direito Civil desde seu nascedouro, mas que, verificada sua importância para a pacificação social e política, têm sido alçados à estatura de princípios constitucionais ao longo do tempo, mantendo-se com dupla previsão normativa: civil e constitucional.

Este fenômeno fez com que alguma confusão fosse criada entre as figuras dos direitos da personalidade, dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e das liberdades públicas. Os destinatários da norma protetiva são distintos, conforme o caso, mas o conteúdo, no mais das vezes é idêntico, como vimos. Importa salientar, para a finalidade do presente trabalho, que ao discutir a tensão havida, *v.g.*, entre a **liberdade de expressão** de alguém e o direito da personalidade à **honra** de outrem a quem o primeiro insulta numa entrevista que concede a um jornal, ter-se-á conflito de direito civil a encontrar seu deslinde conforme as normas de responsabilidade civil se verificada a ocorrência de dano moral. No entanto, a constitucionalização de alguns desses direitos da personalidade, faz surgir um **conflito real** (não aparente, pois não solucionável pelas metanormas de soluão de antinomia aparente de regras: antiguidade, especialidade, hierarquia) - que Alexey prefere chamar de **tensão** e não conflito, pois um não poderá fazer com que o outro seja anulado por completo -, entre princípios constitucionais de mesma estatura o que exige que se estabeleça a **ponderação**.

Esta "tecnologia" constitucional aplicada à espécie não transporta o problema aos lindes do Direito Constitucional ou de um Direito Civil Constitucional, é o exercício de simples dever de qualquer ramo do direito ao deparar-se com normas constitucionais sabidamente superiores em hierarquia e com as quais as leis devem ser conformes.

Pois bem, feita a ponderação e verificada a preferência – JAMAIS APRIORÍSTICA, ou *prima facie* – de um dos direitos da personalidade sobre o outro NAQUELE CASO CONCRETO, parte-se para a solução para que aponta o Direito Civil: a) aquele que se sentiu ofendido será obrigado a tolerar o exercício da liberdade de expressão de quem disse sobre ele coisas que não lhe agradaram, mas que justificam-se no contexto do interesse social; ou b) deferir-se-á uma tutela preventiva de forma a evitar a propagação da

ofensa, que é julgada como injustificável naquelas circunstâncias fáticas, ou ainda c) perpetrado o dano moral, será o emissor da opinião ofensiva e, portanto, agente lesivo, condenado à mitigação *in pecunia* do dano moral causado. Tudo porque, como veremos na PARTE II a seguir, é o DANO MORAL exatamente o reflexo da vulneração de direitos da personalidade da vítima.

Como se viu, nesta ponderação muitos elementos são levados em consideração, inclusive (i) uma certa mitigação da proteção a alguns dos direitos da personalidade de pessoas notórias – quando reconhecido o legítimo interesse público e não "curiosidade do público" –; ou também (ii) o direito ao esquecimento; (iii) a manifestação humorística sem *animus difamandi vel injuriandi* (apenas *animus jocandi*) e (iv) a redução (não supressão) de alguns dos direitos da personalidade dos acusados ou sentenciados pelo cometimento de crimes – em virtude da alta reprovabilidade da conduta que desperta o legítimo interesse de toda a sociedade.

Em quase todos esses casos de mitigação da proteção aos direitos da personalidade, a *intimidade* é de ser mantida intacta, a não ser em casos de extrema e rara necessidade, como no célebre **Caso Profumo** que exploramos nesta Parte no § 21.

Mas talvez a mais valiosa das conclusões a que pudemos chegar com a elaboração dessa PARTE I do trabalho é a de que o processo de ponderação de princípios de mesma estatura constitucional em conflito, não se coaduna com a ideia de uma prevalência apriorística de nenhum deles – *prima, secunda ou tertia facie* que seja – pois ponderar é pesar (*ponderare*, na língua do *Latio*) e esta operação, quando honestamente executada, pressupõe vazios os pratos da balança e *de recto* (direito – daí o nome da ciência que nos encanta) seu fiel. Assim, *data venia* dos que entendam, certamente que com argumentos respeitáveis, uma preferência *prima facie* da liberdade de expressão quando em conflito com outros direitos da personalidade, estamos com Humberto Ávila para quem a **dimensão de peso** não está dada *a priori* a nenhum postulado a ser ponderado, ela exsurge da ponderação e, portanto, imprescinde da análise do caso concreto que é quem revelará – e não nenhum livro ou teoria – qual o direito a prevalecer naquela situação específica.

Uma vez superados os sopesamentos de todos esses elementos e feita a ponderação dos valores constitucionais imbricados, não pode o Direito Civil ficar silente diante de eventual dano perpetrado a alguém sobre o que de mais valioso carrega consigo que é **sua personalidade**. Portanto, passaremos agora à PARTE II do trabalho, a tratar,

exatamente, da forma de *reconhecer*, *categorizar*, *conceituar* e, com isso, poder oferecer o bom combate ao dano moral eventualmente sofrido.

PARTE II – DANO MORAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO, CONCEITO E FENÔMENO DO DANO MORAL EM FACE DAS PESSOAS JURÍDICAS

CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DO DANO MORAL NA DOUTRINA

Durante muitos anos deflagraram-se na doutrina as correntes antagonistas dos "**positivistas**", defensores da ressarcibilidade dos danos morais, e dos "**negativistas**", que, por motivos diversos, opunham-se à ideia de se reparar os danos puramente morais, ou não-patrimoniais.

Vários autores dedicaram-se a descrever a renhida disputa teórica havida na doutrina mundial entre os que admitiam e os que não admitiam a reparação dos danos morais. Talvez tenha sido Wilson Melo da Silva, em seu clássico O Dano Moral e Sua Reparação[248], quem mais profundamente tenha conseguido chegar entre nós na produção de um panorama dessa disputa teórica. Em primeiro lugar, traz o autor a notícia de que Baudry-Lacantinerie et Barde agrupam as objeções contra a ressarcibilidade dos danos morais em três grupos: (i) o dos juristas que entendem como escandalosa a discussão judicial sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro, obrigatória em se tratando de dano moral; (ii) o daqueles – capitaneados por Meynial – que entendem só ser possível haver perdas e danos quando ocorre diminuição do patrimônio e (iii) o dos que acham inevitável, na apreciação dos danos morais, a interferência do arbítrio judicial.

Em seguida, prossegue Wilson Melo da Silva citando as oito principais objeções à tese colhidas pela professora portuguesa Zulmira Pires de Lima – a quem, curiosamente, trata apenas pelo patronímico e referindo-se no gênero masculino, certamente por um lapso: 1ª) falta de um efeito penoso durável; 2ª) a incerteza, nessa espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; 3ª) a dificuldade em descobrir-se a existência do dano; 4ª) a indeterminação do número das pessoas lesadas; 5ª) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; 6ª) a imoralidade de compensar-se uma dor com dinheiro; 7ª) o ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz e 8ª) a impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação.

---

[248] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p.223 e ss.

Uma nona objeção à reparabilidade é apontada por Alfredo Colmo[249] e se trata de um suposto enriquecimento sem causa, dado que o credor experimentaria com a reparação do dano moral um aumento patrimonial, sem qualquer desembolso prévio.

De se conferir, também, não se poderia deixar de citar, a sistematização a que empresta sua inteligência Youssef Said Cahali, em seu "Dano Moral"[250].

Apoiando-nos no interessante resumo a que se dedicou Artur Deda[251], vamos considerar aqui como principais argumentos esgrimidos pelos *negativistas* – todos já superados de há muito e aqui trazidos apenas com o fito de examinar a evolução histórica do instituto – os seguintes:

§ 25. Inexistência jurídica do dano moral

Chironi, entre os italianos, amparado no pensamento de Savigny, dizia inexistir juridicamente o dano moral dado ter este natureza puramente subjetiva, não se constituindo num direito violado protegido por lei. Em seu livro *La Colpa nel Diritto Civile Odierno – Colpa Extra-contrattuale*[252], Chironi diz que a doutrina, ali descrita em suas linhas gerais, revela em muitas partes exageros e incertezas. Que exagera quando, não observando os termos e a razão da injúria, sem a qual não se configura fato ilícito, e, por conseguinte, responsabilidade, ensina que a simples afeição, se ofendida, se constitua em motivo válido para o ressarcimento: deveria, de fato, era preocupar-se em procurar saber – antes do dano – se existe ou não e em que consistiria o direito violado.

Alcino Salazar, entre nós, em seu Reparação do Dano Moral[253], traz referência ao pensamento de Lacerda de Almeida que dizia que as expressões "prejuízo moral e patrimônio moral não exprimem a realidade, pois são figuradas, metafísicas. Se um indivíduo sofre lesões

---

[249] COLMO, Alfredo. *De las obligaciones em general*, Buenos Aires, 3ª ed., nº 158, *apud* SILVA, Wilson Melo da, *opus cit*.

[250] CAHALI, Youssef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, 2ª ed. revista e ampliada da obra *Dano e Indenização*, cap. 1, 1.3, pp. 22 e ss.

[251] DEDA, Artur Oscar Oliveira, *Dano moral (reparação), in Enciclopédia saraiva do direito*, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, v. 22, p. 282-292

[252] CHIRONI, Gian Pietro. *La colpa nel diritto civile odierno – Colpa extra-contrattuale*, 2ª ed., 2 vol. Torino: UTET, 1903, p. 142. Tradução livre de: La dottrina or descrita nelle sue linee generali, rivela in molte parti esagerazioni e incertezze. Exagera, quando non osservando i termini e la ragion dell'ingiuria, senza la quale non vi ha fatto illecito, e perciò responsabilità, insegna che il solo affetto se offeso, sia cagion valida di danno risarcibile: dovrebbe infatti preoccuparsi, di ricercare prima del danno, se existe, ed in che consista, il diritto violato.

[253] SALAZAR, Alcino. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1943, p. 78

de ordem extrapatrimonial puramente subjetivas, a reação da ordem jurídica se fará apenas por meio das leis penais".

A relação desse argumento negativista com a doutrina de Savigny reside no fato de que o pandectista alemão classificou os direitos entre **comuns** e **originários**, sendo que os originários seriam inatos, próprios da condição humana, inerentes à personalidade e por isso, não suscetíveis de restauração pelos meios ordinários quando atingidos, ou seja, alijados do âmbito do direito privado e de seu sistema de indenização.

A resposta dos positivistas, tome-se, por exemplo, a manifestação de José Pedro Aramendia[254], veio no sentido de que a teoria de Savigny padeceria de incoerência pelo fato de que teria colocado os bens imateriais sob uma proteção de todo ineficaz do direito natural, tudo para, em seguida, reconhecer que algumas prerrogativas dos seres humanos seriam protegidas contra as agressões de seus semelhantes (como a lei que pune a difamação), tendo como finalidade garantir a "inviolabilidade da pessoa moral". Afirma Aramendia que "torna-se pouco compreensível essa posição negativa quanto a aceitar a reparação do dano moral, depois de haver realizado uma construção técnica que, em sua tendência de elevar o significado e o valor do patrimônio moral, chega a situá-lo em zona superlegal".

No mesmo sentido contrário ao entendimento de Savigny toma-se a lição de outro pandectista alemão, trata-se de Ludwig Enneccerus que em seu Derecho de Obligaciones, Tomo II do Tratado de Derecho Civil escrito com Theodor Kipp e Martin Wolff[255]. Enneccerus trata, no § 250 sobre o ressarcimento dos danos não patrimoniais da forma seguinte:

§ 250. 3. Danos não patrimoniais

---

[254] ARAMENDIA. *A reparação do dano moral na doutrina e no código civil uruguaio*, RF, 105:38

[255] ENNECCERUS, Ludwig *et alteram*. *Tratado de derecho civil Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1966, Tomo II, pp. 1158 e ss, tradução livre de: *§ 250. 3. Daños no patrimoniales. Al paso que la jurisprudencia del derecho común, además de la pretensión de resarcimiento del daño patrimonial, sólo en el caso de lesión corporal otorgaba una pretensión al llamado dinero del dolor, que non ha de interpretarse como pena, sino como pretensión de indemnización, el § 847 del C. c. concede com mayor extensión por razón del daño no patrimonial una pretensión dirigida a un resarcimiento pecuniario equitativo.1 La pretensión procede: a) Por lesión corporal, o de la salud y en el caso de privación de la libertad. b) También compete a la mujer contra la cual se haya cometido un delito contra la moral o cuando haya sido determinada a conceder cohabitación fuera del matrimonio por engano, por amenaza o por abuso de uma relación de dependência (§825).*

> Ao passo que a jurisprudência do direito *comum*, além da pretensão de ressarcimento do dano patrimonial, apenas em caso de lesão corporal, deferia uma pretensão ao chamado "dinheiro da dor", que não há de se interpretar como pena, senão como pretensão indenizatória, o § 847 do C. c. concede com maior extensão por força do dano não patrimonial uma pretensão dirigida a um *ressarcimento pecuniário equitativo*.
> 1 A pretensão procede:
> a) Por *lesão corporal*, agravo à saúde e no caso de *privação da liberdade*.
> b) Também caberá à *mulher* contra quem se tenha cometido um crime contra os costumes (ou contra a liberdade sexual) ou quando tenha sido levada a *manter relações sexuais fora do casamento* por engano, por ameaça ou por abuso de uma relação de dependência (§825).

Também Georges Ripert[256], defensor da reparação dos danos morais pela ordem jurídica privada, com fundamento no princípio do *neminem laedere*, diz que "se é certo que a lei civil sanciona o dever moral de não prejudicar outrem, como poderia ela, que defende o corpo e os bens, ficar indiferente em presença do ato prejudicial que atinge a alma".

Para Wilson Melo da Silva[257], cuja resposta definitiva a tal objeção vale aqui transcrever:

> Se se admitisse, para a classe particular dos bens morais, como fêz Savigny, uma esfera transcendente de existência, situada para lá das linhas de proteção do direito, talvez se compreendesse a objeção de Chironi. Realmente: se tais bens não estivessem sob tutela jurídica, haveria uma certa lógica para se indagar, em primeiro lugar, qual teria sido o direito violado, para, depois, falar-se em reparação. Mas é insustentável a maneira de entender de Savigny, já o dissemos. È artificial e só compreensível à custa de uma ficção. Na realidade, embora participem, também, do acervo moral, nem por isso deixam êsses bens, êsses direitos originários, na expressão do mesmo douto romanista, de gozar da proteção da lei.
> *Um direito violado, pois, existe sempre, no caso dos danos morais. Se os efeitos são imateriais e se há dificuldade na reparação dêles, isto não implica a inexistência dessa violação e dêsse direito lesado*.

25.1 Incerteza da existência efetiva do dano moral

Esta impugnação dos negativistas à reparabilidade dos danos morais fundava-se na dificuldade ou mesmo impossibilidade de se aferir uma efetiva ocorrência de padecimento espiritual, pelo fato deste dar-se no recôndito do espírito humano, envolto na mais ampla subjetividade.

Gabba, feroz adversário da reparação civil dos danos morais, dizia que sua falta de objetividade a tornava impraticável, pois sempre haveria o perigo de o juiz "a cada passo

---

[256] RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937. Tradução da 3ª ed. francesa, por Osório de Oliveira, p. 338

[257] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 229-230

ver um verdadeiro sofrimento onde não há mais do que uma hipocrisia dissimulada que ele não consegue desmascarar"[258].

O autor italiano dizia "se, e em quem realmente se verifique a ocorrência do dano moral, a mágoa na alma é um ponto fático, que jamais será possível de se constatar..."[259].

Uma vez mais, coube aqui a Georges Ripert[260]fazer o contraponto explicando o óbvio, ou seja, descortinando a realidade quanto à sensibilidade humana a determinados eventos que fazem com que se prescinda de grande investigação, bastando verificar o perfil emocional da vítima. Dizia ele que "o prejuízo resulta, na realidade, da receptividade da vítima. É a sua sensibilidade que está em causa. Um estóico de coração seco não sofre com a morte de um parente; um amigo de coração sensível sofre uma grande dor com a morte de seu amigo".

Minozzi, dentre os *positivistas*, defendia que a dor moral, no mais das vezes, se evidencia a partir da própria causa, isto é, a ninguém seria lícito, *v.g.*, conceber de eventual investigação para se aferir se acaso a morte de um filho teria ou não provocado sofrimento em seus pais. Em casos como que tais, portanto, seria de se presumir a existência da dor, não havendo falar-se em produção de prova dessa existência.

A professora da Universidade de Coimbra Zulmira Pires de Lima defende a tese da plena reparabilidade dos danos morais e considera que a resistência oferecida pelos negativistas não passa de simples dificuldade de ordem prática, que, por isso, não tem o condão de influir na decisão do problema em geral[261].

§ 26. Indeterminação do número de vítimas

Também foi Gabba, o grande algoz da doutrina positivista entre os italianos, que levantou esta objeção, dizendo em síntese ser impossível reparar os danos morais uma vez que seria indeterminável o número de pessoas lesadas, o que traria um potencial agravamento muito grande à responsabilidade do autor do dano que não quis atingir a todas essas pessoas,

---

[258] LIMA, Zulmira Pires de. *Responsabilidade civil por danos morais*, RF, 83:219

[259] GABBA, Carlo Francesco. Questioni di diritto civile. 2ª ed. Torino: UTET, 1911, p. 234. Tradução livre de: "se ed in chi propriamente si verifichi il danno morale, patema d'animo è un punto di fatto, che non è mai possibile accertare..."

[260] RIPERT, Georges, *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937. Tradução da 3ª ed. francesa, por Osório de Oliveira, p. 341

[261] LIMA, Zulmira Pires de. Responsabilidade civil por danos morais. RF 83:219

respondendo, então por pelas quais subjetivamente não é responsável. Aduziam os negativistas partidários deste argumento à hipótese, *v.g.*, da morte de uma filha causada por um acidente e que causaria indubitável sofrimento a seus pais. No entanto, poderiam também outras pessoas, familiares ou amigos, sofrerem incomensurável dor com a perda da jovem e, seguramente, mereceriam igualmente a mesma reparação.

Peço licença para transcrever das suas Questioni di Diritto Civile[262], a objeção contundente construída por Carlo Francesco Gabba que dizia "a mágoa moral pode estar não somente no sujeito da ofensa, mas também em terceiras pessoas. Os doutrinadores excluem os danos morais de terceiros, exceto dos parentes do ofendido, aliás, do defunto; mas aqui se está diante de uma restrição arbitrária. Pois também os parentes do ofendido vivo podem sentir profunda aflição oriunda da ofensa perpetrada; e também não só os parentes, mas os amigos do ofendido, que esteja ele vivo ou morto, podem experimentar aquele sentimento". Queria, com isso, demonstrar o jurista italiano que o rol dos legitimados tenderia ao infinito, tornando impraticável a ideia desse ressarcimento do dano moral *jure proprio* por ofensa a outrem a partir do que chamou de um "inaudito critério aberrante tendente ao infinito".

Vale a transcrição, pela originalidade do achado, do trecho da crônica – animada pelo espírito negacionista da possibilidade de reparação dos danos morais – trazida por Artur Deda em seu trabalho aqui citado mais de uma vez[263]:

> Não encontramos este caso curioso numa revista de jurisprudência, mas num livro de crônicas do espirituoso Pitigrilli: 'Uma bela mulher, extraordinariamente tentadora, segundo conclusão a que chegaram os peritos, foi vítima de um acidente de tráfego'. 'Ferida no rosto, submetida aos sortilégios da plástica facial, quando lhe retiram as bandagens apareceu feia. A empresa exploradora do auto-transporte foi por isso condenada a pagar à senhora uma indenização de quatro e meio milhões de francos franceses'. Depois, o marido inconformado também bateu às portas da Justiça, e a companhia de transporte foi condenada a lhe pagar um suplemento de meio milhão, por perdas e danos, correspondente à nona parte do que fora atribuído à consorte. E, conclui chistosamente o cronista: "Esperemos que as ações judiciárias cessem neste ponto, e que não se assanhem tios e primos, vizinhos de casa, para reclamar 5,75 francos pelo

---

[262] GABBA, C. F., *Questioni di diritto civile*. 2ª ed. Torino: UTET, 1911, pp. 238-239. Tradução livre de: *il patema morale può essere non soltanto nel subbietto dell'offesa, ma anche in terze persone. I dottrinari del danno morale ad oltre persone terze, fuorchè ai parenti dell'offeso ed anzi del defunto; ma vi ha qui manifestamente uma restrizione arbitraria. Anche i parenti dell'offeso vivente possono risentire profonda afflizione dall'offesa; e non solo i parenti, ma anche gli amici dell'offeso, vivo o morto possono provare quel sentimento.*

[263] DEDA, Artur Oscar Oliveira, *Dano moral (reparação), in Enciclopédia saraiva do direito*, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, v. 22, p. 284

> dano de não terem mais a sobrinha, a tia, a co-inquilina fascinante que enfeitava a árvore genealógica e alegrava as escadas da casa".

Ludwig Enneccerus, em seu clássico "Tratado de Derecho Civil"[264]dizia ser possível no Direito Alemão, por via da jurisprudência – em face da falta de previsão legal – além da pretensão de ressarcimento por dano material, mas **apenas em casos de lesão corporal**, uma pretensão ao chamado preço da dor, que não se deveria encarar como pena, mas sim como pretensão indenizatória mesmo, dirigida a um "*ressarcimento pecuniário equitativo*", tudo por força da amplitude do § 847 do BGB. No entanto, advertia o eminente pandectista alemão, além de restringir-se a reparação dos danos não patrimoniais aos casos de lesão corporal e agravos à honra da mulher (coabitação fora do matrimônio), havia séria limitação em relação aos legitimados a pleiteá-los:

> A pretensão compete apenas à vítima imediata, não à mediata e se dirige a uma indenização, ou melhor dizendo, compensação equitativa em pecúnia, cuja quantia será arbitrada discricionariamente, § 287 LPC.
> A pretensão é *intransmissível* e não passa aos herdeiros, a menos que haja litígio pendente sobre a mesma ou que tenha sido reconhecida por contrato (§ 847 I 2). De sua intransmissibilidade se infere que não é penhorável (LPC § 851), nem compensável (§ 394) e que, em caso de falência de seu titular, não se incluirá na massa (Lei de Falências § 1)[265]

Alcino Salazar, no seu Reparação do Dano Moral[266]propunha restringir, por intermédio da lei, o rol dos legitimados a pleitear a reparação, aplicando limitações de ordem prática e econômica. Tal entendimento, no entanto, punha os **positivistas** que o adotavam na incômoda situação de admitir a hipótese de pessoas lesadas e sem direito à justa reparação. Para Georges Ripert, posto que tenha defendido esta tese: "se o desgosto sofrido constitui um prejuízo que possa ser reparado pela ação de indenização, será preciso conceder indenização a todos que sofrem com a morte de alguém...".[267]

---

[264] ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Matin. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1966 ed. espanhola, Tomo II, Parte II, p.1158

[265] ENNECERUS, Ludwig. Opus e loc. cit., tradução livre de: *La pretensión sólo compete al prejudicado imediato, no al mediato, y se dirige a una indemnización, o mejor dicho, compensación equitativa en metálico, cuya cuantía será fijada discrecionalmente, § 287 LPC. La pretensión es intransmissible y no pasa a los herederos a menos que haya litigio pendiente sobre la misma o haya sido reconocida por contrato (§ 847 I 2). De su intransmissibilidad se infiere que no es embargable (LPC § 851), ni compensable (§ 394) y que en caso de concurso de su titular, no se incluye en la masa (Ley conc. § 1)*.

[266] SALAZAR, Alcino. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1943, p. 78

[267] RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937. Tradução da 3ª ed. francesa, por Osório de Oliveira, p. 353

Chironi[268], referindo-se à concubina - e fazendo a mesma confusão feita pelos irmãos Mazeaud entre "**interesse legítimo**" e "**título legítimo**", ou entre "**dano moral**" e "**lícito e conforme a moral**" – fez o seguinte questionamento: "e colocada sempre esta questão de responsabilidade, quem estivesse com a pessoa ofendida em relações contrárias aos bons costumes, à moral pública, poderia pedir indenização pelo dano que, por ocasião de tal injúria, dissesse ter experimentado"?

Em resposta afirmativa à pergunta de Chironi mas, na verdade, apontando a contradição dos irmãos Mazeaud sobre o tema, tem-se passagem lúcida e moderna para a época de Aguiar Dias[269] que vale a pena aqui transcrever *ipsis litteris*:

> Não podemos concordar com a maioria dos autores quando, exigindo que o interesse lesado seja legítimo, para autorizar a ação reparatória, sustentam que êsse requisito constitui óbice à pretensão da concubina, que alegue dano material e moral com a morte do companheiro. Entendemos haver aí evidente confusão entre interesse legítimo e título legítimo, desprezando a questão de saber se, realmente, legítimo é só o que é 'lícito e conforme a moral', como querem Mazeaud et Mazeaud. A concubina não pode, com efeito, apresentar como título legítimo, a união irregular mantida com a vítima, uma vez que o legítimo para o caso é o casamento. Mas o seu interesse, conforme o caso concreto, é legítimo. Se se quiser verificar com espírito prático se o interesse que alega a concubina que demonstra haver sofrido um dano, é ou não legítimo, devemos dirigir a investigação para o fundo do problema da reparação e não para a questão das sanções à desobediência aos cânones matrimoniais. Nesse terreno, perguntaríamos: o dano sofrido pela concubina foi provocado por ela? Teve ela intervenção no fato danoso ou devia suportar-lhe as consequências, de modo a excluir a responsabilidade do agente? E, por fim: sofreu realmente um prejuízo? Só essas perguntas interessam ao problema da reparação do dano. Aos superiores desígnios que põem a funcionar o seu sistema, o que interessa, essencialmente, é que todo dano injusto seja reparado. E. sem de qualquer maneira fazer a apologia do concubinato, estamos certos de que a nenhum espírito de jurista parecerá justo o dano infligido à concubina, com a morte do companheiro, prostrado à sanha de um assassino, esmagado por um ônibus lançado em louca velocidade ou encontrado sem vida nos destroços de um trem dirigido por maquinista cego, embriagado ou desidioso.

Dentre os franceses não foram apenas os irmãos Mazeaud que se objetaram à eventual legitimidade da concubina para reparar-se pelo dano moral ocasionado pela perda

---

[268] CHIRONI, Gian Pietro, *La colpa nel diritto civile odierno – Colpa extra-contrattuale*, 2ª ed., 2 vol. Torino: UTET, 1903, nº 412, pp. 321-322. Tradução livre de: *E posta sempre questa ragion di responsabilità, chi fosse con la persona offesa in relazioni contradicenti al buon costume, alla pubblica morale, potrà chiedere indennità pel danno che a cagion della detta ingiuria dicesse di aver provato?*

[269] AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. II, pp. 841-842

do companheiro, Louis Josserand[270] chega a referir-se, de modo ácido e sarcástico, a uma certa "jurisprudência de *vaudeville*".

Para Wilson Melo da Silva, o primeiro monografista do tema entre nós e que compôs obra até hoje de atualidade impressionante, diz, a respeito da dificuldade de se delimitar os legitimados, que basta que se compreenda militar em favor do parente próximo da vítima uma presunção disputável e, quanto aos demais legitimados, caberá provar pelos meios ordinários de direito a razão de seu direito ao ressarcimento por fato ocorrido com terceiro. Caberá ao juiz julgar o caso concreto à luz das provas e dos fatos trazidos a seu conhecimento.

Depois de esboçada a ideia acima na primeira edição de seu trabalho, em 1955, Wilson Melo da Silva, na segunda edição de 1969[271], melhor desenvolveu este tópico, advogando a seguinte regra de legitimação:

> Embora, juridicamente, a palavra *família* tenha a sua acepção definida, para o caso de reparação dos danos morais, preferimos conceituar como tal, isto é, aceitar como seus membros integrantes, para, em favor dêles, estabelecer uma presunção de dano, apenas aquelas mesmas pessoas referidas no art. 711 do Cód. Civil do Japão, pondo-se, aí, ao lado do pai e da mãe, do cônjuge e dos filhos, também os irmãos. Realmente, no recesso do comum dos lares, vivendo lado a lado, na mais estreita comunhão de idéias e sentimentos, sofrendo as mesmas angústias, vibrando às mesmas alegrias, integrando a verdadeira *família* no seu núcleo mais central, nós encontramos, gravitando em tôrno dos outros: os pais relativamente aos filhos; os filhos relativamente aos pais; o marido relativamente à mulher e *vice versa*, e, entre si, os irmãos.
>
> E, pois, com lógica e apoio em fatos concretos de cotidiana observação, só em favor dessas pessoas se deveria estabelecer uma presunção de dano moral por lesões sofridas pela vítima, além da própria vítima, quando esta se conte entre os membros dessa pequena comunidade doméstica delineada. Essa presunção seria *juris tantum*, isto é, suscetível de prova em contrário.
>
> Além dessas pessoas apontadas, tôdas as outras, parentes ou não-parentes, concubinas ou amigas, teriam de provar, pelos meios ordinários de direito, o dano moral sofrido em virtude de fatos ocorridos com terceiros, se pretendentes ao ressarcimento.

Quanto ao argumento **negativista** de que a responsabilidade do ofensor seria alargada em demasia por lesões pelas quais subjetivamente não é responsável, incumbiu-se

---

[270] JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*, Tomo II, v. I, n. 424, Buenos Aires: Bosch y Cía Editores, 1950, trad. Santiago Cuchinillos y Mantorolla, p. 306

[271] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, 2ª edição revista e ampliada, p. 266

Zulmira Pires de Lima de contradizê-lo e o fez nos seguintes termos[272]: "embora não tenha querido causar dor aos parentes da vítima, a verdade é que devia prever a dor dessas pessoas como consequência do fato ilícito que praticou".

§ 27. Impossibilidade de rigorosa avaliação pecuniária dos danos morais. Imoralidade do *pretium doloris*

Dinheiro e sentimentos são bens extremamente distintos em suas naturezas e, portanto, não se pode entre eles estabelecer uma equivalência. Esta é a tônica deste que é, quem sabe, o mais contundente dos argumentos esgrimidos pelos *negativistas* da ressarcibilidade dos danos morais. Aqui o que se pretende é que, por serem o dinheiro e a dor valores tão heterogêneos, é impossível proceder a uma avaliação pecuniária do dano moral sofrido.

Gabba, o mais ferrenho dos defensores dessa impossibilidade, não admitia a precificação em dinheiro de interesses violados por danos morais "porque o dinheiro e a dor são coisas tão dessemelhantes que é absurdo tentar qualquer equivalência entre elas[273]". E prossegue o autor no sentido da impossibilidade de comparação de coisas medidas por diferentes unidades: "De resto, nem o Estado, nem o senso comum, os únicos legisladores que conheço, estabeleceram alguma vez equivalência entre uma dada quantidade de dano pecuniário e outra de dano moral ou entre este e uma soma de dinheiro. E, por outro lado, nunca se viu estabelecer-se, na vida de todos os dias, um comércio das dores, dos afetos, dos desânimos e de todos os outros bens imateriais. E nem se objete que também no juízo criminal se compensam dores morais e às vezes até com uma pena pecuniária, porque esta pena não tem o caráter de ressarcimento, cuja função é a equivalência, mas traduz-se antes num misto de expiação e de vingança e não é estabelecida com o fim único de indenizar o ofendido"[274].

---

[272] LIMA, Zulmira Pires de. *Responsabilidade civil por danos morais*. RF 83:219

[273] idem

[274] GABBA, Carlo Francesco. *Questioni di diritto civile*. 2ª ed. Torino: UTET, 1911, p. 232. Assim se exprime: *Ora, la logica insegna che, per confrontare fra loro due o più cose ammetere o negare equivalenza fra esse, devonsi l'una e l'altra potere comparativamente apprezzare colla stessa unità di misura, se simili sono, e, se dissimili, ocorre che venga anzitutto stabilita l'equivalenza fra una data unità di misura dell'una e una data unità di misura dell'altra. In ogni caso, paragone, equivalenza non si può dare se non fra quantità misurate. Ma chi può misurare la quantità del dolore fisico o morale, del danno morale in generale, esprimendolo in un dato numero di unità di misura? Quale unità di misura? E dunque, come è egli possibile tradurre il danno morale in denaro, prestabilendo, come logica vuole, anzitutto che una data unità di misura di quel danno equivalga a um data unità di misura o quantità di denaro? Sono anzi du impossibilità, non una solo, che ostano alla stima pecuniaria del danno non patrimoniale, o morale in genere: impossibilità di trovare una unità di misura di questo danno, e impossibilità di tradurre questa unità di misura in una data unità di misura*

Josserand traz notícia de que "os autores negam que o simples *interesse afetivo* justifique uma reparação de ordem pecuniária: traduzir em uma soma em dinheiro o pesar sofrido lhes parece irrealizável e paradoxal, por falta de uma medida comum aplicável às duas realidades confrontadas; o *pretium doloris* não poderia fixar-se senão arbitrariamente, e jamais apresentaria um caráter verdadeiramente compensatório"[275]. Faz, dessa forma, um apanhado das críticas a repercutir ainda na doutrina francesa, em que pese aquele país ter lei específica sobre a reparação do dano moral por injúria ou difamação, desde 29 de julho de 1881 – Lei de Imprensa Francesa de 1881.

Mas Louis Josserand não se posiciona entre os negativistas e defende, logo em seguida, a plena reparação dos danos morais e sua cumulação com os danos materiais que lhes forem eventualmente – mas não necessariamente – correlatos:

> 442. Sem embargo, nossa jurisprudência está bem estabelecida em sentido contrário: entende que o interesse afetivo, da mesma forma que o interesse moral propriamente dito, pode revestir-se do aspecto de um direito e justificar uma reparação pecuniária; os artigos 1382 e 1383 estão dispostos muito amplamante; não distinguem por conta da natureza do dano causado ao próximo; se os danos e prejuízos reclamados pelos parentes da vítima de um acidente não são a exata representação do prejuízo sofrido, são pelo menos sua contrapartida aproximada; se não são compensatórios, são *satisfatórios*, representam o preço da dor, Schmerzengeld, ou se se preferir, e para empregar a fórmula utilizada pelo Conselho de Estado, "a perturbação causada à família". A jurisprudência não exigia, em outros tempos, que o reclamante fosse sequer um parente em linha reta da vítima; um colateral... etc., uma noiva... etc., um noivo..., até uma afilhada poderiam se ressarcir por danos e prejuízos em razão da dor causada pelo prematuro desaparecimento da vítima em um acidente, ou pelas feridas que tivesse sofrido.[276]

---

pecuniaria. Due impossibilità, che non è possibile celare e sorvolare se non con vano discorso, e male apropriati espedienti dialettici.

[275] JOSSERAND, Louis. *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*. Buenos Aires: Bosch, 1950, ed. argentina trad. Por Santiago Cunchillos Manterola, Tomo II, Vol. I, p. 330-331. Tradução livre de: *los autores niegan que el simple interés de afecto justifique una reparación de orden pecuniario: traducir en una suma de dinero el pesar sufrido les parece irrealizable y paradójico, por falta de una medida común aplicable a los dos términos en presencia; el pretium doloris no podría fijarse sino arbitrariamente, y no presentaría jamás caráter verdaderamente compensatório.*

[276] Idem. Tradução livre de: *Sin embargo, nuestra jurisprudencia está bien establecida en sentido contrario: estima que el interés afectivo, lo mismo que el interés moral propiamente dicho, puede revestir el aspecto de un derecho y justificar una reparación pecuniaria; los artículos 1382 y 1383 están concebidos muy ampliamente; no distinguen por razón de la naturaleza del daño causado al prójimo; si los daños y perjuicios reclamados por los parientes de la víctima de un accidente no son la exacta representación del perjuicio sufrido, son por lo menos su contrapartida aproximada; si no son compensatórios, son satisfactorios, representan el precio del dolor, Schmerzengeld, o si se quiere, y para emplear la fórmula del Consejo de Estado, "la perturbación causada en la familia". La jurisprudencia no exigía en outro tiempo ni siquiera que el reclamante fuese un pariente en línea recta de la víctima; un colateral... etc., una prometida... etc., un prometido, hasta una ahijada,*

Conforme se viu no subtítulo anterior, Josserand guardava reservas apenas com o excesso de permissividade jurisprudencial em relação ao rol dos legitimados para pleitear os danos morais, não se conformando, por exemplo, com a legitimação da concubina no caso de morte de seu amásio.

No Brasil, desde antes do Código Civil, já havia a posição firme de Lacerda de Almeida[277], dentre os **negativistas** da reparabilidade dos danos morais, para quem: "Ainda não pude me convencer da existência de dano civil de ordem não patrimonial. As cousas inestimáveis repelem a sanção do Direito Civil que com elas não se ocupa, e, se alguma vez entram em linha de conta o valor de estimação ou qualquer outra espécie de dano, tem de baixar de região, superior onde paira, e sofrer a simples, avaliação em moeda, das cousas venais".

Teresa Ancona Lopez, em seu já clássico "Dano Estético"[278], depois de se posicionar entre os que entendem que **imoral seria deixar o dano moral irressarcido**, nos brinda com explicação, fruto de sua extensa e brilhante pesquisa sobre o tema, quanto às origens do preconceito em relação à compensação da dor com valor em dinheiro. Escreve a autora: "parece que esse preconceito vem do Direito Romano, no qual se concedia indenizações em dinheiro sempre que se tratasse de ofensas corporais ou qualquer outra lesão a escravos, negando-se quando se tratasse de homens livres. O homem livre e sua integridade física permanecem acima desta avaliação pecuniária – D. 9, 3, 7: *'...cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipt aestimationem'*.".

Wilson Melo da Silva rebate tais argumentos dos **negativistas** perguntando-se se, em face da impossibilidade de se compensar a dor com dinheiro (ou da imoralidade de reparação de lesões a bens de natureza ideal com bens de natureza econômica), não seria ainda mais injusto e repugnante às consciências deixar se qualquer reparação a dor de um pai, *v.g.*, que perdesse seu filho num acidente. Dizia ele: "Pois então seria de acreditar-se realmente que nada se pudesse fazer em prol do pai amargurado? Nenhum consolo, nenhum lenitivo existiria para aquele infeliz que teria diante de si o cadáver do filho ensanguentado?

---

podían obtener daños y perjuicios por razón del dolor causado por la prematura desaparición de la víctima en un acidente, o por las heridas que hubiere recibido.

[277] ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1916, §69, p. 281

[278] MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Dano estético (responsabilidade civil).* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 68

Nada, realmente, nada se poderia propiciar, ainda que por meio do dinheiro, àquele pai desgraçado, a fim de se lhe atenuar ao menos a dor tremenda?"[279].

Pontes de Miranda, foi um entusiasta defensor da reparabilidade dos danos morais já sob a égide do Código Civil de 1916 e afirmou:

> Damno moral. Ha seis soluções principaes:
> 1. Irreparabilidade absoluta dos damnos moraes.
> 2. Reparação, sómente se o damno moral teve consequencias damnonsas para o patrimonio.
> 3. Reparabilidade, porém sómente quando o delicto civil provenha de delicto penal.
> 4. Reparabilidade, quando se trate de offensa á honra, á reputação e á consideração publica.
> 5. Reparação *quanto ao soffrimento* causado pelo ataque á honra, á estima, á reputação.
> 6. Reparabilidade franca do danmo moral.
>
> A discussão na Alemanha (n. 90), a solução inglesa e norte-americana (n. 91), a austriaca (n. 92), a suiça (n. 93), que excelle, puseram em fóco o problema technico. A solução brasileira é duvidosa: doutrina (n. 95) e jurisprudencia (n. 96) chocam-se.
>
> Não compreendemos como se possa sustentar a absoluta irreparabilidade do dano moral. Nos próprios danos à propriedade, há elemento imaterial, que se não confunde com o valor material do dano. Que mal entendida justiça é esta que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não dá ao dano imaterial sòzinho? Demais, o mais vulgarizado fundamento para se não conceder a reparação do dano imaterial é o de que não seria completo o ressarcimento. Mas não é justo, como bem pondera Kohler, que *nada se dê*, sòmente por *não se poder dar o exato*[280].

Também já em meados do século passado, Paulo Dourado de Gusmão, professor da Faculdade Nacional de Direito, no Rio de Janeiro, em seu "Introdução à Ciência do Direito"[281], reconhecia a dificuldade de se proceder à *perfeita* reparação dos danos quando estes eram os ditos morais, a partir da clássica dicotomia a separá-los dos *patrimoniais*, isto porque há grande subjetividade envolvida nessa classe de danos. Disse o autor: "mas pela dificuldade de reparação, não é de se admitir a irreparabilidade dêsses danos, pois é melhor admitir-se uma indenização que não seja perfeitamente equivalente ao valor do bem danificado a deixá-lo sem indenização (o que nos recorda Kohler)". Como se vê, já era o entendimento do autor que, quando diante do caso de "reparação" de danos morais, deveria o

---

[279] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, 2ª edição revista e ampliada, p. 244

[280] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Manual do código civil brasileiro. Do direito das obrigações*. LACERDA, Paulo de (coord.). Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929, Volume XVI, Terceira Parte, Tomo I, p. 605

[281] GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 253

juiz determinar o *quantum* condenatório por eqüidade, de acordo com os fatos, "devendo, todavia, a indenização *corresponder* à lesão e não ser *equivalente*, por ser impossível nesse caso a equivalência".

Defendiam os **negativistas** que haveria na ordem civil apenas duas formas de reparação: (i) a restituição das coisas ao *status quo ante*, sempre que possível, ou (ii) pela reparação pecuniária. Para alguns deles os danos morais, apenas em alguns casos, poderiam receber a reparação pelo primeiro método. Para outros, no entanto, seriam irreparáveis pois nenhum dos métodos se aplicaria aos danos morais. Concordavam num ponto: "os sentimentos íntimos não cabem na balança mercenária", para usar uma expressão de Artur Deda.

Aqui, na tentativa de repelir o ataque no sentido da imoralidade do *pretium doloris* desferido pelos **negativistas** - que argumentavam pesadamente com situações como, *v.g.*, a de uma donzela violada em sua "virtude" cuja família aceitasse, de bom grado, soma em dinheiro como compensação pelo ato do ofensor – alguns **positivistas** viram-se na contingência de defender uma tese que até hoje muita confusão gera e que ainda ecoa na jurisprudência brasileira do século XXI: trata-se da armadilha em que caíram ao concordar que a reparação não era o preço da dor, já que, na verdade, tinha caráter preponderante de **pena privada** aplicada ao ofensor, com caráter também dissuasório e pedagógico.

Ripert[282] chega mesmo a afirmar que o objetivo da condenação não é a satisfação da vítima, mas a punição do autor e salienta que:

> As perdas e danos não têm o caráter de indenização, mas o caráter exemplar. Se há delito penal, a vítima pede que se acrescente alguma coisa a uma pena pública insuficiente ou mal graduada; se não há delito penal, a vítima denuncia o culpado que soube escapar-se por entre as malhas da lei penal. Há pena privada, porque tem que se pronunciar a pena sob o aspecto de reparação.

Tal pensamento influenciou no Brasil inclusive a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além de até os dias de hoje figurar num sem número de acórdãos, como teremos a chance de examinar adiante, que, ao dimensionar o *quantum* condenatório, dizem-no cumpridor de seus propósitos "de satisfação da vítima e de punição e desestímulo ao

[282] RIPERT. Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937. Tradução da 3ª ed. francesa, por Osório de Oliveira, p. 352

ofensor". Wilson Melo da Silva traz em sua obra aqui já citada[283] exemplo de aresto do STF – especial porquanto veja finalidade **exclusiva** de pena privada, exatamente como defende essa escola de pensamento - donde se lê:

> O dano moral é o que se sofre, quando se dá um mal ou um dano inconversível em dinheiro. A indenização do dano moral, admitida por várias legislações e muitos jurisconsultos, tem por fim exclusivamente ministrar uma sanção, a única possível, muitas vezes, para a violação de um direito que não tem denominador econômico. O dano moral não é suscetível de avaliação em moeda; não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento; condena-se o violador do direito a indenizá-lo apenas para resguardar o direito ofendido por esse meio imperfeito, mas o único muitas vezes realizável.

Mas esta posição radical da pena privada como único propósito da reparação dos danos morais não foi sequer majoritária entre os **positivistas**, outros assumiram posição intermediária, defendendo que na reparação dos danos extrapatrimoniais haveria um misto de **punição** ao ofensor e **satisfação** da vítima (posição esta, conforme dissemos, que até hoje permeia parte da jurisprudência brasileira, mormente na justificativa do arbitramento da condenação). Aguiar Dias é um dos expoentes dessa corrente eclética que vê a dúplice função da reparação dos danos morais, "citando Fischer, mostra que o pagamento de uma soma a título de satisfação tem o caráter penal, porque implica mal para o indenizante, e o caráter indenizatório, porque representa uma prestação imposta em benefício e em consideração dos lesados"[284].Também o já aqui citado Alcino Salazar, em seu "Reparação do Dano Moral"[285]afirma que, embora não possa dizer que a reparação pecuniária dos danos morais seja *exclusivamente penal*, esta natureza penal não é estranha ao instituto, sendo uma de suas funções a reparatória da vítima e outra a punitiva do ofensor.

Frontalmente contra a ideia da pena privada posicionou-se Alfredo Orgaz[286]:

---

[283] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, 2ª edição revista e ampliada, p. 330

[284] DEDA, Artur Oscar Oliveira. *Dano moral (reparação), in Enciclopédia saraiva do direito*, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, v. 22, p. 287

[285] SALAZAR, Alcino. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1943, p. 146

[286] ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible (actos ilícitos)*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, p. 230-231. Tradução livre de: 57. NO ES UNA PENA. Lo que dejamos dicho, destaca a la vez que la reparación del agravio moral no se concede a título de pena contra el responsable. Lo mismo que la indemnización de los daños materiales, la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimônio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito.
Esta fundamental diferencia con la pena produce importantes consecuencias prácticas, como es obvio, y en primer término la de que la indemnización del agravio moral no constituye una obligación *personal*, como

> 57. NÃO É UMA PENA. O que deixamos, desta vez, destacado é que a reparação do agravo moral não se concede a título de pena contra o responsável. Da mesma forma que a indenização por danos materiais, a dos danos morais tem um estrito caráter de reparação, pelo menos na visão do direito moderno: nem uma nem a outra, na verdade, se propõem imediatamente a impor um mal ao responsável pelo dano, inflingir-lhe um castigo, mas, tão somente, procurar para a vítima uma satisfação ou compensação pelos danos que experimentou em seu patrimônio ou em seus valores morais, a raíz do ato ilícito.
> Esta fundamental diferença em relação à pena produz importantes consequências práticas, obviamente, e, em primeiro lugar, a de que a indenização do dano moral não constitui uma obrigação *pessoal*, como aquela, de forma que passa para os herdeiros do responsável e pode ser, assim mesmo exigida do responsável indireto (art. 1113 C. Civil).

A fim de ultrapassar essa polêmica sobre tratar-se a reparação de **pena privada** e não da ideia a ser evitada do *pretium doloris*, parte dos **positivistas** passou a defender finalmente que a noção de castigo ao autor do dano é secundária e estranha à reparação civil, entendendo que a prestação pecuniária devida pelo ofensor representa um lenitivo e que não é possível estabelecer a perfeita equivalência entre este e o dano para que se opere a exata reparação (restituição ao *status quo ante*). Seu ponto fulcral de argumentação era rebater o sofisma dos *negativistas*, que partiam da premissa de que equivalência é igualdade. Se até mesmo nos casos de indenização dos danos materiais, diante das hipóteses de impossibilidade de reparação *in natura*, é permitido que se busque chegar a uma aproximação – o quanto possível – do estado prístino das coisas, não seria lógico esperar-se **apenas nos casos de reparação dos danos morais** uma equivalência absoluta, perfeita, uma igualdade entre o dano e a reparação. Justo em relação a essa espécie de danos, onde tal operação aproxima-se da impossibilidade!

Artur Deda[287] traz a notícia de que Minozzi reconhece essa impossibilidade de *equivalência objetiva* entre a dor e dinheiro e a substitui pela *equivalência subjetiva*, mudando o léxico para trocar **dor** pela expressão "conjunto de sensações dolorosas" e **dinheiro** pela expressão "conjunto de sensações agradáveis".

---

aquélla, de suerte que pasa a los herederos del responsable y puede ser asimismo exigida al responsable indirecto (art. 1113 C. Civil).

[287] DEDA, Artur Oscar Oliveira. *Dano moral (reparação), in Enciclopédia saraiva do direito*, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, v. 22, p. 288

Wilson Melo da Silva, em seu verbete "Dano Moral" na Enciclopédia Saraiva do Direito[288] já apontava a impossibilidade de se estabelecer uma real equipolência entre o dinheiro e a dor e se perguntava se, apenas por conta dessa dificuldade, seria de se cogitar, então, de deixar sem resposta da ordem jurídica aquele moralmente lesado. Se a resposta, por absurdo, fosse afirmativa, e citava o italiano Giorgi (Teoria delle obbligazioni, v. 5): dada a impossibilidade de se estabelecer uma equivalência perfeita entre o dano moral e a compensação pecuniária, que se procure um método para aproximar-se ao máximo do regulamento e não deixar o dano moral completamente privado de reparação[289].

Prosseguiu Wilson Melo da Silva, um dos maiores expoentes, entre nós, dos *positivistas*, mais adiante:

> Em verdade, se o dinheiro não paga, de modo específico, o preço da dor, sem dúvida que enseja ao lesado, pela via indireta, com sua ajuda, sensações outras, produtivas de euforia, capazes de amenizar, pelo menos, as agruras resultantes do dano não-econômico ou moral, traduzindo-se, para muitos, quanto a isso, uma verdadeira compensação, pelo menos.

Como bem ressaltou Zulmira Pires de Lima, o dinheiro, como meio de troca que é, só desperta nossa atenção – e giza a professora "excluído o caso excepcional dos agiotas!" – porquanto serve para a aquisição de coisas que nos aprazem, sendo que é para tais aquisições que mantemos nossos patrimônios, almejamos seu crescimento e o defendemos nos casos de ataques por intermédio de danos materiais "a reparação que exigimos não é pelo prazer contemplativo de ver de novo o patrimônio refeito, mas porque esse dinheiro que nos é restituído serve para comprarmos, ou um objeto igual ao danificado ou uma coisa que, como ele, nos seja útil e agradável". A ideia da autora é o mecanismo que defendemos hoje em dia para explicar a dinâmica da mitigação dos danos morais: temos sobre o dinheiro um conceito subjetivo, isto vale dizer que não é o padrão monetário, objetivamente, o que nos interessa, mas sim as "sensações" ou "prazeres" que o uso do dinheiro podem proporcionar; assim, se o ofensor causa uma diminuição (dano-prejuízo) no patrimônio ideal (afeições) da vítima, atingindo-lhe direito da personalidade através de ataque (dano-evento) a algum seu bem ou interesse legítimo, apenas obrigando-o a entregar quantia em dinheiro se poderá proporcionar à vítima uma sensação em sentido diametral oposto (sensação boa, prazer, alegria),

---

[288] SILVA, Wilson Melo da. *Dano moral in Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), v. 22, p. 267

[289] GIORGI, Giorgio. Tradução livre de: *Data l'impossibilità di stabilire una equivalenza perfetta fra il danno morale e il compenso pecuniario, si cerchi un metodo per avvicinarsi al regguaglio e non lasci il danno morale assolutamente insoddisfato.*

estabelecendo-se assim uma **equivalência**, nunca uma igualdade, entre a dor que se recebeu com o dano e o prazer que se alcançou com a mitigação posterior[290].

Minozzi, em sua obra "Studio sul Danno Non Patrimoniale"[291], já advertia que não se trata, com a reparação do dano moral, de se restaurar em prol do lesado os mesmos bens que perdera, mas sim "de fazer nascer nele uma nova fonte de felicidade e de bem-estar, capaz de aliviar as consequências da dor, injustamente experimentadas".

Alfredo Orgaz[292]fazia a esse respeito interessante pergunta retórica: "Quanto vale realmente a audição de um grande pianista, ou o quadro de um insigne pintor, ou, ainda, um lindo poema ou bela novela? Com o valor da equivalência, é evidente que a resposta a essas perguntas é tão impossível – nem mais nem menos – quanto quando se tenta valorar em dinheiro uma lesão sofrida nas afeições íntimas tuteladas pelo direito".

§ 28. Perigo do arbítrio judicial

Outro argumento dos contrários à reparabilidade dos danos morais era o de que tal operação implicaria, obrigatoriamente, na atribuição de enorme discricionariedade ao juiz para o arbitramento do valor da condenação imposta ao ofensor.

G. Baudry-Lacantinerie e L. Barde[293], no clássico "Trattato Teorico Pratico di Diritto Civile", já diziam que sempre haveria o perigo do arbítrio judicial, sendo que qualquer soma poderia ser fixada, por mais absurda que fosse, a título de reparação dos danos morais. Na verdade, dirigem os autores franceses da Universidade de Boudeaux – embora aqui citados na edição italiana – três grandes objeções à reparação dos danos morais, sendo, no entanto, a relativa ao excessivo arbítrio judicial envolvido aquela mais desenvolvida por eles. A primeira das objeções diz com a função da reparação dos danos que, para eles, não pode ser outra que não aquela de recompor o patrimônio injustamente diminuído, o que inocorreria no

---

[290] LIMA, Zulmira Pires de. *Responsabilidade civil por danos morais*, RF, 83:219

[291] MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale).* 3za ed., Milano: Soc. Editrice, 1917. Tradução livre de: *di far nascere in lui una nuova sorgente di felicità e di benessere, capace di alleviare le consequenze del dolore, ingiustamente provate*.

[292] ORGAZ, Alfredo. El daño resarcible (actos ilícitos). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, p. 228. Tradução livre de: *Cuanto vale realmente la audición musical de un gran pianista, o el cuadro de un pintor insigne, o un hermoso poema o una bella novela? Con el valor de equivalencia, es evidente que la respuesta a estas preguntas es tan impossible – ni menos ni más – como cuando se trata de valorar pecuniariamente la lesión de las affecciones íntimas tuteladas por la ley*.

[293] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel.; BARDE, L. *et alteram*. *Tratatto teorico pratico di diritto civile*. *Delle obbligazioni*. Milano: Dott. Francesco Villardi, 1925, vol. IV, pp. 582-583

caso dos danos morais, pois não há diminuição patrimonial alguma anterior à entrega de soma pelo ofensor à vítima. A segunda das objeções diz ser "escandaloso discutir perante o magistrado a honra, os afetos mais sagrados e as dores mais dignas de respeito" e, no entanto, não haveria como fugir dessa discussão se se admitisse a reparação de danos morais. E, finalmente, a terceira das objeções – que aqui, neste tópico, mais nos importa – refere-se ao arbitramento judicial da indenização, quando dizem que é impossível que a avaliação desse dano não seja absolutamente arbitrária[294].

E adicionavam, os autores, em seguida, sobre a discricionariedade excessiva outorgada aos juízes, *verbis*:

> Em várias decisões judiciais, é verdade, há uma parcela meramente arbitrária, da qual, por outro lado, não devemos exagerar sua importância. Mas podemos concluir que seja conveniente dar ao árbitro a ocasião de expressar-se numa matéria na qual, por força, exatamente da situação, ele seria absoluto, já que os juízes se encontrariam na contingência de valorar em dinheiro aquilo que não é suscetível de uma valoração de tal natureza?

Entre nós colhe-se, bem mais recentemente – em 1999, já mais de dez anos após a promulgação da CF/88 – e de um autor que foi juiz de direito de carreira até aposentar-se no Tribunal de Justiça de São Paulo, Augusto Arruda[295], uma crítica contundente à sistemática de arbitramento judicial do *quantum* mitigatório dos danos morais. Principia o autor explicando que, em face da inexistência – de que se ressente – de um parâmetro legal mínimo e objetivo estabelecido por lei, tem-se, nesta quantificação, um procedimento "exclusivamente dependente do arbítrio judicial, o que soa um tanto quanto temerário, sabido que essa é uma das formas mais iníquas de se perpetrar uma injustiça". Usa o autor de sua larga experiência como juiz de direito para tecer pesada crítica à excessiva discricionariedade conferida aos julgadores neste mister e, em face da originalidade do depoimento, motivado pela genuína vivência do autor, além de sua pesquisa acadêmica – em que pese não

---

[294] Tradução livre de: *1º La funzione dei danni ed interessi non può essere altra che quella di ristabilire nel patrimonio di colui che li ottiene um valore, del quale questo patrimonio è stato ingiustamente diminuito. Ora, nella nostra ipotesi, non si deve conseguire tale risultato, giacchè il patrimonio della parte lesa non è stato punto diminuito; 2º È scandaloso che si possano discutere innanzi al magistrato l'onore, gli affetti più sacri, i dolori più degni di rispetto. E tuttavia questa discussione dev'essere permessa, se si ammette il risarcimento pecuniario del danno morale; 3º È impossibile che l'apprezzamento di questo danno non sia assolutamente arbitrario. In parecchie decisioni giudiziarie, è vero, vi è una certa parte meramente arbitraria, della quale per altro non bisogna esagerare l'importanza. Ma possiamo noi concludere che convenga dare all'arbitrario l'occasione di palesarsi in una materia nella quale, per la forza stessa delle cose, esso sarebbe assoluto, giacchè i giudici si troverebbero nella necessità di valutare in danaro ciò che non è suscettibile d'una valutazione di tal fatta?*

[295] ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999, p. 48

concordarmos com o argumento de fundo – tomamos a liberdade de transcrever o interessante trecho que se segue:

> Transportando essas considerações para a questão da fixação da pena pecuniária[296]no caso do dano moral puro, chega-se à inafastável conclusão de que nem o credor, muito menos o devedor, têm segurança e certeza sobre o justo jurídico dessa fixação, posto que ficam sujeitos ao critério subjetivo do julgador, assentado em uma eufêmica fórmula: *o juiz decidirá segundo o seu prudente arbítrio*.
> Ora, é difícil dizer em que consiste esse prudente arbítrio. Em essência, prudente arbítrio ou arbítrio são a mesma coisa. É arbítrio! Não havendo um critério objetivo, impessoal, a delimitar o campo da decisão judicial, só podemos concluir que o julgador decidirá segundo os seus parâmetros subjetivos, enfim, o que ele entende como prudente fixação.
> Tenho certeza que nenhum juiz, por mais sábio que seja, não sinta pesar a intranquilidade da consciência, ao ter de decidir, usando exclusivamente de seu arbítrio. Diria até que, quanto mais sábio, mais lhe pesa essa intranquilidade.
> Dessa maneira, o prudente arbítrio do juiz, para o devedor, pode significar uma grande injustiça, uma desmedida punição, enquanto, para o credor, pode se afigurar como injusta condescendência com a conduta delituosa. Aliás, de regra, é o que acontece. Ambas as partes acabam insatisfeitas com a fixação feita pelo juiz segundo o seu prudente arbítrio.

Lembra Teresa Ancona Lopez[297], em sua tese de doutoramento, citando Roberto Brebbia e Givord, que há muitas correntes doutrinárias que se postam contrárias a essa ampla discricionariedade conferida aos julgadores para o fim de se estipular a mitigação dos danos morais. Segundo a autora, à época (1979), esta seria uma das mais fortes razões pelas quais a teoria da reparação não encontra a acolhida que deveria. Em seguida prossegue a autora, dizendo, *verbis*: "Todavia, contra essa argumentação temos que lembrar que mesmo no caso dos danos patrimoniais há o uso do poder discricionário do juiz. Brebbia, citando Givord, afirma que '*l'arbitrairie nuancé du juge, temperé par la connaissance des faits, est préférable a l'arbitrairie uniforme de la loi, que ne connait que l'abstrait'*.".

Minozzi dizia que o direito não determina que apenas aquilo "mensurável por unidade de medida aritmética" deva ser ressarcido, muito ao contrário, estatui os princípios gerais do *neminem laedere* e do *suum cuique tribuere* e "o modo como se deve *tribuere* e o *jus laesum* é de competência jurisdicional pelo que todos os critérios mais ou menos aproximativos, quer sejam subjetivos, quer objetivos, são sempre bons, desde que se tenha

---

[296] O autor entende a natureza jurídica da mitigação do dano moral como PENA CIVIL

[297] MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Dano estético (responsabilidade civil)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 73

em mente manter o princípio racional do neminem laedere"[298]. A competência jurisdicional a que alude o autor exerce o juiz utilizando seu prudente arbítrio depois de examinar fatos e provas trazidas aos autos do processo.

Artur Deda já disse que "o arbítrio prudente e moderado não é o mesmo que arbitrariedade. E não é somente na reparação dos danos morais que aparece o *arbitrium boni viri*, mas também em muitas outras estimações pecuniárias que todo mundo aceita sem reserva alguma"[299]. E isso é a mais pura verdade. Não se vê este inconformismo manifestado pelos **negativistas** em face do arbitramento judicial dos alimentos em ação que os discuta. Ou, ainda, quando estima o juiz honorários por arbitramento, após serviços prestados a envolver, por exemplo, o patrocínio de causa importantíssima para um cliente de advogado ou o trabalho de cirurgião que salva a vida de seu paciente.

Mais uma vez, trazemos a lição de nosso monografista inaugural sobre o tema, Wilson Melo da Silva[300]que em sua obra, apoiando-se nas palavras de Pedro Batista Martins, assim enfrentou o esdrúxulo argumento **negativista**:

> O poder discricionário do juiz é uma necessidade inelutável, que decorre da incessante mobilidade da vida social, cujas contingências não quadram fatal e inevitavelmente com as previsões legislativas. Se o reconhecimento desse poder fosse um mal seria, pois, um mal necessário.

§ 29. A chamada Teoria Eclética ou Teoria Mista

Num espectro de pensamento entre os *positivistas* e os *negativistas*, houve aqueles doutrinadores que posicionaram-se no que se convencionou designar Teoria Eclética ou Teoria Mista quanto à reparabilidade dos danos morais. Trata-se de doutrina que admite a reparação do dano moral, mas somente quanto a seus reflexos econômicos ou patrimoniais.

Alguns autores negativistas, inclusive, se utilizavam de tal doutrina para "provar" a falacidade da teoria da reparação dos puros danos morais, porquanto estes, caso não

---

[298] MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*. 3ª ed. Milano: Società Editrice, 1917, p. 121

[299] DEDA, Artur Oscar Oliveira. *Dano moral (reparação), in Enciclopédia saraiva do direito*, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, v. 22, p. 281

[300] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, 2ª ed. revista e ampliada, p. 353

produzissem efeitos patrimoniais, não mereceriam proteção jurídica, mas, tão somente, moral; conforme apontou Wilson Melo da Silva[301].

Entre os expoentes desta Teoria Eclética - que, na verdade, não passa de uma teoria errática e confusa, pois ao exigir reflexos patrimoniais está indenizando danos materiais e não morais – estão Dalloz, Meynial e Esmein, citados por Wilson Melo da Silva[302]. Para o primeiro dos autores citados, o dinheiro não poderia, em hipótese alguma, ser considerado o preço da dor. Para que houvesse reparação, mister se fazia que o dano moral, aquele que atingisse a vítima em seus íntimos sentimentos, lhe houvesse ocasionado, por isso, "un dommage apréciable en argent".

Em que pese a patente confusão feita por esta Doutrina Mista entre danos materiais tendo como causa lesões a bem de valor moral ou afetivo e danos morais, alguma influência ela causou na jurisprudência brasileira, citando Wilson Melo da Silva que "votaram por ela, no Tribunal de Minas, os desembargadores Vilas Boas, Aprígio Ribeiro, Gonçalves da Silva"[303].

Sobre o tema afirmou José de Aguiar Dias[304], expondo a confusão a que se dedicou a doutrina eclética ou mista e os julgados que houveram por bem acompanharem-lhe o tortuoso entendimento:

> Frequentemente se confunde o dano moral com certos danos patrimoniais de origem moral ou afetiva. Por isso, certa jurisprudência pretende haver transigido, ao estabelecer que a reparabilidade do dano moral só é possível quando apresenta reflexos patrimoniais. Ora, o dano, já o dissemos, é uno e não se discrimina em patrimonial e extrapatrimonial em atenção à origem, mas aos efeitos. De forma que esses pretendidos danos morais são apenas danos materiais. Dano moral, digamos, talvez escusadamente, mais uma vez é a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão.

---

[301] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, 2ª ed. revista e ampliada, p. 291

[302] idem, p. 291. DALLOZ, *Répertoire, supl., palavra "Responsabilité"*, § 278, e, ainda, mesmo *Répertoire, palavra "Mariage"*, nº 81. MEYNIAL, *De la sanction des obligations de faire, in Rev. Prat*., vol. LVI, ano 1884, p. 440. ESMEIN, *in Revue Trimestrielle de Droit Civil*, ano 1903

[303] Idem, ibidem. cf. nota nº 46, p. 292

[304] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol. II, p. 307

§ 30. Silêncio de alguns doutrinadores quanto à polêmica da reparabilidade de danos morais

Alguns doutrinadores de escol optaram por ignorar solenemente as acirradas discussões, travadas aqui e alhures, quanto à reparabilidade ou não de danos puramente morais e trataram da matéria de forma a apenas reproduzir as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil sobre o tema, como se não faltasse uma exegese mais complexa dos artigos 1.537 e seguintes do CC/1916 e da natureza dos danos cuja indenização ali se previra.

Essa foi a opção de Miguel Maria de Serpa Lopes, em seu clássico Curso de Direito Civil[305], quando, ao tratar da Responsabilidade Civil, no volume V da obra, menciona a expressão "*dano moral*" apenas 2 (duas) vezes, sendo todas as duas **em citação de outros autores** (uma delas de um acórdão), uma delas no tópico relativo aos danos estéticos e outra relativa ao dano da *mulher agravada em sua honra*. Assim, ignora olimpicamente o instituto dos danos morais como se não existisse uma enorme discussão doutrinária em torno deles. Na primeira das duas citações, apoiando-se na lição do argentino Orgaz, diz: "ORGAZ, contudo, faz restrições, porque lhe repugna ver no matrimônio um ato de sentido patrimonial, razão pela qual situa a *chance matrimonial* dentro no campo do **dano moral**, e sem distinção, quer para o homem quer para a mulher. Diz êle que essa indenização pode se afigurar mais justa em relação à mulher, mas essas diferenças são exclusivamente de colorido, uma vez que se considere, em se tratando de um **dano moral**, que ambos são suscetíveis de lesão em suas legítimas afeições". A segunda e última vez que o autor se digna a mencionar a expressão *dano moral* se dá quando colaciona trecho de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (mas, sobre ele não faz qualquer comentário nos parágrafos que o antecedem ou sucedem, em que mencione o instituto): "Por outro lado. O Tribunal de Justiça de S. Paulo (Ac. de 14-11-1946, 'Rev. dos Trib.' 167, p. 269/273), decidiu que na reparação de prejuízos por abuso de direito de dar queixa não se compreende o DANO MORAL, nem mesmo o resultante de calúnia e injúria, se o réu não for processado nem condenado pelo suposto delito"(destaque do original).

No mais, limitou-se a admitir que o dano estético "vai além dos limites de uma lesão meramente corporal para atingir o lado moral do indivíduo...", sem qualquer explanação

---

[305] SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil. Fontes acontratuais das obrigações – Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1962, 2ª ed., v. V, pp. 398 e ss.

ulterior sobre o que isso quisesse significar enquanto categoria jurídica. Vê-se que, deliberadamente, o autor tomou partido por não tomar partido.

Também este o caso de Carvalho Santos[306], em seu "Código Civil Brasileiro Interpretado", que evitou se pronunciar a favor ou contra a tese da reparabilidade dos danos morais. Citou a posição de diversos autores, mas não se colocou entre *positivistas* ou *negativistas*, abstendo-se de tal tomada de posição. Bastante elucidativa (ou pouco elucidativa) dessa sua opção é a passagem em que comenta o art. 1.535 dizendo que "em todos os países, a favor e contra a possibilidade da indenização do dano moral enfileiram-se autoridades de tomo. Pelo valor dos que entram na disputa, as correntes se equivalem. Pelo lado dos argumentos, outro tanto poder-se-ia dizer, pois, em rigor, de lado a lado, há argumentos de incontestável valor".

Comentando a obra de J. M. Carvalho Santos, Wilson Melo da Silva não deixou passar equívoco por aquele cometido, tecendo ácida crítica à confusão do tratadista brasileiro quanto a um dos próceres da doutrina negativista italiana[307]:

> Na sua exposição transparecem, por vêzes, alguns equívocos, fazendo afirmativas contraditórias e, até mesmo, inverídicas.
> Todo mundo sabe que Chironi foi um dos mais caracterizados renegadores da doutrina. Seus trabalhos, quanto a isso, não deixam a menor dúvida, bastando que se leia, sem necessidade de grandes atenções, o que escreveu nos ns. 411-414 de *La Colpa nel Diritto Civile Odierno – Colpa extra-contrattuale*, 2º vol, 2ª ed. de 1906, Milão.
> No entanto, Carvalho Santos afirma, como faz no seu Código Civil Interpretado, vol. XX, pág. 199, no nº 2 dos comentários ao art. 1.518, que: 'a generalidade dos autores, com o clássico Chironi, ensina que o dano moral deve ser ressarcido, a essa opinião se opondo tão-sòmente uma reduzida corrente'.
> E logo a seguir, de novo referindo-se a Chironi e, esquecido, talvez, do que sôbre êle escrevera no volume anterior, explica: 'Chironi, por exemplo, manifesta-se francamente contra a indenização do dano moral, assim argumentando', etc.
> *Quandoque bonus dormitat Homerus*[308]

---

[306] SANTOS, J. M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. XXI, p. 21

[307] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, 2ª ed. revista e ampliada, p. 333-334

[308] Trad. livre: *Às vezes cochila o bom Homero*. (Horácio, autor da frase, quis assim dar a entender que não há autor perfeito que não cometa alguma negligência. Fonte: *Horácio, Arte Poética, 359*)

§ 31. Avanço jurisprudencial na Europa

Décadas antes dos avanços havidos no Brasil que, como veremos, também se deram por via da jurisprudência, os tribunais europeus contornaram a falta de previsão expressa da reparabilidade dos danos morais de seus ordenamentos jurídicos nacionais para não deixarem irressarcidas as vítimas de agravos que não tivessem repercussão patrimonial. Assim se deu na Alemanha, na França, na Itália, mas tomando um por todos os demais, escolhi analisar o *leading case* da jurisprudência espanhola, que foi a famosa Sentença de 6 de dezembro de 1912 do T. S. espanhol – que depois serviu de paradigma para as decisões de 14 de dezembro de 1917; 7 de novembro de 1919; 15 de outubro de 1920; 12 de março e 10 de julho de 1928; 31 de março de 1930; 19 de maio de 1934; 25 de junho de 1945; 24 de maio de 1947; 9 de dezembro de 1949; 16 de janeiro e 17 de fevereiro de 1956; 21 de janeiro de 1957; 28 de fevereiro de 1959 e 7 de fevereiro de 1962.

Os professores Blas Perez Gonzalez e Jose Alguer, responsáveis pela adaptação (e anotações, com jurisprudência) do Tratado de Enneccerus para o direito espanhol, fizeram, referindo-se ao seu país, a advertência de que o Código Civil não trazia uma expressa proclamação do dever de reparar o dano não patrimonial, tendo cabido à doutrina e à jurisprudência a tarefa de encontrar a brecha no sentido de compreender que o dano a que alude o art. 1.902 do CC espanhol **pode também** ser moral. Em seguida, analisaram em quatro tópicos, de forma minudente, o trajeto percorrido pelo entendimento jurisprudencial da Suprema Corte daquele país, até chegar à ampla reparabilidade dos ataques "ao patrimônio espiritual" da vítima[309]:

---

[309] ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1966, ed. espanhola, p. 1161-1162. E continuam os autores: *2. La pretensión se dirige al pago de una cantidad de dinero, que, más que una función reparadora, cumple una finalidad de "compensación de los sufrimientos" del perjudicado (Ss. de 21 enero 1957 y 28 febrero 1959). "El dinero – dice la S. de 7 febrero 1962 – no puede aqui cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material..."; pero gracias a el puede la víctima del perjuicio moral, "segun sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables"; no representa el equivalente del perjuicio moral sino que reviste la forma de una "reparación satisfactoria".*
De ahí que, en contraste con la rigurosa exigencia de prueba de la cuantía de los daños materiales, se confíe al criterio prudencial de los tribunales la valoración de los daños morales, según las circunstancias de cada caso y conforme a las exigencias de la equidad (cf. Ss. de 10 julio 1928, 2 febrero 1940, 24 diciembre 1941, 2 diciembre 1946, 7 febrero 1962, etc.). En cuanto a la possibilidad de que un mismo hecho produzca daños materiales y morales, el T.S. ha declarado que no se puede admitir la tesis de que si se condena a indemnizar perjuicios materiales no se pueden estimar al mismo tiempo los de índole moral con sustantividad independiente, "pues con la apreciación conjunta de unos y otros no se indemniza doblemente un mismo hecho, sino que se concede por un hecho único una sola indemnización, que será de mayor cuantía si los daños y perjuicios ocasionados tienen mayor extensión en la esfera material o en la moral, y en ambas conjuntamente si a las dos alcanza la perturbación indemnizable" (S. de 9 diciembre 1949).

1.Carecemos de un preceito legal no qual se delimitem os danos morais indenizáveis, entretanto a jurisprudência citada admite com grande amplitude a procedência de tais pretensões ao referir-se (cf. a Sentença de 28 de fevereiro de 1959) ao "patrimônio espiritual", aos bens imateriais da honra, da saúde, da liberdade e outros análogos (ou seja, "análogos" em relação à sua "imaterialidade"). Além dessa proclamação geral, o "T. S." (*Tribunal Supremo – mais alta corte espanhola*) admitiu, concretamente, a procedência da indenização nas seguintes hipóteses: prejuízo moral pela perda de um parente próximo (Sentenças de 20 de dezembro de 1930, 10 julho de 1928 e 17 de fevereiro de 1956); ataques à honra, à boa fama e reputação profissional de um médico (Sentença de 14 de dezembro de 1917) ou de um comerciante contra o qual se interpôs ação por fraude, que depois foi julgada improcedente (Sentença de 7 de fevereiro de 1962); dores e agravos à saúde resultantes da fratura de uma vértebra, com perda de capacidade sexual, em consequência de um acidente motivado por imprudência do condutor de um veículo em que viajava a vítima (Sentença de 9 de dezembro de 1949); "irreparáveis danos sofridos em sua pessoa e em sua fama e consideração social" por uma mulher cujo matrimônio se declarara nulo (Sentença de 21 de janeiro de 1957: a nulidade do matrimônio havia sido pronunciada pelos tribunais eclesiásticos por falta de consentimento do marido, que alegou medo reverencial; se condenou à mãe deste último como causadora do vício de consentimento que deu azo à nulidade, por haver forçado a vontade do filho empregando todas as formas de coação para obrigar-lhe a contrair matrimônio; etc.

Ao lado desses casos, nos quais o dever de indenizar o dano moral se baseia na responsabilidade derivada de atos ou omissões culposos ou negligentes não apenados pela lei penal (cf. art. 1.093 em relação com o art. 1.902 C.c.), há de se ter em conta a remissão que no art. 1.903 C.c. se faz às disposições

---

3.Estimamos aceptable para nuestro Derecho la doctrina del texto en cuanto a la intransmisibilidad de la acción a los herederos, aun en ausencia de un precepto correlativo al que allí se cita. Ha de considerarse decisiva, a este respecto, la circunstancia de tratarse de perjuicios que, como dice la S. de 28 febrero 1959, afectam al patrimonio espiritual; la lesión afecta a derechos e interesses personalísimos (honor, fama, sentimientos) que no se transmitem a los herederos. Pero si ya hubiera litigio pendiente, el causante transmitiria a sus herederos la expectativa de obtener una indemnización, elemento dotado de valor patrimonial que, por lo tanto, tiene cabida en la herencia.

Pero puede suceder que un mismo hecho cause perjuicios morales a una persona y a sus herederos o parientes; ejemplos: la difamación de un comerciante afecta a los herederos que continúan el mismo negocio; las lesiones graves sufridas por una persona determinan su muerte y, con ello, originan perjuicios morales a sus parientes próximos. En tales casos y en otros semejantes, los parientes o herederos podrían reclamar la indemnización del daño moral, pero no en su cualidad de herederos sino "jure propio" en cuanto que ellos mismos habrían sido víctimas del daño.

Según la S. de 17 febrero 1956 (a propósito de una indemnización por muerte), el daño moral constituido por el dolor psico-físico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima es compensable crematísticamente, pero sigue siendo un problema para la doctrina jurisprudencial el de la transmisibilidad de la acción a los herederos, sobre todo en el supuesto de muerte instantánea. "Pero al lado de estos princípios – anãde la sentencia – y con absoluta independencia de los mismos, surgen, además, los daños de carácter moral que experimentan también los parientes más alegados de la víctima, lesionados en sus afecciones más íntimas y legítimas e indemnizables también en dinero". Sobre la transmisibilidad de la acción para reclamar la indemnización por causa de muerte, cf. supra notas al § 249, y la jurisprudencia que allí se cita.

4.La obligación de reparar el daño moral puede resultar de una sentencia recaída en procedimiento penal; cf. los arts. del C.pen. citados supra 1, en estas mismas notas. La reparación puede abarcar, además de la indemnización en metálico, otras formas de satisfacción (cf. especialmente los arts. 456, ap. 2 y 465 C.pen., sobre la publicación en los periódicos de la sentencia condenatoria en casos de calumnia e injuria).

do C. penal para a disciplina da responsabilidade civil oriunda dos delitos. Em virtude de tal remissão, entra em jogo a expressa proclamação do dever de indenizar os "prejuízos materiais e morais" feita no art. 104 C. pen. Como exemplos significativos de reconhecimento e reparação dos danos morais no C. pen. se podem citar os seguintes: os réus de atentado violento ao pudor, estupro ou rapto serão condenados, por via de indenização a conferir um dote à ofendida, se esta for solteira ou viúva (art. 444, 1º); a sentença em que se declare a calúnia será publicada nos periódicos oficiais se o caluniado assim o requerer (art. 456, ap. 2º; os diretores ou editores dos periódicos em que tenham sido publicadas as calúnias ou injúrias, neles insertarão a sentença condenatória, se requerer o ofendido (art. 465).

CAPÍTULO 2 - EVOLUÇÃO DOS DANOS MORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIROS

§ 32. O dano moral no direito posto brasileiro até a Constituição Federal de 1988

Antes da vigência do Código Civil de Clóvis Beviláqua de 1916, previu Teixeira de Freitas, em sua Consolidação das Leis Civis[310], com muita modernidade, dois artigos que tratavam do tema, os artigos 801 e 804, *verbis*:

> Art. 801. Para êste fim o mal, que resultar à pessoa, e aos bens do ofendido, será avaliado por árbitros, em todas as suas partes, e consequências.
>
> Art. 804. Para se restituir o equivalente, quando não existir a própria coisa, será esta avaliada pelo seu preço ordinário, e pelo de afeição, contanto que êste não exceda a soma daquele.

Das notas explicativas acrescidas pelo autor da "Consolidação" ao transcrito artigo 801, lê-se que "*o mal à pessoa, e seus bens, ou quaisquer delitos, avaliado em tôdas as suas partes, e consequências, fôra redutível sem inconveniente ao que se chama prestação – de perdas e danos – perdas e interesses, - lucros cessantes e danos emergentes; e que vem a ser, o que efetivamente perdeu-se, e o que se deixou de ganhar. Estas expressões entretanto é de uso aplicarem-se ùnicamente às faltas dos devedores por obrigações não-derivadas de delitos puníveis pelas leis criminais*".

Interessante discussão travada pela doutrina há muito tempo é aquela relativa a ter ou não o Código de 1916 dado guarida à possibilidade de reparação dos danos morais. Embora haja uma maioria, entre os autores, convencida de que a reparabilidade do dano moral tenha encontrado sua positivação no ordenamento brasileiro muito depois, eminentes civilistas defendem que o Código de Beviláqua tratou dos danos morais – como também dos direitos da personalidade – sem apenas emprestar-lhes esta designação.

Youssef Cahali é um dos que dizem que o CC/1916 apenas se omitiu em inserir *regra geral de reparação dos danos morais*, mas previu diversas hipóteses de danos morais

---

[310] TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876

reparáveis e cita, exemplificativamente, os artigos 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550; diz ele que[311]:

> ...tais hipóteses assim referidas estavam longe de constituir simples exceção à regra de que só os danos patrimoniais deveriam ser ressarcidos; antes, pelo contrário, visando apenas disciplinar a 'forma de liquidação do dano', prestam-se para confirmar que está ínsita na lei civil a ideia da reparabilidade do dano moral.
> Acrescente-se, ainda, o fundamento extraído do art. 76 e parágrafo do CC, segundo o qual, "para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter interesse econômico, ou moral", preceito posteriormente repetido no CPC de 1939 (art. 2º) e que reaparece no novo CPC, em termos que permitem amplo elastério: "para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade (art. 3º).

Clóvis Beviláqua[312], comentando o art. 76, citado acima, e parecendo tomar uma posição ambígua, num primeiro momento, – com todo o respeito ao intérprete original do CC/16 – assim se posicionou (ou não) sobre o tema:

> Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo, e restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro. É por uma necessidade de nossos meios humanos, sempre insuficientes, e, não raro, grosseiros, que o direito se vê forçado a aceitar que se computem em dinheiro o interesse de afeição e os outros interesses morais. Este artigo (art. 76 do CC), portanto, solveu a controvérsia existente na doutrina, e que, mais de uma vez, repercutiu em nossos julgados. Espínola, de acordo com Coviello, procura estabelecer que o interesse de agir difere do interesse, que forma o conteúdo do direito subjetivo, para concluir que no interesse moral não está incluído o dano moral. Mas o interesse de agir é o mesmo conteúdo do direito subjetivo considerado no momento, em que reage contra a lesão ou a ameaça. E se o dano moral é uma lesão do direito, forçosamente provoca a reação, cria a *ratio agendi*. O Código, porém, não deu grande latitude ao poder de reação jurídica suscitada pelo dano moral; restringiu-o, subjetivamente, neste artigo, e fixou-o, objetivamente, ao tratar da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos.

No volume V da mesma obra, no entanto, Clóvis, na sequência, toma posição clara pela ampla reparabilidade do dano moral "como regra geral inserida em nosso direito, ainda que com ressalva de algumas exceções". O faz ao comentar o art. 1.537 do CC.

Também Alcino de Paula Salazar, em seu "Reparação do Dano Moral"[313], traz notícia de crítica feita por Clóvis a um acórdão do Supremo Tribunal Federal que negara o

---

[311] CAHALI, Youssef Said. *Dano moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, revista e ampliada da obra *Dano e indenização*, pp. 46-47

[312] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, v. I, p. 256

[313] SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1943, p. 158-160

ressarcimento pela morte de vítima de acidente. O eminente autor do CC/16 não se opôs ao resultado denegatório da indenização, porquanto entendera bem aplicado o artigo 1.537 do Código, mas insurgiu-se contra a afirmação peremptória da ementa, onde se lia: "O DANO MORAL NÃO INDENIZÁVEL". Clóvis Beviláqua, então, afirmou que "além dos casos especialmente capitulados no Código Civil, como de dano moral ressarcível, outros existem que ele remete para arbitramento, no art. 1.553, que se refere, irrecusavelmente, a qualquer modalidade de dano, seja patrimonial ou meramente pessoal. Assim, se na espécie examinada, o dano moral não tinha que ser reparado, não se pode estabelecer como regra geral, que esta forma de dano escapa à indenização...".

Na verdade, assim era que dispunham os artigos 1.537 e 1.553 do CC/1916, *verbis*:

> Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste:
> I – No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.
> II – Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia."
>
> Art. 1.553. Nos casos não previstos nesse capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.

O aspecto taxativo do art. 1.537 servia aos **negativistas** como argumento para a alegada opção legislativa brasileira pela não reparabilidade dos danos morais como regra, admitindo algo parecido com essa reparação apenas nos casos, expressamente previstos, dos artigos 1.543 e 1.547 e ss.. No que respeita ao evento morte, no entanto, valeria apenas o quanto abrangido pela lista *numerus clausus* do art. 1.537, toda ela voltada a rubricas de ordem *material*. Quanto ao argumento **positivista**, de solução a partir da aplicação do art. 1.553, refutavam os **negativistas** dizendo que este último seria aplicável somente aos casos cuja liquidação não estivesse prevista naquele capítulo. Como se verá adiante, coube à jurisprudência o protagonismo no arbitramento dessa disputa conceitual e a modernização do entendimento retrógrado mantido até meados da década de 1960.

Agostinho Alvim[314], mais cauteloso que Cahali, depois de afirmar que em doutrina quase ninguém mais continuava a sustentar a irreparabilidade dos danos morais e que esta vinha se impondo às legislações pelo mundo, dizia, com relação ao ordenamento brasileiro:

---

[314] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965, p. 113

> O nosso legislador não inseriu no Código uma regra sobre o dano moral, nem mesmo, como certos Códigos, para conceder a indenização em casos previstos. Nenhuma norma de caráter geral. No art. 1.543 prevê-se um caso. Outros dispositivos há, de caráter casuístico, melhor direi, discutíveis. Mas, ainda mesmo que enxerguem casos de indenização por dano moral em várias disposições, nenhuma generalização é possível, donde, o mais que se pode conceder, é que o Código se filiou à doutrina dos casos previstos em lei.

Ao comentar a possibilidade de ressarcimento dos danos morais em face do Código Civil de 1916, Antônio Chaves criticou a tibieza do legislador brasileiro ao tratar do tema, dizendo que "o embaraço do legislador a êsse propósito transparece da timidez com que defronta o problema, atendo-se a um critério casuístico, nem negando nem afirmando terminantemente a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais[315]". O professor era adepto da teoria *positivista* sobre o tema, advogando a ampla reparabilidade dos danos morais, mas criticando o pequeno número de dispositivos do Código dedicados ao ressarcimento de danos não eminentemente materiais. Segundo ele, as normas a tratar dessa categoria de danos não iriam além daquilo que vem disposto nos arts. 66, 667, § 1º, 671 e 1.350, parágrafo único (direitos autorais); art. 1.538, §§ 1º e 2º (ferimentos com deformidade); art. 1.543 (valor de afeição no esbulho); art. 1.547, parágrafo único (injúria e calúnia); art. 1.548 (atentado à honra da mulher); art. 1.549 (demais crimes de violência e ultraje ao pudor). De se notar que o eminente professor das Arcadas deixou de fazer constar em sua lista qualquer menção ao artigo que trata do homicídio (1.537) e ao art. 1.553, tido por outros *positivistas* como uma cláusula geral.

Seguiram-se, então os Anteprojetos e Projetos de Códigos para a reforma da lei civil e a temática do dano moral passou a ser tratada explicitamente, sem nunca ter sido positivada no Código Civil, diga-se, até 2002. O Anteprojeto do Código das Obrigações em 1941 incumbido aos juristas Philadelpho Azevedo, Orozimbo Nonato e Hahnemann Guimarães previa, respectivamente, em seus artigos 181 e 182, *verbis*:

> Art. 181. Além do que for devido pelo prejuízo patrimonial, cabe a reparação do dano moral, moderadamente arbitrada.
>
> Art. 182. Não ocorrendo prejuízo patrimonial ou sendo insignificante, será o autor do ato lesivo condenado a pagar uma soma em dinheiro, nos termos do artigo anterior.

---

[315] CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 242

Sob a ótica do Direito Processual, havia também quem defendesse, já em 1955, a plena reparabilidade do dano moral a partir do arcabouço legislativo já existente no Brasil. Refiro-me a José Olímpio de Castro Filho[316], e permito-me aqui transcrever trecho de sua Tese de Cátedra, por julgar interessante a maneira como o fulgurante tema desbordava das fronteiras do Direito Civil apenas e alcançava outros ramos do Direito. Sobre o tema assim escreveu o autor:

> Parece-nos, todavia, que nem só nos casos expressos no Código Civil, como quer Jorge Americano, haverá a possibilidade da condenação do autor a reparar o dano moral.
> Na realidade, estamos em que o angustioso problema sob o ponto de vista exclusivamente do abuso do direito no processo não admite, entre nós, solução diversa daquela que determina seja também reparado o dano moral. Efetivamente, ao dispor sôbre o assunto, o Código, em dispositivo que já vimos ser amplo e abrangente de tôda forma do abuso do direito, textualmente determinou: "responderá por perdas e danos aquêle que intentar demanda..." (art. 3º).
> Temos, então, "perdas e danos", sem qualquer restrição. De ordem patrimonial e de ordem moral. Nada distinguiu o legislador, quando tratou de reprimir o abuso do direito, e, pois, o intérprete não pode distinguir.
> Difícil que seja a apuração do dano moral, em que cabe aos juízes dispor sôbre a reparação, que como adverte Orozimbo Nonato quando pecuniária deveria 'ser arbitrada moderadamente para evitar excessos e locupletações', é a lei, entre nós, que a determina, no que se refere ao dano causado pelo abuso do direito no processo.
> E, a ter de justificar a orientação legislativa, parece-nos que foi acertada, pois na verdade, nada repugna mais do que admitir que alguém tenha o direito de se utilizar do processo indevidamente e de forma a causar a outrem a dor moral. Na realidade, é preciso não esquecer nunca que o abuso do direito no processo sòmente é possível pela existência mesma do direito de demandar e do Estado, que por seus órgãos jurisdicionais lhe dá oportunidade de se realizar. Ora, é contrário aos próprios fins do Estado que, tendo criado um instrumento para a realização do direito, permita que tal instrumento se converta, indevidamente, em elemento para causar danos, de qualquer natureza, a quem tem razão. Por isso mesmo, quem abusa do direito no processo há de indenizar os danos que causa, tanto patrimoniais quanto morais, ou não-patrimoniais, como preferia chamá-los o clássico Minozzi.

Também o Projeto de Código das Obrigações, entregue em 1963 pelo jurista Caio Mário da Silva Pereira, previa, em seu art. 856, *verbis*: "Art. 856. O dano ainda que simplesmente moral será também ressarcido".

Em 27 de agosto de 1962 foi promulgada a Lei nº 4.117, designada Código Brasileiro de Telecomunicações, que, em seus artigos 81 a 84, tratava expressamente da

---

[316] CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. Tese. Belo Horizonte, 1955, *apud* SILVA, Wilson Melo da, *opus cit*., p. 342.

reparabilidade dos danos não patrimoniais. Trata-se do primeiro diploma legal brasileiro a tratar de maneira desabrida do tema **assumidamente como reparação de danos morais** e independentemente de repercussões na esfera patrimonial:

> Art. 81. Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por êste solidáriamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para êle.
> § 1º A ação seguirá o rito do processo ordinário estabelecido no Código do Processo Civil.
> § 2º Sob pena de decadência a ação deve ser proposta dentro de 30 (trinta) dias, a contar da data da transmissão caluniosa, difamatória ou injuriosa.
> § 3º Para exercer o direito à reparação é indispensável que no prazo de 5 (cinco) dias para as concessionárias ou permissionárias até 1kw e de 10 (dez) dias para as demais, o ofendido as notifique, via judicial ou extrajudicial, para que não desfaçam a gravação nem destruam o texto, referidos no art. 86 desta lei.
> § 4º A concessionária ou permissionária só poderá destruir a gravação ou o texto objeto da notificação referida neste artigo, após o pronunciamento conclusivo do Judiciário sôbre a respectiva demanda para a reparação do dano moral.
>
> Art. 82. Em se tratando de calúnia, é admitida, como excludente da obrigação de indenizar, a exceção da verdade, que deverá ser oferecida no prazo para a contestação.
> Parágrafo único. Será sempre admitida a exceção da verdade, aduzida no prazo acima, em se tratando de calúnia ou difamação, se o ofendido exercer função pública na União, nos Estados, nos Municípios, em entidade autárquica ou em sociedade de economia mista.
>
> Art. 83. A crítica e o conceito desfavorável, ainda que veementes, ou a narrativa de fatos verdadeiros, não darão motivo a qualquer reparação.
>
> Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.
> § 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País.
> § 2º O valor da indenização será elevado ao dôbro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio fôr.
> § 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interêsse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.

Na segunda edição de seu "O Dano Moral e sua Reparação"[317], um dos nossos mais dedicados monografistas sobre o tema, Wilson Melo da Silva, em 1969, comemorava a

[317] SILVA, Wilson Melo da, *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, 2ª ed. revista e ampliada, p. 353-354

edição do Código Brasileiro de Telecomunicações e, ao mesmo tempo, questionava-se sobre como poderiam ainda os **negativistas** continuar a resistir à tese da ampla reparabilidade dos danos puramente morais. Inconformado com o que lhe parecia um pensamento retrógrado e obtuso dos que negavam a tese da reparabilidade apenas por não haver previsão literal, desabafou, indignado, na segunda edição de sua obra, nos seguintes termos: "face, pois, a tudo isso, que se haveria ainda de reclamar para que se continuasse negando a acolhida pela sistemática do Direito brasileiro do princípio da reparabilidade dos danos morais? E se para alguns outros, a razão apresentada para o trombeteamento da resistência do Direito brasileiro à tese do ressarcimento dos danos extrapatrimoniais residia tão-só no fato de não haver se utilizado jamais o Legislador brasileiro, em letra de fôrma, da expressão consagrada 'dano moral', qual o motivo, agora, da oposição? Se de fato repugnasse ao Legislador nacional, *ad argumentandum*, o princípio do ressarcimento dos danos morais, o Código Civil Brasileiro de Telecomunicações teria acabado de dar um cheque-mate à assertiva dos que assim assoalhassem".

No entender do eminente estudioso do fenômeno dos danos morais, no entanto, o Código de Telecomunicações apenas ratificou no seu setor específico de incidência e regulação, aquilo que, segundo ele, já se encontrava alhures implícita ou mesmo explicitamente, sob outras designações, no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, já em julho de 1965, surge a Lei nº 4.737, batizada de Código Eleitoral, que, em seu art. 243, parágrafos 1º e 2º, tratava do tema dos danos morais nos termos seguintes:

> Art. 243. Não será tolerada propaganda:
> I - de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes;
> II - que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis;
> III - de incitamento de atentado contra pessoa ou bens;
> IV - de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública;
> V - que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza;
> VI - que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;
> VII - por meio de impressos ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda;
> VIII - que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municiais ou a outra qualquer restrição de direito;
> IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

> § 1º O ofendido por calúnia, difamação ou injúria, sem prejuízo e independentemente da ação penal competente, poderá demandar, no Juízo Civil a reparação do dano moral respondendo por êste o ofensor e, solidariamente, o partido político dêste, quando responsável por ação ou omissão a quem que favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para êle.
> § 2º No que couber aplicar-se-ão na reparação do dano moral, referido no parágrafo anterior, os artigos. 81 a 88 da Lei nº 4.117, de 27 de agôsto de 1962.

Em dezembro de 1965, deu-se no Estado da Guanabara a III Conferência Nacional de Desembargadores do Brasil, e neste encontro "acordado ficou que o dano moral se ressarcisse, a partir de então, no país, nas hipóteses dos verdadeiros danos morais, vale dizer, dos danos morais puros, daqueles danos não econômicos relacionados não com o patrimônio material, mas com o patrimônio espiritual do lesado. Buscou-se assim, em tal conferência, a correção da anomalia que, na jurisprudência brasileira, não levava a coisa nenhuma com relação aos danos morais que, nela, até então, vinham parecendo apenas como o Pilatos no credo...".[318]

Depois do Código Eleitoral foi a vez de entrar para o ordenamento jurídico brasileiro a lei que por mais tempo regulou a matéria no âmbito dos danos morais por afronta à honra, à intimidade e à vida privada. Trata-se da Lei de Imprensa, Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967 que, em seus artigos 49 *usque* 57, tratou da reparação de danos morais da forma abaixo:

> CAPÍTULO VI
> DA RESPONSABILIDADE CIVIL
>
> Art. 49. Aquêle que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:
> I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;
> II - os danos materiais, nos demais casos.
> § 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interêsse público.
> § 2º Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (art. 50).

---

[318] Conforme notícia do encontro que nos dá WILSON MELO DA SILVA, *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, 2ª ed. revista e ampliada, p. 340

§ 3º Se a violação ocorre mediante publicação de impresso não periódico, responde pela reparação do dano:
a) o autor do escrito, se nêle indicado; ou
b) a pessoa natural ou jurídica que explora a oficina impressora, se do impresso não consta o nome do autor.

Art. 50. A emprêsa que explora o meio de informação ou divulgação terá ação regressiva para haver do autor do escrito, transmissão ou notícia, ou do responsável por sua divulgação, a indenização que pagar em virtude da responsabilidade prevista nesta Lei.

Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:
I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).
II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;
III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;
IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).
Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos dêste artigo:
a) os jornalistas que mantêm relações de emprêgo com a emprêsa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão;
b) os que, embora sem relação de emprêgo, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos;
c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, a editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b, nº III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

Art. 52. A responsabilidade civil da emprêsa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vêzes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:
I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;
II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;
III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por êsse meio obtida pelo ofendido.

> Art. 54. A indenização do dano material tem por finalidade restituir o prejudicado ao estado anterior.
>
> Art. 55. A parte vencida responde pelos honorários do advogado da parte vencedora, desde logo fixados na própria sentença, bem como pelas custas judiciais.
>
> Art. 56. A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa.
> Parágrafo único. O exercício da ação cível independe da ação penal. Intentada esta, se a defesa se baseia na exceção da verdade e se trata de hipótese em que ela é admitida como excludente da responsabilidade civil ou em outro fundamento cuja decisão no juízo criminal faz causa julgada no cível, o juiz determinará a instrução do processo cível até onde possa prosseguir, independentemente da decisão na ação penal.
>
> Art. 57. A petição inicial da ação para haver reparação de dano moral deverá ser instruída com o exemplar do jornal ou periódico que tiver publicado o escrito ou notícia, ou com a notificação feita, nos têrmos do art. 53, § 3º, à emprêsa de radiodifusão, e deverá desde logo indicar as provas e as diligências que o autor julgar necessárias, arrolar testemunhas e ser acompanhada da prova documental em que se fundar o pedido.
> § 1º A petição inicial será apresentada em duas vias. Com a primeira e os documentos que a acompanharem será formado processo, e a citação inicial será feita mediante a entrega da segunda via.
> § 2º O juiz despachará a petição inicial no prazo de 24 horas, e o oficial terá igual prazo para certificar o cumprimento do mandato de citação.
> § 3º Na contestação, apresentada no prazo de 5 (cinco) dias, o réu exercerá a exceção da verdade, se fôr o caso, indicará as provas e diligências que julgar necessárias e arrolará as testemunhas. A contestação será acompanhada da prova documental que pretende produzir.
> § 4 º Não havendo contestação, o Juiz proferirá desde logo a sentença, em caso contrário, observar-se-á o procedimento ordinário.
> § 5º Na ação para haver reparação de dano moral sòmente será admitada reconvenção de igual ação.
> § 6 º Da sentença do Juiz caberá apelação, a qual somente será admitida mediante comprovação do depósito, pela apelante, de quantia igual à importância total da condenação. Com a petição de interposição do recurso o apelante pedirá expedição de guia para o depósito, sendo a apelação julgada deserta se, no prazo de sua interposição, não for comprovado o depósito.

Em dezembro de 1973 novas disposições legais relativas à reparabilidade dos danos morais exsurgem com a edição da Lei de Direitos Autorais, Lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973, que tratou do tema em seus arts. 122 a 126:

> CAPÍTULO II
> Das sanções civis e administrativas
>
> Art. 122. Quem imprimir obra literária, artística ou científica, sem autorização do autor, perderá para este os exemplares que se apreenderem,

> e pagar-lhe-á o restante da edição ao preço por que foi vendido, ou for avaliado.
> Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de dois mil exemplares, além dos apreendidos.
>
> Art. 123. O autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá, tanto que o saiba, requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação ou utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.
>
> Art. 124. Quem vender, ou expuser à venda, obra reproduzida com fraude, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes; e, se a reprodução tiver sido feita no estrangeiro, responderão, como contrafatores o importador e o distribuidor.
>
> Art. 125. Aplica-se o disposto nos artigos 122 e 123 às transmissões, retransmissões, reproduções, ou publicações, realizadas, sem autorização, por quaisquer meios ou processos, de execuções, interpretações, emissões e fonogramas protegidos.
>
> Art. 126. Quem, na utilização, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor, intérprete ou executante, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhe a identidade:
> a) em se tratando de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por 3 (três) dias consecutivos;
> b) em se tratando de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas, em jornal, de grande circulação, do domicílio do autor, do editor, ou do produtor;
> c) em se tratando de outra forma de utilização, pela comunicação através da imprensa, na forma a que se refere a alínea anterior.
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica a programas sonoros, exclusivamente musicais, sem qualquer forma de locução ou propaganda comercial.

§ 33. A Constituição Federal de 1988

A consagrar a plena reparabilidade dos danos morais, colocando pá de cal sobre a, já então anacrônica, discussão sobre essa possibilidade ou não para além dos casos expressamente previstos na legislação infraconstitucional extravagante, sobreveio a Constituição Federal da 1988 com sua dicção expressa acerca dos danos morais nos incisos V e X do artigo 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)

> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> (...)
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Para a maior parte da doutrina, tratou a Constituição da República de fornecer uma norma ou cláusula geral de tutela dos danos morais no ordenamento nacional, trazendo apenas **exemplificativamente** as menções à violação da intimidade, vida privada, honra e imagem; embora se tenha colhido aqui e ali opiniões, daqueles ainda recalcitrantes com relação à ampla reparabilidade dos danos puramente morais, no sentido de que o rol constitucional é **taxativo**, pois pretendia abranger apenas aqueles direitos da personalidade que elenca.

No primeiro grupo posiciona-se o lúcido magistério de Caio Mário da Silva Pereira[319], quando afirma que "o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo". Para ele, tratar-se-ia, sem dúvida de um rol meramente exemplificativo, sendo lícito à jurisprudência e à lei aditarem outros casos. E prossegue: "Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente, de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do direito norte-americano, a designação de *construction*. (...) Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz".

No segundo grupo, dos que defendem uma enumeração taxativa dos incisos V e X do art.5º da C.F., pode-se citar Wladimir Valler[320], que, em sentido diametralmente oposto ao de Caio Mário, aduz que:

> não obstante, estamos convencidos de que os comandos constitucionais dos incisos V e X da Constituição Federal de 1988 apenas se referem ao agravo através dos meios de comunicação e à violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, aos quais se assegurou, além do direito à

---

[319] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil.* 3ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 58

[320] VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: E.V., 1995, p. 47

> resposta, proporcional ao agravo, a indenização pelo dano material ou pelo dano moral decorrentes da violação. O dano moral, como entende a maior parte dos doutrinadores, pode ser ressarcido, nos casos contemplados nos arts. 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550 do Código Civil, bem como nos casos previstos nas leis 2.681, de 7 de dezembro de 1912; 4.117, de 27 de agosto de 1962; 5.250, de 9 de fevereiro de 1967; 5.988, de 14 de dezembro de 1973; 4.737, de 15 de julho de 1965; 8.078, de 11 de novembro de 1990, nas quais se encontra expressa menção à reparação dos danos morais, a serem fixados por arbitramento. Em todas as hipóteses, que são específicas, quer no plano constitucional, quer naquelas previstas no Código Civil e nas leis mencionadas, a reparação diz respeito a danos sofridos pela pessoa humana e por ela mesma reivindicada.

§ 34. O Código Civil de 2002

O Código Civil vigente, de 2002, cujo projeto inicial data de 1975, manteve a tese do Projeto de Código de Obrigações de Caio Mário e dispõe em seu art. 186: "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

§ 35. O dano moral na jurisprudência brasileira

A jurisprudência brasileira no que respeita à admissibilidade dos danos morais, independentemente de reflexos patrimoniais, ou seja, dos danos morais de verdade, e não do arremedo teórico que se tentou construir com a aceitação da reparabilidade de danos morais com repercussão no patrimônio (a falaciosa teoria eclética que tentava pacificar *negativistas* e *positivistas*), ao contrário da doutrina – como se viu nos itens precedentes – foi extremamente conservadora e legalista, não aceitando a possibilidade de se mitigar danos puramente morais até após a segunda metade da década de 1960.

Trouxemos aqui um apanhado geral de acórdãos que mostra a tendência de julgamento observada pelo STF e por tribunais regionais, que resultou em decisões de crueldade hoje chocante por entender, por exemplo, que a morte de filho impúbere não era de ser indenizada porquanto era evento que não só não resultaria em diminuição da receita da família (por ainda não trabalhar a vítima), como ainda causaria decréscimo na despesa. Os poucos julgadores que acediam em conferir aos pais alguma indenização, o faziam amparados na perda futura de um filho que os poderia amparar na velhice em caso destes necessitarem de alimentos...

Mesmo doutrinadores que figuraram como precursores da tese *de lege ferenda* de inclusão da reparabilidade do dano moral, uma vez instados a decidir casos concretos,

enquanto ministros do STF, votavam contra a reparabilidade dos danos morais ressalvando suas posições pessoais favoráveis de direito *contituendo*, mas alegando impedimento em face do direito *constituto*.

I - A primeira das discussões trazemos por ter consistido numa disputa acirrada dentro do próprio STF, entre (i) Lafayette de Andrada, frontalmente contrário à reparação, (ii) Hahnemann Guimarães, um dos coautores do Anteprojeto de Código de Obrigações (junto com Orozimbo Nonato e Filadelfo Azevedo) que previa a reparação por danos morais puros e, portanto, favorável à ideia, mas contrário na prática, enquanto não mudasse a lei e (iii) Orozimbo Nonato, favorável à mudança legislativa e à alteração da jurisprudência desde logo para permitir a indenização do sofrimento, por exemplo, da perda de um ente querido, independentemente de repercussão patrimonial. Tratou-se de Recurso Extraordinário Proveniente de Alagoas[321] onde pretendia u'a mãe ver mitigada a morte de seu filho de 13 anos de idade alcançado em praça pública – em frente a sua casa – por fio de alta tensão que se desprendeu da rede da empresa concessionária de energia recorrida. O Relator Lafayette de Andrada, contrário à reparação dos danos puramente morais, votou da seguinte forma:

> **O Sr. Ministro Lafayette de Andrada** (relator) – A divergência do acórdão com o publicado na "Rev. Forense", vol. 97, pág. 158, é manifesta. Na ementa dêsse último julgado lê-se:
>
> "A perda de um filho menor de oito anos importa real prejuízo, embora fosse fonte de despesas e não de auxílio para os pais. Há uma expectativa que o desastre elimina, de que a criança, sacrificada à negligência da empresa poderosa, venha a ser útil à família. Trata-se de supressão de um valor econômico, ainda que em estado potencial, mas que constitui indubitàvelmente dano econômico".
>
> Conheço do recurso pelo fundamento da letra "d", mas nego-lhe provimento. Na espécie ficou provado que a vítima, menor de 13 anos, não exercia qualquer profissão, nenhum serviço remunerado praticava. Ao contrário, como ginasial, era mantido por sua mãe, sem prestar mesmo auxílio à família.
>
> Razão, portanto, para não se poder exigir a reparação do dano moral na espécie, o que não recuso em outros casos, aceitando a lição do insigne Clóvis:
>
> "a) Todo dano, seja patrimonial ou não, deve ser ressarcido, por quem o causou, salvante a escusa de fôrça maior, que aliás, algumas vezes não aproveita, por não procedida de culpa. É regra geral sujeita a exceção.

[321] STF, RE 12.039. Recorrente: Amália Pontes Jucá; Recorrida: Companhia de Fôrça e Luz Nordeste do Brasil; j. em 6 de agosto de 1948; relator Min. Lafayette de Andrada

> b) Com razão mais forte, deve ser reparado o dano proveniente de ato ilícito (arts. 159 e 1.518).
>
> c) Para a reparação do dano moral, aquêle que se sente lesado dispõe de ação adequada (art. 76, parágrafo único).
>
> d) Mas o dano moral, nem sempre é ressarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico, por se não poder apreciá-lo em dinheiro, como ainda, porque essa insuficiência dos nossos recursos abre a porta a especulações desonestas, acobertadas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos. Por isso o Código Civil afastou as considerações de ordem exclusivamente moral, nos casos de morte e de lesões corporais não deformantes (arts. 1.537 e 1.538).
>
> e) Atendeu, porém, a essas considerações, no caso de ferimentos, que produzem aleijões e deformidades (art. 1.538, §§ 1º e 2º); tomou em consideração o valor de afeição, providenciando, entretanto, para impedir o arbítrio e o desvirtuamento (art. 1.543); as ofensas à honra, à dignidade e à liberdade são outras tantas formas de dano moral, cuja indenização o Código Civil disciplina.
>
> f) Além dos casos especialmente capitulados no Código Civil, como de dano moral ressarcível, outros existem que êle remete para o arbitramento, no art. 1.553, que se refere, irrecusàvelmente, a qualquer modalidade de dano, seja patrimonial ou meramente pessoal" ("Código Civil", vol. 5º, pág. 322 – edição de 1926).
>
> O acórdão, assim, atendeu a lei e a prova dos autos mandando pagar o luto da família, honorários de advogado, juros de mora e custas. É o meu voto.

Em seguida colheram-se os votos dos Ministros Edgard Costa e Goulart de Oliveira que acompanharam o relator Lafayette de Andrada. A partir daí tomou a palavra o Ministro Hahnemann Guimarães – defensor, em tese, da reparação do dano moral enquanto coautor do Anteprojeto de Código de Obrigações juntamente com Orozimbo Nonato, com quem estabelece interessante diálogo em meio ao seu voto (onde estabelece um raciocínio tortuoso de existência de dano moral reparável, de "pecunia doloris" e de danos pessoais irressarcíveis), *verbis*:

> **O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães** – Sr. Presidente, no caso não se tratou de dano moral. O que se pretende é que o menor, vítima do acidente, constituiria uma expectativa de lucros futuros ou de proventos pecuniários futuros, expectativa frustrada.
>
> O dano moral, evidentemente, no caso, seria inadmissível. O direito comum adotou com dificuldade a chamada "pecúnia dolorida", a reparação do sofrimento físico, como a adotou o nosso Código Civil, no art. 1.538, § 2º, quando a mulher solteira, ainda capaz de casar, ficar deformada pelo acidente, pelo ato ilícito. Concede-se, aí, a reparação de um dano que não é moral mas o preço da dor, a "pecunia doloris". O nosso Código Civil admite,

> por exemplo, a reparação do dano moral em outro artigo, quando se trata da mulher agravada em sua honra.
>
> Fora dos casos especificados em lei não é possível admitir a "pecunia doloris", nem a reparação do dano moral.
>
> No caso dos autos, trata-se de dano conseqüente à morte, e a reparação tem de se limitar ao art. 1.537 do Código Civil, como esta Turma tem decidido, acompanhando, aliás, o voto do seu eminente Presidente.
>
> **O Sr. Ministro Orozimbo Nonato** (Pres.) – Isto quanto ao dano patrimonial. Admito a reparação do dano moral.
>
> **O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães** – Em matéria de homicídio, acreditava que V. Exa. Se limitasse ao art. 1.537 do Código Civil.
> O tribunal recorrido deu a reparação correspondente ao inciso primeiro do art. 1.537, negando a correspondente ao inciso segundo do mesmo artigo, porque a vítima não prestava alimentos a seus pais. A expectativa, que pudesse êle constituir no futuro, de proventos, de lucros, de renda, frustrada pela morte, não pode ser objeto de reparação. De acôrdo com o Sr. Ministro Relator, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Finalmente, **vencido**, declara seu voto – o único favorável à plena reparabilidade dos danos morais – o Presidente da turma julgadora, Ministro Orozimbo Nonato, aplicando na jurisprudência a doutrina mais moderna e arrojada sobre o tema:

> **O Sr. Ministro Orozimbo Nonato** (Pres.) – O problema da reparação do dano moral tem dificuldades indesconhecíveis. Via de regra não é admitida entre nós essa espécie de indenização. As resistências ainda se mostram, neste particular consideráveis e poderosas.
>
> O acórdão dado como divergente nesse particular não torna muito nítido o dissídio quanto a indenização de dano moral. Antes que tudo, convém decantar o problema de elementos estranhos. Se o dano moral tem repercussões no patrimônio do indivíduo, o problema toma aspecto diverso. A indenização aí não é pelo dano moral e não há, nesse caso, o reconhecimento de um "preço da dor", senão a verificação de diminuição patrimonial em conseqüência de fato.
>
> O problema aparece com nitidez quando se trata de dano puramente moral. Êste é que é o problema tormentoso, em que os autores dissentem, sendo que dêles há, e eminentes, como Gabba, que negam a possibilidade dessa indenização. E surgem exemplos impressionantes, como o lembrado em Gabba, na hipótese de ultraje da honra conjugal. Mas, o incomum do caso, e a imoralidade do pedido, em tal hipótese, não infirmam a tese da reparabilidade do dano.
>
> Todo dano é indenizável, como ensina Clovis Bevilaqua, e dessa regra não se exclui o dano moral, já que o interêsse moral, como está no Código Civil, é poderoso e concede ação. O grande argumento em contrário diz apenas respeito à dificuldade da avaliação do dano. E foi a essa conta que o anteprojeto do Código de Obrigações , lavrado pelos eminentes juristas Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães, e a que levei modestíssimo tributo, dá ao juiz o poder de arbitrar no caso, indenização moderada. Em

> todo caso, o princípio da indenização do dano moral ficou expresso. E êle vai dominando a doutrina e as legislações como observa Demogue. E êle atende a uma profunda inclinação da natureza humana, como realça Von Thur, representando também punição valendo como penal.
> Os eminentes colegas permitirão que, a propósito, volto a fundamento já várias vêzes manifestado em casos idênticos. "Data venia" dou provimento.

II – Pulando mais de uma década no tempo – o acórdão anterior era de agosto 1948 – tem-se agora a singela ementa de decisão de um Recurso Extraordinário do STF, sob relatoria de Nelson Hungria, de agosto de 1959[322]:

> **DANO MORAL – Indenização – Carência de fundamento no pedido**
> Não é indenizável o dano moral considerado em si mesmo, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

III – Julgado em novembro de 1966, há acórdão[323] do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim ementado: ***"INDENIZAÇÃO – Perda de filho menor e de espôsa – Dano moral – Ação de perdas e danos improcedente"***. Nele se lê:

> Conforme sustentamos no julgamento da apelação n. 18.760, em 17.3.1966, nesta Segunda Câmara, vem de longe a discussão acêrca do cabimento, ou não, face à nossa lei civil, de indenização em favor dos pais, por morte de menor que não concorria para o sustento daqueles. Da mesma forma, quanto à morte da espôsa que não exercia atividade remunerada.
>
> As discussões atingem a indagação relativa ao ressarcimento, ou não, do dano puramente moral, sem repercussão patrimonial.
> Seria fastidiosa a reprodução dos ressabidos argumentos expendidos pelos que defendem a indenização do dano exclusivamente moral, magistralmente expostos por José de Aguiar Dias ("Da Responsabilidade Civil", 2º vol. pág. 310 e segs.).
> Em que pese a cultura dos prestigiosos jurisconsultos ali citados, não obstante as magníficas lições ministradas, ousamos concluir e sustentar que a orientação pelos mesmos adotada fundada – é certo em boa doutrina, procede "de lege ferenda"; não cabe, todavia, na rígida e bem definida moldura do art. 1.539 do Código Civil: "a indenização no caso de homicídio consistirá: I – No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia".
>
> Dia virá, estamos certos, em que a nova lei, contràriamente ao que vigora atualmente, admitirá o ressarcimento do dano moral independentemente do prejuízo material ou patrimonial. Tudo indica, como está previsto no Anteprojeto de Código de Obrigações, preparado pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira (arts. 916 e 942) que, fiel aos princípios doutrinários que a justificam, tal indenização não se baseará em dano patrimonial potencial ou

---

[322] STF, RE 42.723. Minas Gerais. Rel. Min. Nelson Hungria. J. 13/08/1959

[323] Apelação nº 19.817, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. Amaro Martins de Almeida, Apelante: Emprêsa Olinda; Apelados: Marino Rabello e Eduardo de Souza Cabral; j. 28/11/1966

> futuro – como pretendem nesta causa os apelados, mas em razões outras, ainda que não acolhidas na legislação atual.
>
> Note-se, ademais, que o referido anteprojeto, em seu art. 945, ao cuidar do dano patrimonial resultante da morte, estabelece que a prestação de alimentos só é devida "a quem o defunto as devia ou prestava efetiva e habitualmente".

IV – Em 27 de outubro de 1969, outro acórdão, desta vez do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nega a possibilidade de danos morais puros, ou seja, sem repercussão patrimonial, em caso de morte de menor[324]. O aresto foi assim ementado: **RESPONSABILIDADE CIVIL – Atropelamento – Vítima menor – Culpa do motorista – Dano moral – Indenização – Inadmissibilidade – Impossibilidade da condenação na reparação de prejuízos patrimoniais não pedida inicialmente**. Neste acórdão, chama a atenção a declaração do voto vencido do Des. relator Hélio Costa que julgava procedente o pedido de indenização por danos morais, superado pelo entendimento contrário, depois relatado pelo Des. Mello Júnior, contrário à ressarcibilidade de danos puramente morais na espécie (a autora não formulou pedido de danos materiais, embora a senteça de primeiro grau, assim mesmo, os tenha deferido):

> **O Des. Mello Júnior**: Conheço dos presentes embargos infringentes, que foram oportunamente manifestados com alicerce no voto divergente do ilustre Des. Hélio Costa.
> (...)
> O fato narrado na inicial – atropelamento da menor Amarílis Silvana da Silva e seu conseqüente falecimento – constitui, sem dúvida, um fato lamentável. Mas não indenizável.
> Apesar de reconhecida a culpa do motorista da "Rural", preposto da Petrominas, pelo atropelamento e de provado o conseqüente falecimento da pequena vítima, com relação de causa e efeito, certo é que do ato culposo não resultaram danos cuja indenização seja autorizada pelo nosso direito positivo.
> Como bem assinalou o minucioso e bem fundamentado voto divergente, postulou o libelo indenização do dano moral pela morte da criança e do dano material decorrente de futuro auxílio que pudesse ela prestar à sua mãe.
> (...)
> Como disse, o fato é lamentável, mas dele não resultou responsabilidade da embargante pelo ressarcimento de qualquer dano, menos daquele que foi reconhecido pela sentença sem alegação da parte interessada. Recebo os embargos para, "data maxima venia", reformar a decisão embargada e com ela a sentença de primeira instância. Custas "ex lege".

---

[324] Apelação 31.201 (Embargos Infringentes). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Comarca de Belo Horizonte. Apelante: Petrominas – Petróleo de Minas Gerais S/A. Apelada: Maria Luiza de O. Silva. Relator (vencido) Des. Hélio Costa

Em seguida manifestou-se o Des. Horta Pereira, aderindo ao relator dos Embargos e negando a possibilidade da reparação do dano moral com a lapidar frase, então já mais de meio século atrasada em relação à concepção doutrinária: "**dizer que pagamento em dinheiro repara dano moral é, a meu ver, degradar a noção do último**". *Verbis*:

> **O Des. Horta Pereira**: (...) entendo que danos morais, exatamente, porque são de natureza moral, não são ressarcíveis pelo pagamento, em dinheiro, à vítima. Penso que o ressarcimento do dano, em dinheiro, seria possível, e o deveria ser, em lei expressa, mesmo sob a forma de multa, imposta em benefício da vítima à qual por motivo de sentimento moral deveria ser assegurada a faculdade de destinar o respectivo valor a entidade de assistência aos desvalidos; inexistindo, porém, em nosso direito, lei, assim, julgo deva a ação ser dada como improcedente, pela impossibilidade de seu ressarcimento, embora provado o dano moral. Penso que dano moral e reparação monetária são razões contraditórias e inconciliáveis. Dizer que pagamento em dinheiro repara dano moral é, a meu ver, degradar a noção do último. Por estes motivos, recebo os embargos.

E, finalmente, colheu-se o voto vencido do Des. Hélio Costa, consentâneo com a doutrina mais moderna para a época e favorável à reparação do dano puramente moral:

> **O Des. Hélio Costa**: Dou provimento para julgar a ação improcedente. A responsabilidade civil, cujo conceito decorre da regra contida no art. 159 do CC, apresenta como requisitos essenciais à sua configuração a conduta antijurídica, a existência de um dano e o nexo de causalidade entre um e outro (Caio Mário, "Instituições de Direito Civil" § 155).
>
> "In casu", a conduta antijurídica, revelada no homicídio culposo da infante Amarílis, é induvidosa porque a prova deixa claro que foi o excesso de velocidade com que trafegava na via pública o veículo da apelante a causa do atropelamento e morte daquela infeliz criança.
>
> Quanto ao segundo requisito, ou seja a caracterização do dano, é que nasceu, e permanece a essa altura o litígio, eis que a sentença recorrida, reconhecendo a existência do dano moral e a sua ressarcibilidade, deu pela procedência da demanda indenizatória, mas no fundo reconhecendo e mandando liquidar apenas o dano patrimonial, como se infere de sua afirmativa de que a morte da menor Amarílis representou um dano efetivo e real que deve ser avaliado pela apuração do que se havia despendido com a vítima desde o seu nascimento e até sua morte, pela avaliação dos reflexos econômicos do evento, constituídos na perda de dias de serviço ou pela quebra de rendimento no trabalho; atribuindo-se o justo valor que a menor prestava nas lides domésticas.
>
> O libelo, cujo laconismo o leva quase à inépcia, permite, entretanto, que dele se infira que da morte da criança resultou um dano moral configurado na grande tristeza que causou à família, e um dano patrimonial pela quebra das esperanças de que no futuro seria ela um arrimo ou uma ajuda para a mãe (inicial, item 2).

> Revivem aqui, portanto, as teses que em nosso Direito permanecem como "vexata quaestio", da ressarcibilidade do dano moral e do reconhecimento do dano patrimonial na morte de criança.
>
> A primeira questão é inteiramente de fundo doutrinário e conhecida é a divergência que a esse respeito lavra entre os nossos mais proeminentes doutores e que tem encrespado a jurisprudência de nossos Tribunais.
> Parece-me irrepreensível o ensinamento de Caio Mário de que o dano ressarcível se expressa no sentido de um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial (ob. e loc. cits.), entendimento que se consagra no Código Civil quando a vários passos determina e fixa o valor ou o critério do dano moral, como o tem posto em relevo os estudiosos da questão e principalmente os corifeus da doutrina de sua ressarcibilidade em nosso Direito.

V – Mesmo já bem mais recentemente – e depois do *leading case* do STF que veremos no número VI a seguir – houve acórdãos do STF, como este de 16 de novembro de 1976[325], que nega peremptoriamente a reparação do "dano puramente moral, ou seja, do *pretium doloris*", como se vê do trecho extraído do voto condutor de seu relator:

> **O Min. Rodrigues de Alckmin** (relator): A primeira questão posta nos autos diz com a reparação do dano puramente moral, ou seja, do "pretium doloris". Não há ofensa aos invocados textos de lei com o negar tal reparação: é evidente a nenhuma aplicação, à espécie, dos arts. 1.538, 1.539, 1.543 e 1.548 do CC. E não impõem tal reparação os arts. 76 e 1.059 do mesmo Código. Quanto ao Código Brasileiro de Telecomunicações e à Lei de Imprensa, também é de evidência a nenhuma aplicação de tais diplomas legais à espécie, em que ocorreu acidente fatal na Rede Ferroviária.

VI – Tido como momento histórico em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sinaliza uma alteração de entendimento para aderir ao pensamento já pacificado entre os doutrinadores ao redor do mundo - afastando a injustificável resistência à reparação dos danos morais independentemente de repercussão patrimonial, **posto que não positivada tal autorização no ordenamento** - tem-se o acórdão relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro no Recurso Extraordinário 59.940 proveniente de São Paulo[326] como o *leading case* do início da trajetória que culminaria com a reparação dos danos morais puros, ou seja, sem qualquer repercussão patrimonial. Note-se, no entanto, que a grande concessão que aqui se faz (a novidade introduzida pelo *decisum*) **ainda** diz com o fato de se compreender possível apurar

---

[325] STF, RE 83.377 **RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização do "pretium doloris", pedido de verba para jazigo perpétuo e correção monetária – Recrso extraordinário inidoneamente postulado com fundamento nas alíenas "a" e "d" do n. III do art. 119 da Constituição da República Federativa do Brasil**. Relator Min. Rodrigues de Alckmin. Recorrente: Maria Vicente dos Santos. Recorrida: Rede Ferroviária Federal

[326] STF, RE 59.940 **RESPONSABILIDADE CIVIL – A morte de filhos menores, conforme as circunstâncias, comporta indenização. O problema resolve-se na liqüidação e por arbitramento**. Relator Min. Aliomar Baleeiro. Recorrentes Vicente Damico e outro. Recorrida: Auto-Ônibus Jundiaí S/A

o "auxílio financeiro futuro dos filhos menores aos pais" como um elemento a autorizar a reparação por configurar o tão necessário reflexo patrimonial. O acórdão sob exame não elimina, portanto, a exigência do reflexo patrimonial, mas atenua a sua comprovação e admite seja a quantificação da reparação decidida por arbitramento. Já era um grande passo em face do entendimento majoritário à época. Peço licença para transcrever os principais trechos deste acórdão histórico, em virtude de sua importância inaugural, começando por excertos do voto do Relator Min. Aliomar Baleeiro, de 26 de abril de 1966:

> **O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro** (relator): As vítimas tinham quase 10 anos uma e cêrca de 4 anos outra, segundo a sentença, e receberam sepultamento pago pela Recorrida, que alega ter procedido dêsse modo por espírito de solidariedade humana. "Não há dúvida alguma quanto à responsabilidade da Ré pelo evento", também o reconhece a decisão confirmada, cujo ilustre autor entende que não houve qualquer prejuízo de ordem material para os Recorrentes, pais das duas crianças. O dano moral só seria indenizável, - continua – se ocasionasse também dano material, pois o menor é fonte de despesa e não de receita. Não se indeniza a conjectura do auxílio possível no futuro, mas só a perda certa, efetiva e atual.
> (...)
> Malgrado a hesitação dos Tribunais brasileiros, a reparabilidade do dano moral vem aldravando, há mais de meio século, a consciência de vários de seus maiores membros, de Pedro Lessa (votos na RF 37/201 e 24/473) a Orozimbo Nonato (RF 127/397), de Aguiar Dias (Respons. Civ. VII, nº 227 e segs. além de comentários na RF 107/397, etc.) ao atual Presidente do TJGB (RF 97/698).
> Na doutrina pátria, entre os nomes luminosos que proclamam a admissibilidade do ressarcimento do dano moral, figuram nada menos que Clovis, Filadelfo Azevedo, Pontes de Miranda, Espínola e outras estrêlas de primeira grandeza.
> Claro que a opinião dos juristas excelsos não vale, porque partem dêles, mas pelos argumentos convincentes que esposam.
>
> Sem qualquer propósito polemístico, impróprio do pronunciamento judiciário, inclino-me a crer que êsses mestres, quer de pretório, quer da cátedra, interpretam bem o direito federal quando, admitindo reparação do dano extrapatrimonial, se reportam ao direito de ação, não só por legítimo interêsse econômico, mas também moral, do art. 76 do C. Civil; ao preço da "Afeição" equivalente à coisa que já não existe do art. 1.543 do mesmo Código; à referência expressa a indenização de injúria ou calúnia (idem art. 1.547); ao dote da mulher agravada em sua honra se o culpado não quiser reparar o mal pelo casamento (art. 1.548); à remissão do art. 1.550 *in fine* ao art. 1.547, além de perdas e danos no caso de ofensa à liberdade pessoal; no arbitramento do dano nos casos de violência sexual ou ultraje ao pudor (id., art. 1.549); no dote à mulher "ainda capaz de casar", do art. 1.538, § 2º, que deve ser entendido como proteção àquela que não exerce nem tem aptidões para exercer profissão, pois o legislador não ignorava de 1902 a 1917 que muitas senhoras se entregavam a trabalho profissional, como se vê do art. 233, IV (autorização do marido para exercer profissão fora do lar) e até do Código Comercial de 1850 (art. 1º, nº 40). E se o C. Civ. não

distinguiu no art. 159, não deverá distinguir o intérprete. Nem distingue o art. 74, nº I, do Código Penal.

Tantas regras positivas excluem o caráter negativo que emprestam ao art. 1.537 do C. Civ., pelo princípio de que ao legislador não se deve imputar absurso, por entinômicos que pareçam dispositivos contemporâneos entre si ou cláusulas do mesmo dispositivo, como ocorre, p. ex., no art. 505 do mesmo Código.

E se o direito positivo não veda, parece-me, a reparação do dano moral, mas antes o permite e insinua nas disposições citadas, não oferece relevância a objeção costumeira, de aparente caráter ético, ou apenas prático, de que seria dificílima a avaliação da *pretium doloris* do desgôsto, do abatimento moral, aliás, com inevitáveis reflexos físicos, profissionais e econômicos, dos que têm direito a alegá-lo. Adoto a refutação de Aguiar Dias: equivalência, não se exige absoluta, perfeita, nem se confunde em igualdade entre reparação e dano. "O jurista já se dá por satisfeito, mesmo em relação ao dano patrimonial, em conseguir uma aproximação do estado ideal, que seria a restituição da vítima à situação anterior" (ob. cit., vol. II, 1ª ed., p. 304-5 e seg.).

Nisso, a posição do juiz é a mesma do homem d'Estado, que, na opinião geral, quando não pode fazer tudo que deve, deve fazer tudo que pode. A solução prática está clara e expressa no art. 1.553 do C. Civil: "Nos casos não previstos neste capítulo (liqüidação dos atos ilícitos) se fixará por arbitramento a indenização".
O direito comparado, mesmo nos países como o nosso, em que não há disposição expressa, vem acolhendo a reparabilidade do dano moral, até mesmo com liberalidades excessivas, como o caso da indenização concedida àquela dama parisiense impossibilitada de decotar-se durante dois meses e meio, e vitoriosa no Tribunal Civil do Sena, por decisão de 11.10.37 (Cas. Trib., 8.1.38 ou Rev. Trim. 1938, p. 250). Não há lei não não suscite abusos ou que não enseje, uma vez ou outra, um cochilo dos juízes.
(...)
O homem normal, que constitui família, não obedece apenas ao impulso fisiológico do sexo, mas busca satisfações espirituais e psicológicas, que o lar e os filhos proporcionam ao longo da vida e até pela impressão de que se perpetua nêles. Não é outra a razão da clientela dos médicos especializados na cura da esterilidade involuntária. Antes e depois do nascimento, como disse a sentença de fôlha, os filhos são fonte de despesa, em que se comprazem os pais, criando-os, tratando-os, vestindo-os e educando-os, para gozo das consolações que lhe trazem e trarão no futuro, não sendo contra o direito e a moral a esperança do amparo na velhice, quer pela assistência afetiva, quer mesmo pela alimentar. Se o responsável pelo homicídio lhes frustra a expectativa futura e a satisfação atual, deve reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto despenderam para um fim lícito malogrado pelo dolo ou culpa do ofensor. Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que se converteu em pura frustração pela culpa do réu. O patrimônio não são apenas coisas concretas, mas o acervo de todos os direitos que o titular dêle pode exercitar.
(...)
Indeniza-se a expectativa razoável, o direito potencial e susceptível de ser reconhecido ou não, como, p. ex., o direito potencial e susceptível de seu patrono, que perdeu o prazo, muito embora seja impossível profetizar-se se

> ganharia ou não o litígio. Por que não o pai que espera dos filhos tôdas as satisfações lícitas, não apenas alimentares, mas o cuidado e a solicitude nas moléstias e na velhice?
> Por essas razões, dou provimento ao recurso, para que aos Recorrentes se assegure a indenização que lhes fôr arbitrada, na forma do art. 1.553 do C. Civ., levando-se em vista sobretudo quanto, tomadas em consideração suas condições individuais, teriam, razoàvelmente, despendido com a criação e a educação dos menores, mais honorários e juros compostos desde a data do acidente (C. Civ., art. 1.544).

Após o erudito e longo voto do Ministro relator (deixei, por óbvio, de transcrever grande parte dele, onde havia citações de doutrina nacional e estrangeira, como, H. Lalou e seu *Traitè de Responsabilitè Civile*), colheu-se o voto do Ministro Adalício Nogueira, que acompanhou o relator, com a ressalva de que "a apreciação da questão do dano moral, que considero muito delicada, pode ser melhor debatida em outra oportunidade", pois considerava suficiente o argumento de que **haveria sim** expectativa de satisfações patrimoniais futuras indenizáveis ante a morte de filho menor, mesmo não devendo este último alimentos ao autor ou contruibuindo para a receita familiar. Entendia também suficiente o amparo legal do art. 1.553 CC para permitir o arbitramento do *quantum* indenizatório, sem ter de invocar – para a solução do caso concreto - a polêmica reparabilidade do dano puramente moral. Depois do Ministro Adalício Nogueira foi a vez do Min. Pedro Chaves, que pediu vistas do feito, adiando seu julgamento.

Retomado o julgamento em 14 de junho de 1966, com a apresentação do voto do Min.Pedro Chaves, de onde destaco os seguintes trechos importantes:

> **O Sr. Ministro Pedro Chaves**: Pedi vista dos autos após os votos dos eminentes Ministros Relator e Adalício Nogueira, conhecendo do recurso e provendo-o pelo mérito, sendo que o segundo acentuou restrições quanto aos fundamentos.
> (...)
> É principalmente na exegese do art. 1.537 que se funda a opinião daqueles que sustentam ter ficado a indenização nos casos de morte, circunscrita ao pagamento das despesas de tratamento, funeral e luto, e prestação de alimentos a quem o defunto os devia.
>
> *Data maxima venia* a restrição dessa interpretação é contra *legem* e contra a lógica judicial. Contra a lei, porque atenta contra o princípio da responsabilidade amplamente estatuído no art. 159. Contra a lógica judiciária, porque aplica simples preceito regulador da liquidação, em caso específico, como regra restritiva do direito mesmo a indenização, estabelecendo um conflito entre o mandamento geral e o texto peculiar. De tal forma de interpretação restritiva resultaria, a meu ver, o absurdo de um convite imoral àquele que fere, para levar avante o dano até a morte para diminuir a indenização. E isso resulta de que pela interpretação restritiva do art. 1.537 a reparação pela morte de quem não estivesse sujeito à obrigação

> de alimentar as despesas únicas de tratamento, funeral e luto, enquanto que pelo ferimento, o débito da responsabilidade seria lançado em várias rubricas, desde o mesmo tratamento, até lucros cessantes, multa criminal e pensão. Nem se pode afirmar como verdade absoluta que o C. Civil tenha excluído da reparação o dano moral, quando no art. 1.547, parágrafo único, na impossibilidade da prova de dano material pela injúria ou pela calúnia, a indenização consistirá no pagamento da multa criminal máxima e em dôbro. Não é preciso, a meu ver, apelar para a evolução do direito, para se concluir pela indenização do dano moral, bastando deixar que a jurisprudência caminhe na reapreciação dos textos existentes e os vitalize, valorize, atualize, através de interpretação construtiva que é a sua missão, dentro dos princípios consagrados pelo mesmo Código.
>
> A regra geral é a da responsabilidade plena. A restrição está aparada inadequadamente num preceito peculiar à liqüidação, que não deve ser tido como isolado, mas jungido aos princípios.
> (...)
> Por todos êsses argumentos, acho que não se pode negar aos pais indenização pela morte dos filhos, embora menores e improdutivos, porque na pessoa dos filhos além do afeto e do amor, podem os pais pobres, que com sacrifícios e pesados labores criam e educam, sustentam e alimentam, ver também para o futuro a garantia de sua velhice, o amparo da solidariedade familiar, transformada no eventual direito a alimentos, obrigação consagrada pela lei. Na impossibilidade de liquidar a obrigação na forma do art. 1.537, II, por se tratar de direito pendente de condições, faça-se a fixação da liquidação por arbitramento na forma do art. 1.553, como sugeriu o eminente relator, tendo-se em vista pelo menos aquilo que razoàvelmente teriam os pais despendido com os filhos até a data em que a fatalidade os colheu.

Este acórdão é considerado um *leading case* da alteração do entendimento jurisprudencial quanto aos danos morais no Brasil, porquanto tenha passado a ser citado em diversas outras decisões que pretendiam afrouxar o rigorismo interditório que se reconhecia até então na literalidade dos dispositivos acerca da **liquidação dos atos ilícitos**, em detrimento da *mens legis* direcionada para a ampla reparação de quaisquer danos, sem o *discrimem* tão rigoroso entre o patrimonial e o extrapatrimonial patrocinado pelos tribunais até então. Passou-se, a partir dessa flexibilização a entender, como disse literalmente Pedro Chaves em seu voto, "**a regra geral é a da responsabilidade plena**" e que se o Código fez alguma restrição à reparabilidade de alguma forma de dano, tal restrição "**está amparada inadequadamente num preceito peculiar à liquidação, que não deve ser tido como isolado, mas jungido aos princípios**".

Aos poucos a jurisprudência foi se pacificando no sentido da ampla reparabilidade do dano moral, mesmo que sem qualquer reflexo patrimonial, até que a Consituição Federal de 1988 veio a colocar a pá de cal de que se ressentiam os mais radicalmente legalistas

(rectius, literalistas), seguida pelo Código Civil de 2002, positivando com clareza meridiana a perfeita indistinção entre danos morais ou materiais para fins de responsabilidade civil.

CAPÍTULO 3 – DANO MORAL: CONCEITO E PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS

§ 36. Conceito de Dano Moral

Em trabalho interessante (artigo publicado em *civilistica.com* a discutir o dano moral nas relações de trabalho)[327], Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho foi felicíssimo em sintetizar e descrever as diferentes correntes doutrinárias a digladiarem-se pela primazia na conceituação do **dano moral**. Sua síntese foi, depois, usada também por Maria Celina Bodin de Moraes em seu primoroso Danos à Pessoa Humana[328]. Reconheceu o autor, basicamente, três grandes vertentes teóricas de maior vulto a se ocupar da tarefa de conceituar o dano moral: 1) aqueles que o conceituam por exclusão, como o que não é patrimonial; 2) aqueles que o definem por ser lesão a um determinado bem jurídico que é extrapatrimonial (*correntes objetivas*), subdividindo-se essa vertente em três "sub-teorias objetivas" a depender do bem da vida que acreditam ser objeto dessa lesão/proteção (a. direitos da personalidade, b. patrimônio ideal ou c. dignidade da pessoa humana) e 3) aqueles que levam em conta o efeito extrapatrimonial causado na pessoa do ofendido, não importando a natureza do bem atingido (*correntes subjetivas*).

§ 37. Dano Moral por exclusão

Ao tentar conceituar o dano moral, a maioria dos autores, no início, socorreu-se da técnica de formular o "contraconceito", ou seja, a operação negativa a partir da ideia de dano material. Este último, indisputavelmente, é aquele dano que altera desfavoravelmente o quadrante patrimonial da esfera jurídica de alguém, ou seja, aquele resultado desfavorável que suprime valor do patrimônio (dano emergente) ou que nele impede o ingresso de outros valores (lucros cessantes).

---

[327] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *O conceito de dano moral nas relações de trabalho*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan-jun/2014. Disponível em: http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/> acessado em 10 de agosto de 2017

[328] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2017

Esta foi, inclusive, a posição doutrinária adotada pelos ordenamentos jurídicos, por exemplo, italiano – artigo 2.059 do C. Civil Italiano de 1942 – e português – Código Civil Português de 1967.

Assim, juristas importantes formularam conceitos de dano moral que, praticamente, cingiam-se à negação da natureza patrimonial. Para Silvio Rodrigues[329] "diz-se que o dano é moral quando o prejuízo experimentado pela vítima não repercute na órbita de seu patrimônio. É a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, mas que não envolve prejuízo material". Do mesmo modo, José de Aguiar Dias[330] diz que "quando ao dano não correspondem as características do *dano patrimonial*, dizemos que estamos em presença do dano moral". Ou ainda, para o grande Pontes de Miranda[331] "dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não-patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio". Para Maria Helena Diniz[332] o dano moral é "lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo".

Também a professora Teresa Ancona Lopez[333] ensina que "a definição de dano moral tem que ser dada sempre em contraposição a dano material, sendo este o que lesa bens apreciáveis pecuniariamente e aquele, ao contrário, o prejuízo a bens ou valores que não têm conteúdo econômico". É certo, no entanto, que na terceira edição (revista, ampliada e atualizada com o Código Civil de 2002) de seu pioneiro "O Dano Estético", a jurista acrescenta elementos conceituais importantes como a divisão dos danos morais em três diferentes espécies: a) *danos morais objetivos* (que ofendem os direitos da pessoa tanto no seu aspecto privado, ou seja no seus direitos da personalidade [direito à integridade física, ao corpo, ao nome, à honra, ao segredo, à intimidade, à própria imagem], quanto no seu aspecto público [vida, liberdade, trabalho], assim como nos direitos de família); b) *danos morais subjetivos* (seria o pretium doloris, efetivamente, ou seja, o sofrimento anímico após atingimento dos valores mais íntimos e afeições da vítima) e c) *danos morais à imagem social*

---

[329] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 4, p. 32

[330] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1987, p. 852

[331] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30

[332] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23ª ed., São Paulo: Saraiva. 2009, vol. 7, p. 90

[333] MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético (responsabilidade civil)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 7

(abalo na aceitação social da vítima da ofensa, quer à sua "imagem-retrato" quer à sua "imagem-atributo")[334].

Inocêncio Galvão Telles[335], jurista português, diz que dano moral são aqueles prejuízos "que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu acréscimo. O patrimõnio não é afectado: nem passa a valer menos nem deixa de valer mais. Há a ofensa de bens de caráter imaterial – desprovidos de conteúdo econômico, insusceptíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens como a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. **A ofensa objectiva desses bens tem, em regra**, um reflexo subjectivo na vítima, **traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral**" (grifos nossos).

Arnoldo Medeiros da Fonseca[336]afirma que "dano moral, na esfera do direito, é todo sofrimento resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico".

Na América Latina, tem-se a opinião do jurista chileno Fueyo Laneri[337] para quem "o denominado dano moral é aquele que consiste na agressão a algum dos direitos extrapatrimoniais ou de famíia, propriamente tal e que autoriza a demandar uma indenização satisfativa que o juiz fixará conforme a equidade". Ou ainda os argentinos Bueres[338], para quem se trata do menoscabo ou perda de um bem "no sentido amplo que irroga uma lesão a um interesse amparado pelo direito, de natureza extrapatrimonial". Ainda entre os argentinos, afirma Lloveras de Resk[339] que "o dano moral é uma lesão de caráter não patrimonial, consequência de um ato contrário ao direito" e Ruth Inés Díaz[340]: "haverá dano moral quando

---

[334] LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético. Responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2004, 3ª ed.

[335] TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 375

[336] FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. v. 14, 11ª ed., CARVALHO SANTOS, J.M. (coord.), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 242

[337] LANERI, Fueyo. *El daño extrapatrimonial y su indemnización especialmente en materia contratual*. Santiago de Chile, 1966, *apud* VENTURINI, Beatriz, *opus cit*. Tradução livre de: *el denominado daño moral es aquel que consiste en la agresión a alguno de los derechos extrapatrimoniales o de família, propiamente tal y que autoriza para demandar una indemnización satisfactiva que el juez fijará conforme a equidad*.

[338] Idem. Tradução livre de: *en el sentido amplio que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza extrapatrimonial*

[339] Idem ibidem. Tradução livre de: *el daño moral es una lesión de carácter no patrimonial, consecuencia de un acto contrario a derecho*

[340] Idem ibidem. Tradução livre de: *habrá daño moral cuando la lesión no signifique detrimento patrimonial afectándose al sujeto de derecho en su honor, seguridad, valores afectivos o en el goce de sus bienes*

a lesão não signifique detrimento patrimonial afetando-se ao sujeito de direito em sua honra, segurança, valores afetivos ou no gozo de seus bens".

Também na doutrina italiana, era voz corrente a elaboração do "contraconceito" ou do "conceito por exclusão" do dano moral, como se vê em Benucci[341]que afirma que o dano moral é aquele "que nem indiretamente se traduz numa diminuição patrimonial".

Nesta mesma esteira seguia a antiga doutrina francesa, tomando-se, por todos, Henry Lalou[342] para quem o dano não é mais do que uma lesão a um direito e estes, por seu turno, de subdividem em patrimoniais e extrapatrimoniais.

§ 38. Dano Moral: Corrente Objetiva

Têm em comum tais teorias o fato de distanciarem-se da ideia de dor ou sofrimento, o que contempla duas importantes críticas que eram bastante comuns à teoria subjetivista: a) impedia a explicação do fenômeno do dano moral de pessoa jurídica ou de pessoa privada de consciência e b) impossibilidade de aferição da **real** ocorrência do sofrimento no recôndito do espírito da vítima. Estas correntes objetivas partem da ideia de simples ocorrência de uma lesão sofrida pela vítima sobre um determinado bem da vida, **extrapatrimonial**, o que caracterizaria o **dano moral** *ipso facto*, independentemente da produção de qualquer outra prova que não a da ocorrência do fato lesivo.

Tais correntes de pensamento, portanto, desviam sua atenção para o objeto do dano e não para a pessoa lesada pela conduta ilícita. O único ponto a ser observado, como se verá adiante, é qual o objeto que deve ser o protagonista desta análise. Será o objeto do ataque (dano-evento) ou será o objeto da repercussão negativa desse ataque (dano-prejuízo)?

Alfredo Orgaz[343] critica a posição dos que defendem, como Fischer, que a distinção entre dano moral e dano material resida na natureza do direito objeto do ataque

---

[341] *BENUCCI, Eduardo. La responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1955, p. 54. Tradução livre* de: "*che neppure indiretamente si traduce in una diminuzione patrimoniale*".

[342] LALOU, Henry, *Traité Practique de la responsabilité civile*. Paris, 1949, p. 101

[343] ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible (actos ilícitos).* Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, p. 222. Tradução livre de: *a) Para unos, la distinción entre el daño material y el moral depende estrechamente de la naturaleza de los derechos lesionados: si el acto ilícito ha vulnerado un derecho no patrimonial, el daño es moral. De esta suerte, vgr., los ataques a la integridad corporal o a la salud de las personas – que se sindican como derechos no patrimoniales -, producen siempre exclusivamente daños morales, 'aunque estas lesiones puedan trascender al patrimonio del interessado o sus familiares – produciéndoles, por ej., pérdida de jornales, o dificultando la subsistencia y desenvolvimiento de sus deudos, en caso de muerte – pero esto no altera su carácter primordialmente inmaterial' (Fischer). Por consiguiente, la lesión a un derecho o bién jurídico determinado no puede producir ambas clases de daños, sino solamente la que corresponda a la naturaleza,*

injusto. Para ele o **objeto** da lesão não é o ponto fulcral para tal definição, mas sim o locus da **repercussão** dessa lesão (o dano-evento em contraposição ao dano-prejuízo, como veremos mais adiante). Para ele, em trecho que peço licença para aqui transcrever, em face de sua meridiana clareza:

> a) Para alguns, a distinção entre o dano material e o moral depende intimamente da natureza dos direitos lesados: se o ato ilícito vulnerou um direito não patrimonial, o dano é moral. Dessa forma, por exemplo, os ataques à integridade física ou à saúde das pessoas – que se protegem como direitos não patrimoniais -, produzem sempre exclusivamente danos morais, 'ainda que estas lesões possam desbordar para o patrimônio do interessado ou para o de seus familiares – produzindo-lhes , por exemplo, perda de dias de trabalho, ou dificultando sua subsistência e desenvolvimento de seus parentes em caso de morte da vítima – porém isto não altera seu caráter primordialmente imaterial' (Fischer). Por conseguinte, a lesão a um direito ou bem jurídico determinado não pode produzir ambas as categorias de danos, mas apenas aquela que corresponda à natureza, patrimonial ou não, do direito respectivo.
> Em rigor, os autores que seguem esta orientação falam de dano em sentido amplo, de *iniuria*, a que antes havíamos nos referido, e levam em consideração, portanto, a própria lesão ao direito, mais do que as consequências ou efeitos desta lesão.
> b) A outra parte da doutrina não funda esta distinção sobre a índole dos direitos afetados, mas sim sobre a repercussão da ação antijurídica: se esta ocasiona un menoscabo no patrimônio, seja em sua existência atual, seja en suas possibilidades futuras, se terá um dano material ou patrimonial, qualquer que seja a natureza, patrimonial ou não, do direito lesado; e, se nenhum efeito tem sobre o patrimônio, mas faz sofrer a pessoa em seus interesses morais tutelados pela lei, tem-se um dano moral ou não patrimonial.
> Esta segunda acepção é, a nosso juízo, a correta porque toma como base o conceito especial de 'dano', que é o único que interessa aos fins de ressarcimento. Realmente, se o que se quer classificar é o dano ressarcível, não há porque levar em consideração a natureza dos direitos lesados, mas sim a do dano em si mesmo, vale dizer, a dos efeitos ou consequências da lesão.

---

patrimonial o no, del respectivo derecho. En rigor, los autores que siguen esta orientación hablan de daño en el sentido amplio de iniuria, a que antes nos hemos referido, y atienden, por tanto, a la lesión misma del derecho antes que a las consecuencias o efectos de esta lesión. b) La otra parte de la doctrina no funda esta distinción sobre la índole de los derechos afectados, sino sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica: si esta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, sea en su existencia actual, sea en sus possibilidades futuras, se tiene el daño material o patrimonial, cualquiera sea la naturaleza, patrimonial o no, del derecho lesionado; y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial. Esta segunda acepción es, a nuestro juicio, la correcta porque toma como base el concepto especial de 'daño', que es el único que interesa a los fines de resarcimiento. Realmente, si lo que se quiere clasificar es el daño resarcible, no hay por qué atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los efectos o consecuencias de la lesión.

Seja como for, deixando temporariamente de lado a discussão quanto ao objeto que irá determinar a natureza moral do dano – se o bem da vida atacado pela conduta ilícita ou se o bem tutelado a sofrer com a repercussão deste ataque – temos que são estas abaixo as correntes objetivas:

38.1 Lesão a direito da personalidade

Esta "subteoria" da corrente objetiva defende que o **dano moral** se caracteriza pela lesão a qualquer dos direitos da personalidade, tendo esta ideia como corolários as seguintes constatações: (i) qualquer afronta aos inúmeros (e em *numerus apertus*) direitos da personalidade teriam o condão de causar dano moral e (ii) ficaria afastada a ocorrência de dano moral para além das hipóteses em que resulte malferido algum direito da personalidade.

Monteiro Filho, no artigo citado acima, traz a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo[344] que afirma enfaticamente inexistirem hipóteses outras de dano moral além das violações aos direitos da personalidade. Afirma Paulo Lôbo que todos os casos de dano moral julgados pelos tribunais brasileiros são suscetíveis de ser enquadrados em um ou mais de um tipo de violação a direito da personalidade. Diz o autor: "O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial... Direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade".

Talvez seja o professor Carlos Alberto Bittar um dos maiores defensores dessa corrente de pensar, tendo sempre defendido enfaticamente a íntima relação entre o conceito de dano moral e a infringência aos direitos da personalidade. Dizia o professor que "qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)".

---

[344] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*, *in* RTDC vol. 6, abr-jun/2001, p.95

Mais adiante, amparando-se da doutrina de Larenz, que cita em elucidativa nota de rodapé, o autor adere explicitamente à corrente da "lesão à personalidade" ao escrever, *verbis*: [345]

> São, no fundo, reações na personalidade do lesado a agressões ou a estímulos negativos recebidos do meio ambiente através da ação de terceiros, que atinjam seus bens vitais, no dizer de Larenz.
>
> 43. Descreve Larenz como dano "o menoscabo que em consequência de uma ocorrência ou evento determinado sofre uma pessoa, seja em seus bens vitais naturais , seja em sua propriedade ou em seu patrimônio" (o. cit., p. 193), distribuído em: material "o que pode originar-se diretamente em forma de privação, destruição, menoscabo ou deterioração de um *bem patrimonial*, ou indiretamente, por exemplo, na forma de lucros cessantes, ou de imposição de gastos necessários por conta do dano sofrido", e imaterial, "o dano direto que alguém sofra em um bem da vida (como a saúde, o bem-estar corporal, a liberdade, a honra), que não possa ser avaliado em bens patrimoniais"

Assim, era Carlos Alberto Bittar da opinião de que os danos morais, no plano dos fatos, exsurgem como lesões às esferas da **personalidade humana** situadas no âmbito do ser "como entidade pensante, reagente e atuante nas interações sociais"[346]. Entendia que ao se analisar a categoria jurídica dos danos morais, encontrar-se-ia em seu âmago "a antinomia a atributos personalíssimos reconhecidos aos titulares de direitos", pois teriam sempre caráter atentatório à personalidade, configurando-se através de lesões a elementos essenciais da individualidade.

Também Alfredo Minozzi, no seu clássico "*Studio Sul Danno non Patrimoniale"*, de 1909, já dizia em página de raras clareza e erudição:

> O conceito de dano moral existiu, portanto, desde sempre, não foi estranho às mais diversas civilizações, nem foi jamais esquecido por nenhum ordenamento. Inseparável do conceito da personalidade humana, a sua origem reside na natural reação que opomos contra a ofensa, seja que cause dor ao corpo, modifique a beleza, perturbe a paz, seja a que lese a honra,

---

[345] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1994, p. 41. Tradução livre de: "*el menoscabo que a consecuencia de un acaecimento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales ya en su propriedad o en su patrimonio" (o. cit., p. 193)... "el que puede originarse diretamente en forma de privación, destrucción, menoscabo o deterioro de un bien patrimonial, o indirectamente, p. ej., en forma de perdida de adquisiciones o de ganancia, o de causación de gastos necesarios originados por el daño", ... "el daño directo que alguén sufra en un bien de la vida (como la salud, el bienestar corporal, la libertad, el honor), que no puede ser valorado en bienes patrimoniales"*.

[346] Ou, como queriam os irmãos Mazeaud, como atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade. Referem-se às duas categorias de danos como, de um lado, "*ceux qui atteingnent un individu dans son honneur, as réputation, sa consideratión*", e, de outro, "*ceux qui atteingnent la partie affective du patrimoine moral*", ou que "*frappent um individu dans ses affections*", como "*la douleur éprouveé du fait du décés d'une personne que vous est chère*". MAZEAUD et MAZEAUD*, Leçons de Droit Civil*, *apud* BITTAR *opus cit*., p. 42

> obscureça a estima, comprometa a felicidade. É o conceito da personalidade com suas necessidades, com os seus direitos, que prospecta o fundamento do dano moral; quanto mais o conceito da personalidade se elevou e mais preciso e extenso se tornou o conceito de dano em geral, mais perfeito e humano o modo de ressarci-lo: a vingança e o talião do passado se transformaram em compensações e indenizações por força da civilização.[347]

Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, em seu já clássico "Direito Geral da Personalidade"[348] deixa clara sua adesão à corrente de pensamento que entende os danos morais como atentados à personalidade humana quando diz: "dado que a personalidade humana do lesado não integra propriamente o seu patrimônio, acontece que da violação da sua personalidade emergem directa e principalmente *danos não patrimoniais* ou *morais*, isto é, prejuízos de interesses de ordem biológica, espiritual, ideal ou moral, não patrimonial, que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, apenas podem ser *compensados*, que não exatamente indemnizados, com a obrigação pecuniária imposta ao agente".

Entre nós, Arnoldo Wald[349] escreveu que o "dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível a cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral".

38.2 Lesão ao patrimônio ideal

Doutrina inaugural dessa "subteoria" da corrente objetiva é a de Wilson Melo da Silva[350]em sua obra clássica e obrigatória para quem desejar estudar o fenômeno da mitigação do dano moral no Brasil, onde conceitua danos morais como "lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio

---

[347] MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*. Milano: S.E.L., 1909, p. 240. Tradução livre de: "*Il concetto del danno morale è dunque esistito in tutti i tempi, non è stato estraneo alle diverse civilittà, nè è stato mai dimenticato da nessuna legislazione. Inseparabile dal concetto della personalità umana, la sua origine risiede nella naturale reazione che opponiamo contro l'offesa, sia che addolari il corpo, modifichi la bellezza, turbi la pace, sia che leda l'onore, oscuri la stima, comprometa la felicità. È il concetto della personalità coi suoi bisogni, coi suoi diritti, che prospetta il fondamento del danno morale; più il concetto della personalità si è elevato, più squisito ed esteso è divenuto il concetto di danno in generale, più perfetto ed umano il modo di resarcirlo: vendetta e taglione di un tempo si sono transformati in compensazioni ed indemnità pecuniarie per opera della civilità*"

[348] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *Direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 458

[349] WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1989, v. 2, p. 407

[350] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 11

ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico". (grifos nossos)

Como componentes desse patrimônio ideal, apenas à guisa de exemplo – e ressaltando o fato de tratar-se de rol meramente exemplificativo – o autor elencava a honra, o decoro, a paz interior, as crenças íntimas, os sentimentos de afeto de toda a espécie, a liberdade, a vida e a integridade física. E prossegue trazendo o histórico da doutrina clássica europeia – em especial italiana, francesa e alemã – quanto ao embate entre os **negacionistas** e os **defensores** da reparabilidade do dano moral. Curiosa a assertiva de Giovanni Lomonaco[351]que ao reafirmar a imoralidade do *pretium doloris*, chega a afirmar que: "mas falar em ressarcimento da dor, repetâmo-lo, é o mesmo que profanar a dor, que é santa, que é a severa educadora dos homens".

Os opositores da formulação pioneiramente formulada entre nós por Wilson Melo da Silva criticaram a ideia de ele referir-se a "patrimônio" ideal, como algo "extrapatrimonial" ou "moral" apontando uma insanável contradição em termos. Mas tal crítica não subsiste e não passa de filigrana léxica, pois já de há muito na doutrina estrangeira vinha se utilizando o conceito de "**patrimônio afetivo**" ou "**patrimônio moral**".

A convalidar essa linha de pensamento, segue o magistério de Yussef Said Cahali[352] em sua importante monografia sobre o dano moral, num trecho em que cita o italiano Dalmartello (*Danni morali contrattuali*. Riv. Dir. Civ., 1933, p. 55): "parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, 'como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a 'parte social do patrimônio moral' (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)".

---

[351] LOMONACO, Giovanni. *Istituizioni di diritto civile italiano*. Milano: Giuffrè, 1894, v. III, p. 129. Tradução livre de: "*ma parlare di risarcimento del dolore, lo ripetiamo, vale lo stesso che profanare il dolore, che è santo, che è il severo educatore degli uomini*"

[352] CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20

Embora não concordemos com a ideia de que cicatriz deformante etc. (dano estético) sejam casos de **dano moral que provoca, direta ou indiretamente, dano patrimonial**, concepção equivocada que atribuimos à época de formulação do raciocínio (Dalmartello publicou o texto, segundo Cahali, em 1933), me parece interessantíssima a solução de **reconhecer um patrimônio moral** (ou **patrimônio afetivo**) da pessoa humana, que agregue seus sentimentos e afeições e que possa ser diminuído pela exposição à dor e à tristeza ou **recompensado** pela possibilidade de gozar de uma alegria proporcional ao agravo sofrido.

Cinquenta e seis anos depois do conceito formulado entre nós por Wilson Melo da Silva (1955), o Projeto de Lei nº 523/2011 – que hoje tramita pelo Congresso Nacional – adotou aquele conceito com pequenas alterações: (i) substituindo a locução "patrimônio ideal" por "patrimônio moral" e (ii) contemplando as pessoas jurídicas, à época propositalmente afastadas pelo autor da possibilidade de ver-se reparadas por danos morais. Diz o art. 1º do referido Projeto de Lei: "constitui dano moral a lesão ao patrimônio moral da pessoa natural e da pessoa jurídica".

38.3 Lesão à dignidade humana

A terceira das "subteorias" da corrente objetiva é a que defende ser o dano moral todo o ataque à dignidade humana, por ser esta um **princípio constitucional fundante** que, por isso, uma vez violada, ocasiona o dano *in re ipsa* a merecer a reparação.

Voltamos com a dignidade da pessoa humana ao problema de atrelarmo-nos a conceitos de abertura e indeterminação demasiadas e que dependem de extenuante trabalho dos operadores do Direito para conferir-lhe alguma objetividade. Em saborosíssima passagem de seu artigo "Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana"[353], Antonio Junqueira de Azevedo resumiu perfeitamente a questão ao dizer que "o direito do séc. XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o séc. XX se livrou do vazio do 'bando dos quatro' – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público – preenchendo-os pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, que surge, agora, no séc. XXI, problema idêntico com a expressão 'dignidade da pessoa humana'!".

---

[353] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, in RTDC, ano 2, vol 9, jan/mar 2002

No Brasil, dois autores, principalmente, ocupam-se da defesa mais bem fundamentada dessa "subteoria". Sérgio Cavalieri Filho[354] e Maria Celina Bodin de Moraes[355]são os principais defensores dessa vertente de pensamento sobre o conceito e a natureza jurídica dos danos morais, embora divirjam num ponto específico, pois o primeiro defende a existência de um **direito subjetivo constitucional à dignidade**, com o que não concorda a segunda.

Para Cavalieri Filho todos os conceitos tradicionais de dano moral, formulados anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, terão de ser revistos porquanto a atual Carta tenha colocado "o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos". Assim, ao estatuir, logo no início, em seu art. 1º, III, a **dignidade humana** como um dos **fundamentos** do nosso Estado, a Constituição criou um **direito subjetivo constitucional à dignidade** que passou a ser o fundamento de todos os valores morais do homem e a base jurídica para todos os direitos da pessoa humana. A intimidade, a honra, a vida privada e a imagem, por exemplo, (protegidas no art. 5º, V e X) seriam corolário desse direito subjetivo à dignidade e, por isso, ensejariam a plena reparação do dano moral no caso de sua violação.

O autor, ao formular o conceito do instituto, portanto, diz, *verbis*: "À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em ***sentido estrito***, dano moral é violação do direito à dignidade".

No entanto, mais à frente adverte:

> Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria, incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis, resulta daí que o dano moral, em ***sentido amplo***, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

---

[354] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed., São Paulo: Ed. Atlas S/A. 2007

[355] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2ª ed. revista. Rio de Janeiro: Ed. Processo. 2017

O conceito antigo de dano moral como sendo a dor ou o sofrimento experimentado pela vítima tornavam impossível em algumas hipóteses reconhecer o dano moral aos amentais (pessoas sem consciência por doença mentalmente incapacitante ou em estado transitório de inconsciência) ou às pessoas jurídicas. A subdivisão proposta pelo conceito acima transcrito, segundo o autor, abarcaria esses dois grupos, porquanto (i) mesmo os privados de consciência terão sempre seu "direito subjetivo constitucional à dignidade humana", que, uma vez violado causaria **dano moral em sentido estrito** e (ii) as pessoas jurídicas têm seus direitos de personalidade que, se atacados, revelaria **dano moral em sentido amplo**.

Já para Maria Celina Bodin de Moraes[356]a **dignidade humana** é o princípio constitucional **fundamental** - portanto hierarquicamente superior aos demais - e que tem como aspectos componentes os princípios da *igualdade*, da *integridade psicofísica*, da *liberdade* e da *solidariedade* e **"constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana"**. "Circunstâncias que atinjam a pessoa em sua condição humana, que neguem essa sua qualidade, serão automaticamente consideradas violadoras de sua personalidade e, se concretizadas, causadoras de dano moral a ser reparado".[357]

A imprestabilidade dessa teoria para a definição do conteúdo do dano moral – com o máximo respeito àqueles que a defendem, pois o fazem com muita erudição e com argumentos sedutores – está, ao nosso sentir, na própria supremacia que emprestam ao conceito (ainda que não encontre suficiente delimitação e contornos precisos) da dignidade da pessoa humana os seus defensores. Tomem-se, por exemplo, as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes[358], para quem:

> A distinção só poderá ser feita com base no princípio da dignidade humana como critério para tal salvaguarda. O que quer que possa, ou deva, ser reconduzido às instâncias primárias de liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade, ou de todo e qualquer direito da personalidade, merece a especial tutela do sistema jurídico. Aliás, a propósito, foi muito bem acentuado que, enquanto o princípio da dignidade humana deve servir como base para a apreciação (substancial) na ponderação dos interesses em conflito, a dignidade da pessoa humana, sendo um fim e não um meio, **não se sujeita a ponderações**. Se assim é, **tampouco subordina-se a circunstâncias atenuantes ou excludentes, a relativizações de qualquer**

---

[356] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2ª ed. revista. Rio de Janeiro: Ed. Processo. 2017

[357] Idem, p. 327

[358] Idem, p. 303

> **tipo, cabendo-lhe a predominância onde quer que se manifeste**. (grifos nossos)

Ora, se apenas a vulneração da dignidade da pessoa humana gera dano moral e se a dignidade da pessoa humana não se submete a ponderações; o objeto do presente estudo, vale dizer, o conflito entre o exercício da liberdade de expressão e manifestação do pensamento (que é também parte da personalidade) e a honra, a imagem, e a privacidade **não poderiam jamais resultar numa situação de mitigação de dano moral**, pois a ponderação entre esses direitos contrapostos se impõe no caso concreto e, portanto, para essa teoria sob comento, não se estaria falando de dignidade da pessoa humana. Assim, quer nos parecer, *data venia*, que a teoria peca por imprecisão no conceito-chave que é o da dignidade e por imoderação no estabelecimento dessa supremacia absoluta, o que o faz impróprio para protagonizar a conceituação de dano moral.

Uma vez fundada toda ela no princípio da dignidade humana, a teoria encampada por maria Celina Bodin de Moraes não poderia contemplar as pessoas jurídicas, vez que despidas estas de "humanidade", embora dotadas de "personalidade". Ocorre que já é cediça a ampla reparabilidade dos danos morais para as pessoas jurídicas tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras, tendo sido, inclusive, editada a Súmula 227 do STJ que diz, singelamente, "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Nas conclusões de sua Tese vencedora no Concurso de Titularidade da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, depois transformada na obra aqui já acima citada, a autora, sobre as pessoas jurídicas diz que:

> 6. Quanto às pessoas jurídicas, o dano extrapatrimonial que lhes seja causado não poderá ter o mesmo fundamento nem a mesma medida que o dano sofrido pelas pessoas humanas, já que a tutela da dignidade constitucional somente protege estas últimas. Para a proteção das pessoas jurídicas, contudo, entrevê-se a possibilidade de delinear um tipo de prejuízo que se poderia chamar de "DANO INSTITUCIONAL". Em contraposição ao dano moral, este teria como características mais visíveis a necessidade de comprovação objetiva da potencialidade do dano e a possibilidade de consideração das condições econômicas da vítima como critério de fixação da reparação.

Emprestando suas erudição e inteligência incomuns ao estudo do tema, o Professor Antonio Junqueira de Azevedo formulou a sua tentativa de conferir alguma

objetividade e balizamento material a este conceito fluido da dignidade da pessoa humana e o fez nos termos seguintes[359]:

> É patente, pois, a insuficiência teórica da concepção da pessoa humana como ser autoconsciente, racional e capaz de querer. Fundamentar toda a nossa dignidade numa "autonomia" individual, que, além de duvidosa *in concreto*, não é evidentemente absoluta e acaba sendo vista como "qualidade de vida" a ser decidida subjetivamente, não basta. (...) A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto, conforme veremos adiante, é um preceito jurídico absoluto; é um *imperativo jurídico categórico*. Em seguida, numa ordem lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como consequência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais).

O grande problema do atrelamento do conceito de dano moral ao malferimento da dignidade da pessoa humana é a excessiva abertura desse último conceito, uma noção de altíssima fluidez e um princípio de difícil concretização pragmática no momento de se aplicar a norma ao caso concreto. O uso indiscriminado do princípio fundante da dignidade da pessoa humana na planície da aplicação prática das normas aos fatos do cotidiano, ou seja, da subsunção, pode resultar na sua banalização como um vazio conceitual onde "tudo-nada cabe"[360]. Anderson Schreiber, em seu "Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil"[361] reputa insuficiente a simples alusão à dignidade humana e aduz que "se, por um lado, a seleção dos interesses merecedores de tutela não pode, especialmente no que diz respeito às lesões da personalidade, ser guiada por categorias rígidas pré-estipuladas pelo legislador, claro está que tampouco pode tal seleção operar-se à luz da simples referência nominal ao valor constitucional da dignidade humana. O caráter extremamente aberto do comando de tutela da personalidade, como incorporado, hoje, pela esmagadora maioria das Constituições, afasta uma utilidade concreta definitiva que pudesse se lhe atribuir como critério selecionador dos danos ressarcíveis".

---

[359] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, *in* RTDC, ano 2, vol 9, jan/mar 2002

[360] Parafraseando Gilberto Gil em sua composição Metáfora: "Na lata do poeta tudo-nada cabe, pois ao poeta cabe fazer, com que na lata venha a caber o incabível".

[361] SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 126

Mais adiante, prossegue o professor Schreiber em sua argumentação para concluir que nem o recurso à cláusula geral da dignidade da pessoa humana nem às suas especificações (tentativas de especificações, diria eu) conceituais mais comuns têm se mostrado eficientes na delimitação de quais as hipóteses fáticas de proteção contra o dano moral. Ao contrário da intenção de disciplinar a tutela da personalidade, esse recurso direto ao princípio constitucional da dignidade, para o autor, pode resultar "na banalização justamente daquilo que mais se pretende proteger, de forma semelhante ao que começa a ocorrer no direito brasileiro com a boa-fé objetiva".

Ingo Wolfgang Sarlet[362], em trecho também citado por Schreiber, contribui sobremaneira para a investigação sobre ser ou não apropriado o recurso direto à dignidade humana e sobre a compreensão de seu âmbito prático de proteção, quando aduz que:

> Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.

§ 39. Dano Moral: Corrente Subjetiva

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho[363] propõe um conceito valioso por sua simplicidade e pelo seu poder de síntese. Diz ele que "pode-se conceituar, simplesmente então, o dano moral como a dor em função de conduta contrária ao direito, ou, tecnicamente, como o **efeito moral da lesão a interesse juridicamente protegido**."

Também aderindo à corrente subjetiva tem-se a opinião de Artur Oscar Oliveira Deda[364], para quem o dano moral é "a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação, como a denomina

---

[362] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38-39

[363] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 40

[364] DEDA, Artur Oscar Oliveira. *Dano moral (reparação) in Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 22, p. 281

Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material".

Augusto Arruda[365], também partidário dessa corrente majoritária tece conceito em que também imbrica as ideias da bipartição do dano entre o fato-causa e o fato-efeito – que veremos adiante – e de extrapatrimonialidade como requisito: "todo ato contrário ao Direito, do qual resulte um fato (*fato-causa*) que comprometa a *integridade psíquica* do indivíduo, trazendo-lhe alguma forma de infelicidade (não prazer), ainda que transitória no tempo, fazendo, dessa forma, com que a referida integridade deixe de ser o que era (*fato-efeito*), e sem causar *prejuízo* de ordem econômica, deve ser entendido como um dano moral puro".

A Teoria Subjetiva do Dano Moral o reconhece como a dor ou o sofrimento causado em alguém como resultado extrapatrimonial da lesão a um direito protegido seu, pouco importando a natureza desse bem da vida protegido, se patrimonial ou extrapatrimonial. As pessoas teriam um arcabouço espiritual que agrega seus sentimentos e afeições e que pode ser diminuído pela exposição à dor e à tristeza ou **recompensado** pela possibilidade de gozar de uma alegria proporcional ao agravo sofrido.

Aliás, já em 1913, este era o caminho trilhado pelo Ministro Pedro Lessa – citado por Antonio Chaves[366] - na tentativa de superar a dificuldade na apuração exata da ocorrência e da extensão do dano moral, sugerindo que ao ofendido se devesse entregar uma soma em dinheiro que, embora não pudesse torna-lo indene da dor experimentada, nem representar um perfeito ressarcimento, representaria uma compensação que possibilitaria à vítima "**o gozo de outros confortos, próprios para compensar a perda sofrida ou torná-la menos sensível e dolorosa**".

É exatamente esta a mecânica da mitigação que a teoria subjetiva entende como necessária para diminuir os danos morais experimentados quando alguém em conduta contrária ao Direito, lesionar direitos da personalidade de outrem causando efeitos extrapatrimoniais de menoscabo afetivo/anímico. Se entendermos os danos morais como o resultado (dor, sofrimento) proveniente da lesão experimentada sobre um bem da vida tutelado pelo direito, este será o mecanismo de reconhecimento e mitigação dos danos morais.

---

[365] ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999, p. 30

[366] CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

Muito interessante é a discussão trazida por Pizarro[367], forte nas lições de Alfredo Orgaz, Zavala de Gonzáles, Mosset Iturraspe, Bustamante Alsina *et alteram*, quando desenvolve todo um raciocínio que conduz à necessidade de se utilizar a mesma técnica exegética para construir a definição de dano patrimonial e de dano moral, dado "que dano é sempre um resultado desvalioso, um menoscabo, derivado da lesão a um direito, ou a um interesse juridicamente protegido, ou a um simples interesse não-ilegítimo". Afirma o autor:

> 1 – O dano patrimonial: No âmbito patrimonial, o dano ressarcível não é a lesão a um direito dessa natureza, ou a um interesse de índole patrimonial que é pressuposto daquele, senão o detrimento de valores econômicos ou patrimoniais que se produz a partir dessa lesão. Por tal motivo, quando se prejudica o patrimônio de uma pessoa, seja em seus elementos atuais, seja em suas possibilidades normais, futuras e previsíveis, estaremos diante de um dano patrimonial.
> 2 – A noção de dano moral: Bem, para que se possa formular um conceito de dano moral, ter-se-á de adotar um critério diferente? A resposta negativa parece que se impõe. Numa e noutra hipóteses o dano ressarcível é sempre uma consequência desvaliosa, um menoscabo. Portanto a essência de uma e de outra forma de detrimento deve ser buscada levando-se em conta as repercussões que a ação lesiva produz.
> Tudo isso nos leva a pensar que não parece adequado definir o dano moral ressarcível como uma lesão a um direito extrapatrimonial, ou a um interesse legitimamente protegido, ou a um interesse não-patrimonial que é pressuposto de um direito subjetivo. Com tal critério se confunde lesão com dano ressarcível e se outorga a esta última expressão aquele alcance amplo, que não era próprio deste capítulo de direito de danos, de corte ressarcitório. O conceito de dano moral deve ser buscado, de tal modo, seguindo o mesmo caminho traçado para o dano patrimonial. E este não é outro que o das

---

[367] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos aires: Hammurabi, 1991, pp. 278-279. Tradução livre de: "*Sostenemos que el daño es siempre un resultado disvalioso, un menoscabo, derivado de la lesión a un derecho, o a un interés juridicamente protegido, o a un simple interés no ilegítimo. 1 – El daño patrimonial: En el ámbito patrimonial, el daño resarcible no es la lesión a un derecho de esa naturaleza, o a un interés de índole patrimonial que es presupuesto de aquél, sino el detrimento de valores económicos o patrimoniales que se produce a raíz de la lesión. Por tal motivo, cuando se menoscaba el patrimonio de una persona, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales, futuras y previsibles, estaremos ante un daño patrimonial. 2 – La noción de daño moral: Ahora bien, para brindar un concepto de daño moral, habrá que adoptar un criterio distinto? La respuesta negativa parece imponerse. En uno y otro supuesto el daño resarcible es siempre una consecuencia disvaliosa, un menoscabo. Por lo tanto la esencia de uno y otro detrimento debe ser buscada tomando en cuenta las repercusiones que produce la acción lesiva. Todo esto nos lleva a pensar que no resulta adecuado definir al daño moral resarcible como una lesión a un derecho extrapatrimonial, o a un interés legitimamente protegido, o a un interés no patrimonial que es presupuesto de un derecho subjetivo. Con tal criterio se confunde lesión con daño resarcible y se otorga a esta última expresión aquel alcance amplio, que no era propio de este capítulo del derecho de daños, de corte ressarcitório. El concepto de daño moral debe ser buscado, de tal modo, siguiendo el mismo caminho trazado para el daño patrimonial. Y este no es otro que el de las consecuencias o repercusión de la acción danosa. No toda lesión a un derecho extrapatrimonial, o a un interés legítimo no patrimonial, o a simple interés de hecho no ilegítimo de esa naturaleza resultará necesariamente apto para generar daño moral. Habrá que estar siempre a la repercusión que la acción provoca en la persona. Definimos, en consecuencia, al daño moral como "una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidade de entender, querer o sentir, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente prejudicial"*.

> consequências ou repercussão da ação danosa. Nem toda a lesão a um direito extrapatrimonial, ou a um interesse legítimo não patrimonial, ou a simples interesse de fato não-ilegítimo dessa natureza resultará necessariamente apto para gerar dano moral. Dever-se-á sempre atentar à repercussão que a ação provoca na pessoa.
> Definimos, por conseguinte, o dano moral como "uma modificação desvaliosa do espírito, no desenvolvimento de sua capacidade de entender, querer ou sentir, que terá de se traduzir num modo de estar diferente daquele em que se achava a pessoa antes do fato, como consequência deste e animicamente prejudicial"

A concepção de dano moral defendida por Pizarro não passou incólume pela doutrina argentina, tendo merecido severas críticas por parte do jurista mendocino Eduardo Zanoni, na segunda edição de seu "El Daño en la Responsabilidad Civil", onde afirma, apoiando-se na filosofia de S. Tomás de Aquino[368], que os bens extrapatrimoniais da pessoa, enquanto atributos de sua personalidade, constituiriam "fins em si mesmos, porque se confundem com sua própria personalidade" [369]. Este raciocínio, em que subjacem ideias nitidamente kantianas, faz com que Zannoni formule distinção entre os danos moral e material que desborda da análise sobre (i) a natureza do interesse lesado e (ii) do bem jurídico afetado em repercussão dessa lesão. Seu conceito se projeta também sobre (iii) a forma e modo em que o dano opera; vale dizer: quando se trata de danos patrimoniais, deve determinar-se se "a atividade danosa que provocou, foi causa de um detrimento atribuível ao autor do dano: para isso, mede-se, se avalia e se constata de que meios econômicos foi privado (ou deixou de obter) o lesado, e, em função disso, se liquida o prejuízo"[370]. O dano, em tal hipótese fática, seria um **dano material**, determinável em função das consequências que provocou a ação danosa. Ao contrário, em matéria de dano moral, o *iter* a ser percorrido pelo intérprete não seria o mesmo, pois o que seria objeto de ressarcimento é "o ataque a um atributo da própria pessoa ... que, a diferença dos direitos patrimoniais, não tem por objeto bens suscetíveis de ser quantificados em 'mais' ou em 'menos'...". Isto determinaria que o dano moral não possa ser medido pela mera repercussão que a conduta antijurídica gerou na subjetividade do lesado,

---

[368] A pessoa é um fim em si mesma, nunca um meio. As coisas são meios e estão ordenadas em função das pessoas, em seu benefício; porém as pessoas, mesmo que se organizem em certo modo umas em relação às outras, nunca estarão entre si numa relação de meio e fim; reclamam um absoluto respeito e não devem ser instrumentalizadas nunca.

[369] ZANONI, Eduardo Antonio. *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987, pp. 287., *apud* PIZARRO, Ramon Daniel, opus cit., pp. 281-284. Tradução livre de: "*Los llamados bienes extrapatrimoniales de la persona constituirían fines en sí mismos, porque se confunden con su propia personalidad".*

[370] Idem, p. 293. Tradução livre de: "*Debe determinarse si la actividad danosa que ha provocado, ha sido causa de un detrimento atribuible al autor: para ello mensura, mide, constata, de qué medios económicos ha sido privado o dejado de obtener el damnificado, y en función de ello se liquida el perjuicio".*

"...senão pelo menoscabo que a atividade danosa em si mesma denota à pessoa (física ou jurídica)...". Daí a distinta conotação que teriam "...a liquidação de danos materiais frente ao arbitramento dos danos morais" [371][372].

A dificuldade apresentada por essa Teoria Subjetiva, que aproxima o conceito de danos morais aos de **dor, sofrimento, sentimento, humilhação**, é a de que ficam sem explicação os fenômenos dos danos morais a serem mitigados em favor de pessoas privadas de consciência (e, portanto, alheias à experimentação de tais sentimentos negativos), bem como de pessoas jurídicas (que não têm a capacidade de "sentir" ou de sofrer menoscabos anímicos).

Outra grande dificuldade trazida pela adoção da Teoria Subjetiva é mensurar quais os efeitos não-patrimoniais de uma lesão (dor, sofrimento, frustração, vexame) terão intensidade suficiente para serem considerados como dano moral. Elucidativa desta dificuldade foi a discussão travada entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de Recurso extraordinário que discutia a possibilidade de configurar-se dano moral pelo extravio de bagagem em viagem aérea internacional[373], conforme se lê neste trecho do voto do ministro Francisco Rezek:

> Não é necessária uma agressão à personalidade moral do ser humano para que se configure o dano moral, sobretudo porque a consequência não é nada de tão dramático: ela é, no plano civil, mera e prosaica indenização. Não se há de exigir, no plano ético, que o dano moral seja tão grave e funesto quanto a consequência que a ordem jurídica lhe assinala se resume numa indenização compensatória. (...)
> Penso que o que o constituinte brasileiro qualifica como dano moral é aquele dano que se pode depois neutralizar como uma indenização de índole civil, traduzida em dinheiro, embora a sua própria configuração não seja material. Não é como incendiar-se um objeto ou tomar-se um bem da pessoa. É causar a ela um MAL EVIDENTE, como faz o transportador ao cidadão que planeja uma viagem, paga seu preço e a empreende, mas pra ter surpresa de, no primeiro dia, ver que lhe falta a bagagem e dia após dia ver que as promessas da empresa, no sentido de que a mala chegará, não são cumpridas, até que toma o avião de volta depois de um período em que a tensão e a frustração – não o prazer, o repouso ou o divertimento – foram as tônicas maiores.
> O que o Tribunal de origem fez, no caso, foi dar um entendimento extremamente restritivo ao dano moral, não o enxergando na sensação de *desconforto ou aborrecimento ocasionada pela perda ou extravio de*

[371] Idem, p. 292

[372] Para a melhor compreensão dessa interessante polêmica instaurada entre o pensamento de Pizarro e Zannoni – que publicou réplica às criticas deste último – recomendamos enfaticamente a leitura do §73, pp. 271 a 284 da obra já aqui múltiplas vezes citadas de Ramon Daniel Pizarro

[373] STF, RE nº 1727720-9, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 06.02.1996

> *bagagem*. A respeito de qual é a exata natureza desse sentimento e de qual o tamanho desse transtorno, a qualquer pessoa minimamente viajada nada é preciso explicar; conhecemos o fenômeno.

Reduzir a ideia do **dano moral** àquela de "sentimento de dor, vexame e humilhação causado injustamente a alguém", ao revelar esse problema de dificílima solução que é a subjetividade do julgador na apreciação dos fatos que teriam ou não o condão de causar sofrimento a alguém, permitiu surgir uma das mais conhecidas e controversas decisões a envolver o reconhecimento ou não de dano moral pelo uso indevido de imagem. O caso ganhou foros de notoriedade por envolver atriz muito conhecida que fez ensaio fotográfico sensual, nua, para uma revista masculina, mas que, para sua surpresa, viu fotos deste ensaio novamente publicadas, desta vez **sem sua autorização** em jornal popular de grande tiragem. Ajuizou ação indenizatória pleiteando a indenização dos danos materiais e a mitigação dos danos morais experimentados por aquela exposição indevida e indesejada de sua imagem. Venceu em primeira instância relativamente a ambos os pedidos. Em segunda instância sobreveio a reforma da condenação pelos danos morais (absolvendo o jornal réu) e a pérola em que consiste o Acórdão de lavra do relator Des. Wilson Marques[374]onde se lê, *verbis*:

> O dano moral, como é cediço, é aquele que acarreta para quem o sofre, muita dor, grande tristeza, mágoa profunda, muito constrangimento, vexame, humilhação, sofrimento. Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconsentido da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição de seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconsentido da sua imagem. Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado.

---

[374] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. Wilson Marques, julg. Em 29.09.1999 e publ. na *Revista de Direito do tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, n. 41, p. 184-187

CAPÍTULO 4 - DANO MORAL COMO "DANO-EVENTO" E COMO "DANO-PREJUÍZO"

O Professor Antonio Junqueira de Azevedo[375]trouxe importantíssima contribuição ao tema mostrando que as correntes divergentes acima descritas nem chegam a ser verdadeiramente antagônicas entre si, porquanto o dano moral não seja um termo unívoco. Há que se entender que quando se fala em dano moral pode se estar referindo ao **dano-evento**, que é a lesão a algum bem da vida, ou ao **dano-prejuízo**, que é a consequência dessa lesão sofrida. Obviamente que as duas realidades não se confundem, pois há entre elas, inclusive, um nexo de causalidade.

Segundo o autor, o dano-evento sobre a integridade física de alguém (direito da personalidade, à própria pessoa humana) pode gerar um dano-prejuízo patrimonial apenas, sem qualquer consequência de ordem pessoal. Tomemos, por exemplo, o caso de um motorista profissional que tem seu carro abalroado pelo veículo conduzido por alguém que sofreu um mal súbito e perdeu completamente a direção. Ele sofre dano-evento físico de pequena intensidade, mas que o afasta por alguns dias do exercício de seu trabalho, gerando dano-prejuízo **patrimonial** sem, no entanto, causar-lhe qualquer dano-prejuízo **moral**, já que não houve revolta, dor, humilhação ou menoscabo anímico de qualquer natureza.

Por outro lado, defende o autor que um dano-evento pode dar-se sobre um bem **patrimonial**, um relógio, por exemplo, e gerar um dano-prejuízo quase que exclusivamente **moral**, porque o relógio era desprovido de valor econômico, mas de grande valor afetivo.

Diz o autor, *verbis*:

> O dano-evento é, pois, o dano imediato, enquanto o dano-prejuízo é o dano mediato. Ora, quando se fala em dano moral, é ao dano mediato que se tem e vista. Portanto, a lesão, ou dano-evento, pode ser ao corpo ou ao patrimônio e quer numa hipótese ou quer noutra, o dano-prejuízo ser patrimonial ou não-patrimonial: um dano no corpo pode ter consequências patrimoniais ou não-patrimoniais e um dano no patrimônio também pode ter consequências patrimoniais ou não-patrimoniais. O dano moral vem a ser, por exclusão, o dano não patrimonial, mas é sempre mediato (é dano-prejuízo).

---

[375] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral*. *in Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004

Ao emprestar sua erudição à tarefa de criar um conceito de **dano** e de diferenciar o **dano moral** do **dano material**, Ramon Daniel Pizarro[376] afirma que o dano, como expressão jurídica, pode tomar dois diferentes sentidos e ter diferentes alcances:

> 1 – Num sentido amplo, se o identifica com a ofensa ou lesão a um direito, ou a um interesse jurídico de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, ou a um simples interesse não ilegítimo dessas naturezas (segundo a corrente doutrinária de que se trate). (...)
> 2 – Sem embargo, o Código Civil atribui outro significado à expressão "dano", ao tempo em que o considera como elemento ou pressuposto da responsabilidade civil (dano ressarcível) (arts. 1068, 1069 e seguintes). Em tal caso, o dano já não se identifica com a lesão a um direito de índole patrimonial ou extrapatrimonial, ou a um interesse que é pressuposto daquele, senão que é a consequência prejudicial ou menoscabo que se origina da aludida lesão. Entre a lesão e o menoscabo existe uma relação de causa e efeito. O dano ressarcível é este último.
> 3 – Conforme este raciocínio, tanto o dano patrimonial quanto o dano moral são consequências desvaliosas ou menoscabos, gerados a partir da lesão a um direito, ou a um interesse juridicamente protegido, ou a um simples interesse não ilegítimo da vítima. No primeiro caso, o menoscabo afeta o patrimônio em sua composição atual ou em suas possibilidades normais, futuras ou previsíveis; na segunda hipótese, tem-se uma minoração que se projeta sobre a subjetividade do lesado, de forma desvaliosa, afetando sua capacidade de entender, querer ou sentir.

É *sui generis* a proposta de conceituação de Pizarro, pois faz a divisão entre o **dano-lesão** (dano-evento para Junqueira de Azevedo) e **dano-prejuízo** – também muito em voga entre os juristas argentinos a partir do trabalho de Alfredo Orgaz no início da década de 1950 -, mas agrega elementos da **corrente subjetiva** (escola a que parece se filiar o autor: ao estabelecer que o menoscabo como consequência da lesão deverá afetar a capacidade de entender, querer ou sentir da vítima).

---

[376] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, pp. 272-273. Tradução livre de: "*1 – En un sentido amplio, se lo identifica con la ofensa o lesión a un derecho, o a un interés jurídico de orden patrimonial o extrapatrimonial, o a un simple interés no ilegítimo de esa naturaleza (según la corriente doctrinaria de que se trate). (...) 2 – Sin embargo, el Código Civil atribuye otro significado a la expresión "daño", al tempo de considerarlo como elemento o presupuesto de la responsabilidad civil (daño resarcible) (arts. 1068, 1069 e concs.). En tal caso, el daño ya no se identifica con la lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la consecuencia prejudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último. 3 – Conforme a este razonamiento, tanto el daño patrimonial cuanto el daño moral son consecuencias disvaliosas o menoscabo, generadas a raíz de la lesión a un derecho, o a un interés juridicamente protegido, o a un simple interés no ilegítimo de la víctima. En el primer caso, el menoscabo afecta al patrimonio en su composición actual o en sus possibilidades normales, futuras o previsibles; en cambio, en cambio, en el segundo supuesto, la minoración se proyecta sobre la subjetividade del damnificado, en forma disvaliosa, afectando su capacidade de entender, querer o sentir".*

Em semelhante esteira, para Augusto Ferraz de Arruda[377]é necessário distinguir o que ele chama de **fato-causa** e de **fato-efeito** do dano. Para avançar na sua tese ele lança mão de um exemplo consistente em pessoa que tenha um membro amputado em razão de acidente culposo, sendo que este acidente foi provocado por um **ato ilícito**, de que resultou a perda do membro, que se coloca como um fato real e concreto e que, por seu turno, é a causa do dano moral experimentado pela vítima. Escreve o autor, *verbis*:

> Assim, tem-se, no exemplo, que:
> a) *fato-causa* – perda do membro (amputação);
> b) *fato-efeito* – abalo na estrutura psíquica (dano moral puro).
> Essa distinção é muito importante para não se tomar um pelo outro. Voltando ao exemplo acima, o *fato-causa* (amputação) é o determinante de um sentimento negativo da vítima, que, se pode manifestar de várias maneiras, como pejo, revolta, tristeza, angústia, etc., sentimento esse, pois, o qual compromete a integridade psíquica ou estrutura psíquica do sujeito e, portanto, é um *fato-efeito*, ou seja, fato que, exteriorizado pela vítima, demonstra a existência real e concreta do dano moral puro.

Segue o autor, na sua proposta de distinção, explicando que os **fatos-causa** materiais são os verificáveis concretamente, como a morte, a lesão física, a perda ou deterioração de um bem material; enquanto que os **fatos-causa** formais teriam sua existência apenas no campo das ideias, como, *v. g*., as ofensas dirigidas à honra ou ao decoro de alguém. Assim, qualquer **fato-causa** resultante do descumprimento de um dever jurídico que atinja a integridade psíquica de um indivíduo como o **fato-efeito** sentimento negativo, deverá ser considerado dano moral. Dessa forma, o que é preponderante para determinar se se está diante de um dano moral ou não é o **fato-efeito** não-patrimonial, pouco importando a natureza do **fato-causa**, que, também, **em existindo sozinho não daria azo ao dano moral**, porque só ocorre no âmbito externo em relação à vítima.

Alfredo Orgaz, em 1952, em seu já clássico "*El Daño Resarcible (Actos Ilícitos)*"[378] advertia que a doutrina costumeiramente caracteriza, de forma errônea, segundo ele, o dano material como o ataque a direitos patrimoniais, e o dano moral como aquele dirigido aos direitos extrapatrimoniais. Para ele a distinção assim elaborada é falha porquanto a verdadeira diferença não depende da índole dos direitos que são **alvo** do ato ilícito, mas sim da **repercussão** que este ato terá sobre o patrimônio da vítima. De fato, a lesão a um direito

---

[377] ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999, pp. 25 e ss.

[378] ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible (actos ilícitos).* Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, p. 43

patrimonial pode ocasionar não somente um dano material, mas também um moral ao refletir no psiquismo da vítima da lesão, enquanto que uma lesão à honra, *v.g.*, de alguém pode produzir – e é comum que produza – efeitos materiais se o desprestígio determina a frustação de benefícios econômicos esperados.

Assim, para explicar o jurista argentino que o foco deve estar sempre no dano-prejuízo (e não no dano-evento – para usar aqui a denominação proposta por Junqueira de Azevedo), quando se tratar da tarefa de separar o dano moral do dano material, ele afirma, mais adiante, *verbis*:

> O dano material, em suma, é simplesmente o que menoscaba o patrimônio, como conjunto de valores econômicos (art. 2312), e que, portanto, é 'suscetível de apreciação pecuniária' (art. 1068); nesta categoria se incluem os prejuízos produzidos em valores patrimoniais já existentes, como também, segundo designamos, os que afetam as faculdades ou aptidões pessoais, consideradas como fontes de futuras vantagens econômicas (vida, saúde, integridade física, beleza corporal, etc.); e, inclusive, os que resultem de lesão à honra e aos sentimentos, na medida em que tal lesão repercuta sobre a capacidade laboral ou sobre a atenção aos negócios. Ao contrário, quando o ato ilício não comporta, por si nenhuma vulneração para o patrimônio em seu conteúdo atual ou em suas possibilidades futuras, mas faz sofrer a pessoa 'vulnerando-a em sua segurança pessoal, ou no gozo de seus bens , ou ferindo suas afeições legítimas' (art. 1078), se terá um dano moral ou não patrimonial[379].

A escritora uruguaia Beatriz Venturini[380] traz notícia acerca da adesão de autores contemporâneos a essa posição do jurista cordobês Alfredo Orgaz, dizendo que recentemente adere a esta postura Mosset Iturraspe, passando a definir o dano moral como "modificação desvaliosa no espírito e no desenvolvimento de sua capacidade de compreensão, de querer ou de sentir, e que se traduz em um modo de estar da pessoa diferente daquele em que se achava antes do fato como consequência deste último e animicamente prejudicial".

---

[379] Idem. Tradução livre de: "*El daño material, en suma, es simplemente el que menoscaba el patrimonio, como conjunto de valores económicos (art. 2312), y que, por tanto, es 'susceptible de apreciación pecuniaria' (art. 1068); en esta categoria se comprenden los perjuicios producidos en los valores patrimoniales ya existentes, como también, según dijimos, los que afectan las facultades o aptitudes de la persona, consideradas como fuentes de futuras ventajas económicas (vida, salud, integridad física, belleza corporal, etc.); e, inclusive, los que resultam de la lesión del honor o de los sentimentos, en la medida en que ella repercuta sobre la capacidad de trabajo o sobre la atención de los negócios. A la inversa, cuando el acto ilícito no comporta por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona 'molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas' (art. 1078), se tiene un daño moral o no patrimonial*"

[380] VENTURINI, Beatriz. *El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado*. Montevideo: FCU, 1999, 2ª edición corregida, actualizada y ampliada. Tradução livre de: *"modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél que se hallaba antes del hecho como consecuencia de éste y anímicamente prejudicial"*

CAPÍTULO 5 - TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA ECLÉTICA E FORMULAÇÃO DO NOSSO CONCEITO DE DANO MORAL

Carlos Edison Monteiro do Rego Filho[381]fazendo uma crítica a todas as correntes identificadas na tentativa de conceituação do **dano moral**, começa por descartar aquela que o faz por exclusão tendo em vista "os incontáveis problemas de se definir em qualquer ciência ou ramo do saber, alguma coisa por meio de outra". Restariam contrapostas no debate as vertentes **objetiva** e **subjetiva** ambas com a tarefa inglória de delimitar (i) quais os ataques aos bens predeterminados (para as correntes objetivas) ou (ii) quais as experiências vivenciadas ou sentimentos (para as correntes subjetivas) **que tenham o condão de acarretar dano moral**, não configurando mera frustração ou aborrecimento de menor monta.

O autor defende, com razão, que a **teoria subjetiva** parece conduzir a uma definição mais técnica do que seja o dano moral porque uma lesão a direito da personalidade, ao patrimônio moral ou à dignidade humana pode gerar também efeitos patrimoniais "donde não se poder tomá-la sinônima, síntese ou núcleo de definição de dano moral".

E prossegue:

> Demais disso, para fins de reparação, como já se explicou, o que se leva em conta são os efeitos concretos, que se projetam na pessoa da vítima da lesão sofrida, e não esta abstratamente considerada. Assim, todas as situações em que a lesão atinge bens e interesses jurídicos para além da pessoa ofendida exigiriam uma elasticidade capaz de comprometer os conceitos de personalidade, patrimônio moral e dignidade humana, revelando-se a insuficiência da abordagem puramente objetiva. De fato o extravio de bagagem, de bens materiais com valor de afeição (fotografias, anel de casamento, heranças familiares, obras de arte), a perda ou maus tratos de animal doméstico de estimação, a morte ou a lesão de pessoa querida, a destruição de material genético, todas essas situações são reconduzíveis à ideia de produção de um efeito extrapatrimonial antijurídico na pessoa atingida, resultante da atenta consideração dos fatores de ponderação envolvidos. Assim também os chamados novos danos – mais propriamente, novas situações lesivas – decorrentes das novas tecnologias conspiram a favor das teses subjetivas, pois incompatíveis com a rigidez dos tipos preconcebidos.

---

[381] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *O conceito de dano moral nas relações de trabalho*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan-jun/2014. Disponível em: http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/> acessado em 10 de agosto de 2017

Em nosso entendimento assiste razão ao autor, sendo necessária, no entanto, uma observação: os efeitos (dano-prejuízo) precisam ser de tal estatura que atinjam direito da personalidade da vítima, sob pena de se prestigiar as pretensões bagatelares.

Sendo assim, me parece que o mais razoável seria estabelecer uma nova teoria, a que talvez se pudesse chamar eclética, que levasse em conta **o bem sobre o qual incidiu o dano imediato (dano-lesão)** e **a natureza do dano mediato (dano prejuízo)**, sendo este in re ipsa e presumido no que respeita às pessoas jurídicas e às pessoas privadas de consciência.

Com relação ao **bem tutelado contra o dano mediato**, proponho se utilize o conceito de patrimônio ideal, por abarcar os direitos da personalidade, além de hipóteses como objetos com valor de estimação e danos por ricochete. A escolha por evitar a **dignidade da pessoa humana** se daria por duas razões fundamentais: (i) o perigo de se utilizar de conceitos muito abertos e abrangentes e (ii) a exclusão das pessoas jurídicas portadoras de personalidade, mas não de humanidade.

Dessa forma, formularia o meu conceito de dano moral, amparado na necessária divisão proposta por Antonio Junqueira de Azevedo, como: **"a lesão – *dano-prejuízo* – que injustamente repercute no patrimônio ideal de pessoa física ou jurídica, onde compreendidos os seus direitos da personalidade, e que, em geral, provoca menoscabo anímico pelo abalo de suas afeições legítimas ou de seu equilíbrio psicológico, inocorrente no caso das pessoas jurídicas e presumido com relação às pessoas naturais privadas de discernimento; não possuindo tal lesão caráter patrimonial, mas podendo ter sido originada de um ataque - dano-evento – a bem da vida de natureza patrimonial ou extrapatrimonial."**

A tristeza, o menoscabo anímico, o abalo emocional nós dizemos em nosso conceito que **em geral** acompanham as repercussões (dano-prejuízo) do dano-evento provocado pelo autor do ataque. Isto porque, casos há em que essas consequências de cunho emocional podem não ocorrer ou podem ser indetectáveis, sem que se perda o caráter de dano moral, vez que se está diante da vulneração de aspecto da personalidade de alguém (atributos essenciais, portanto, ao desenvolvimento da pessoa). Aderimos, neste particular à lúcida lição de Ramon Daniel Pizarro[382] que insiste que a perda da vontade de viver, a angústia, a dor, o

---

[382] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 280. Tradução livre de: "*y que cabe la posibilidad que, aun 'sin lágrimas' o sin percepción sensitiva del menoscabo padecido, exista daño moral"*.

sofrimento não são senão *possíveis manifestações* – como uma sintomática, provável, mas não necessária, num determinado quadro clínico – do dano moral. Para ele, não passam de uma maneira pela qual o dano moral costuma exteriorizar-se, podendo, no entanto, ocorrer sem que tais fenômenos sejam constatáveis ou, pelo menos, vistos pelos outros: “e que cabe a possibilidade de que, ainda que ‘sem lágrimas’ ou sem percepção sensitiva do menoscabo padecido, exista dano moral”.

CAPÍTULO 6 – FENÔMENO DO DANO MORAL EM FACE DAS PESSOAS JURÍDICAS

§ 40. Conceito dominante na Jurisprudência Brasileira

Questão a despertar grande perplexidade é o fato de que a jurisprudência brasileira tende, em sua esmagadora maioria, a conceituar o dano moral na concepção da corrente subjetiva, ou seja, como **sentimento negativo, dor, sofrimento, vexação**, embora, sem que nenhuma voz nos Tribunais se disponha a enfrentar a inconciliável incongruência, admitem-no sem qualquer ressalva às pessoas jurídicas.

Poderia parecer até um anacronismo discutir hoje em dia a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer ou não dano moral, já que há entendimento sumulado (súmula nº 227) do STJ exatamente neste sentido desde 1999.

Portanto, embora pacificada na jurisprudência, esta posição está longe de ser um ponto de convergência na doutrina, exatamente por conta das diferentes concepções que se têm do instituto do dano moral. Não resta dúvida, no entanto, que algo vai mal quando num aresto lê-se que o dano moral é a dor ou o sofrimento a que submetido uma pessoa e que a pessoa jurídica pode sofrê-lo... Como pode uma sociedade anônima, *v.g.*, sofrer ou sentir dor?

§ 41. Honorabilidade objetiva e outros aspectos da personalidade das pessoas jurídicas tutelados pelo direito

A **honra** objetiva das pessoas jurídicas já de há muito é conceito sedimentado em nosso direito privado, como se pode colher do magistério de Pontes de Miranda[383], que ensina:

> §737. DIREITO À HONRA
> 1. Conceito de Honra – A dignidade pessoal, o sentimento e consciência de ser digno, *mais* a estima e consideração moral dos outros, dão o conteúdo do que se chama *honra*. Há direito de personalidade à honra, o que faz as lesões à honra serem atos ilícitos *absolutos*. O direito à honra é direito absoluto, público, subjetivo. Só há ofensa à honra das pessoas, físicas ou jurfilicas, inclusive Estados;
> (...)

---

[383] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo VII, São Paulo: RT, 2012, pp. 102 e ss.:

> A calúnia ofende a honra, pela ofensa à verdade, que a atingiria; a injúria, pela ofensa à dignidade e ao decoro, na presença ou não; a difamação, pela ofensa à reputação, portanto ainda na ausência (Código Penal, arts. 138-145). Na difamação atinge-se o elemento reputação (estima ou consideração social); na injúria ofende-se o elemento introspectivo (...)
> 2. Pessoas Jurídicas e Honra – As pessoas jurídicas também podem ser ofendidas em sua honra, porque é comum às pessoas físicas e às jurídicas o bem da reputação, da boa fama (K. SPECKER, *Die Persönlichkeitsrechte*, 128; F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 835). Ao adquirir personalidade, o ser não-físico adquire tal direito, que não depende de substrato pessoal físico (contra, entre outros, V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale, VIII, 333 s*).

Também se ocupou da questão do dano moral das pessoas jurídicas o professor Humberto Theodoro Junior[384], analisando a proteção constitucional aos bens da vida também titularizados pelas pessoas morais:

> Outra indagação importante é a que versa sobre a situação da pessoa jurídica. Seria a lesão moral um fenômeno exclusivo da pessoa natural? A melhor jurisprudência tem acolhido a lição doutrinária que ensina serem o nome, o conceito social e a privacidade, bens jurídicos solenemente acobertados pela tutela constitucional, bens que cabem tanto à pessoa física como à jurídica. Logo, não há razão alguma para excluir, aprioristicamente, as pessoas jurídicas do direito de reclamar ressarcimento dos prejuízos suportados no plano do nome comercial, do seu conceito na praça, do sigilo de seus negócios, etc.

§ 42. Jurisprudência brasileira anterior à edição da Súmula nº 227 do STJ

Antes da edição da súmula objeto do presente estudo já vinham os Tribunais de Justiça estaduais e mesmo o STJ adotando o entendimento de que:

> E não tem mais lugar a tese de que a pessoa jurídica, por não ter sentimentos, nem sentir dor, não possua honra, fama, moral, enfim, os atributos que a distinguem no universo dos negócios de outras tidas por contumazes descumpridoras de suas obrigações. O bom conceito no mundo dos negócios constitui sem dúvida, **patrimônio imaterial da pessoa jurídica que, uma vez maculado injustamente, assegura-lhe o direito à reparação do dano moral** (TAMG, Ap. 223.146-3, ac. 20.2.1997, Rel. Juiz FRANCISCO BUENO)

O mesmo Tribunal de Alçada de Minas, por diversas vezes, já teve oportunidade de voltar ao tema:

> Possuindo a pessoa jurídica interesse de ordem imaterial, faz jus à indenização por dano moral, assegurada no art. 5º, X, da Carta magna, em decorrência do protesto de título efetivado posteriormente à quitação da dívida, por acarretar **abalo de seu conceito no mercado em que atua**

[384] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 6ª ed., São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2009, p. 17

> (TAMG, Ap 106.196-1, 6ª Câmara Cív., Rel. Juíza MARIA ELZA CAMPOS ZETTEL, ac. De 19.03.1993, *in* RT 716/2703).
>
> Admissível a indenização por dano moral causado à pessoa jurídica, em decorrência de manifestações que acarretam **abalo de seu conceito no mercado em que atua**, uma vez que o direito à honra e à imagem é garantido pela Carta Constitucional, em seu art. 5º, X, cuja interpretação não há de se restringir às pessoas naturais. (TAMG, AP. 164.750-1, Rel. Juiz ALMEIDA MELO, 2ª Câm. Cív., ac. 21.12.1993, in TJTAMG 531160. Precedentes: RT 627/28; RT 680/85; JB 157/199-203; RJTJRGS 1491578-580)

O mesmo entendimento mereceu guarida do Superior Tribunal de Justiça, como se vê dos seguintes arestos:

> A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de danos morais, considerados estes como violadores de sua honra objetiva. Precedentes. (STJ, 4ª T., REsp 177.995/SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, AC. 15.9.1998, DJU de 9.11.1998, p. 114)
>
> A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial. Cabível a ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica; visto que a proteção dos atributos morais e personalidade não está reservada somente às pessoas físicas (STJ, REsp 147.702/MA, 3ª T., Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, AC 21.11.1998, in DJU de 5.4.1999, p. 125).

Comentando a jurisprudência firmada anteriormente à súmula nº 227 do STJ, Humberto Theodoro Júnior, na obra citada acima, anotava que "Há quem pense que, integrando o nome comercial, o fundo de comércio da pessoa jurídica, configuraria um valor econômico e, assim, não poderia ser, em caso de ofensa, senão objeto de dano patrimonial. Ocorre nesse tipo de raciocínio o equívoco de confundir 'nome comercial' com 'conceito comercial do empresário'. O fato de o nome comercial, como a marca de seus produtos, representar um objeto valorizável economicamente, não exclui o lado ético relativo ao 'bom nome' de que **o empresário** tem o direito de usufruir no relacionamento social. Uma concorrência desleal pode afetar puramente o lado econômico do nome comercial. Mas um protesto ilegal, ou o escândalo acerca da conduta contratual da diretoria de uma sociedade, podem, inegavelmente, acarretar ao conceito da empresa **uma lesão** que, na prática, ficará restrita ao **plano moral"**. O problema aqui se volta, novamente ao conceito emprestado ao instituto pela jurisprudência – e adotado pela doutrina mais tradicionalista **- sofrimento ou dor espiritual de quem**? Se for do "empresário" ou da "diretoria" não estaremos diante de dano moral de pessoa jurídica...Volto, portanto, à tecla da necessidade de se adequar o conceito de dano moral para o desfazimento dessa incongruência incontornável.

Veja-se que a prevalecer o conceito de dano moral até então predominante, ou seja, de abalo nas afeições legítimas, menoscabo anímico, dor espiritual, desassossego, não se estaria falando de danos morais das pessoas jurídicas nos casos tratados pela jurisprudência, mas sim em **danos patrimoniais** sobre bens **intangíveis**...

§ 43. Dano moral e pessoa jurídica – teorias "negativistas" e "afirmativas" de seu cabimento no direito estrangeiro

43.1 Teorias Negativistas

Jorge Bustamante Alsina[385] defende que as pessoas jurídicas não devam, sob nenhuma hipótese, ser titulares da pretensão de ressarcimento por danos morais, isto porque não teriam sentimentos passíveis de sofrer lesões ou ataques e, por isso, não poderiam jamais padecer de um desequilíbrio emocional. Para o jurista argentino, a ausência de vida privada e demais direitos personalíssimos próprios das pessoas humanas, afastam as pessoas ideais (jurídicas) da possibilidade de sofrerem danos morais.

Também Santos Cifuentes[386] advoga a tese de que existe um "*eu sujeito*" que seria aquele com o condão de raciocinar e refletir sobre tudo; enquanto haveria um "*eu objeto*" que seria exatamente o alvo deste raciocínio e desta reflexão do "*eu sujeito*". Além disso, haveria o "*eu sujeito-objeto*" que seríamos nós mesmos, que nos percebemos e refletimos sobre aquilo que somos. Para o autor, é impossível entender uma pessoa jurídica como um "*eu sujeito*", já que refletir e raciocinar é próprio das pessoas humanas; sendo que o dano moral parece ser, exatamente, o detrimento a essas aptidões do "homem-pessoa" e, portanto, distancia-se das pessoas jurídicas a possibilidade de ressarcir-se por danos morais. O autor adverte, porém, que não é possível aderir em absoluto à tese negativista, pois há atributos da personalidade jurídica que poderiam, excepcionalmente, gerar um dano extrapatrimonial. Não é essa a regra, no entanto, e os casos concretos devem ser analisados, segundo ele.

---

[385] ALSINA, Jorge Bustamente. *Teoria general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 251

[386] CIENFUENTES, Santos. *El daño moral y la persona jurídica. In Derecho de daños*. Primera parte. Buenos Aires: La Rocca, 1996, pp. 393-413

Na mesma esteira segue Matilde Zavala González[387] que assevera que:

> Os interesses morais (em sentido lato) que são requisitos prévios e necessários para a configuração do **dano moral**, só podem ser gozados por quem possua uma subjetividade espiritual, e não puramente jurídica. As pessoas de existência ideal têm uma realidade jurídica, porém não têm um substrato vital próprio sob a vestimenta que o direito lhes confere: a difusão grupal que expressa uma pessoa jurídica não tem entidade naturalmente diversa dos homens que a compõem, e o Direito só lhes confere unidade técnica.

43.2 Teorias Afirmativas

Roberto Brebbia[388] reconhece a impossibilidade de uma pessoa jurídica acionar alguém em virtude da morte de um parente, tencionando receber indenização, por exemplo; assim como lhe seria vedada a defesa de eventual dano moral por ataque à vida, à integridade física e à honestidade, bens atrelados a uma "humanidade" e, portanto, próprios das pessoas individuais. "Salvo estes casos especiais", afirma o jurista argentino, "é possível afirmar que as pessoas jurídicas possuem os demais direitos extrapatrimoniais que integram a personalidade moral dos sujeitos de direito. Assim, têm direito à honra, consideração e fama; ao nome; à liberdade de ação; à segurança pessoal; à intimidade; ao direito moral de autor sobre a obra intelectual que lhe pertence e, em certos casos muito especiais, à proteção dos valores de afeição, para não nos referirmos senão aos mais importantes, cuja vulneração possa originar agravos morais". Por fim, ainda adverte o autor que este rol não é *numerus clausus*, pois todas essas garantias nascem junto com a qualidade de **pessoa** conferida às pessoas jurídicas, que recebem, por não haver a discriminação feita pela lei, a princípio, a mesma proteção que as pessoas individuais.

Adriano de Cupis[389], em seu clássico *Il Danno – Teoria Generale della Responsabilità Civile*, argumenta que tanto uma sociedade comercial como um instituto beneficente podem sofrer um "danno non patrimoniale", em hipóteses que exemplifica, como:

---

[387] GONZÁLEZ, Matilde Zavala. *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993, vol. 2c, p. 80

[388] BREBBIA, Roberto. *El daño moral*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1950, pp. 217-218

[389] DE CUPIS, Adriano. *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffré, 1946, p. 325. Tradução livre de: "*La persona giurìdica, al pari della persona fisica, può essere soggetto così attivo come passivo degli effetti giuridici del danno: vale a dire, può ricevere danno e pretenderne risarcimento – e può essere responsabile del danno arrecato. Alla sfera degli interessi garantiti alla persona giurìdica dal diritto, corrisponde la sfera dei danni che essa può subire e di cui può chiedere risarcimento; in ragione della specifica natura della persona giurìdica, la suddetta sfera di interessi non coincide appieno con la sfera di interessi della persona fisica: e quindi varia anche la sfera dei danni suddetti*".

a) campanhas difamatórias ou b) violação de correspondência etc. O insigne professor siciliano diz que o argumento no sentido de que a pessoa jurídica é incapaz de **sofrimentos físicos ou morais** não procede, dada a possibilidade de configuração de um dano não patrimonial distinto da dor. Segundo suas palavras: "a pessoa jurídica, assim como a pessoa física, pode ser sujeito tanto ativo como passivo dos efeitos jurídicos do dano: vale dizer, pode sofrer dano e pretender seu ressarcimento – e pode ser responsável pelo dano causado".

Andrea von Tuhr[390] afirma que as pessoas jurídicas podem ser afetadas em seus interesses pessoais sem que ocorra diminuição de seu patrimônio, mas que, ainda assim, gerariam o direito a esta pessoa jurídica de exigir uma indenização, por ele chamada de **satisfação**, que tanto pode ser convertida em moeda ou não, como a hipótese do causador da ofensa fazer declaração pública restabelecendo a boa fama da pessoa jurídica lesionada.

Também Guillermo Borda[391] afirma textualmente que "se bem que seja difícil que tais pessoas possam sofrer um dano moral, não é inconcebível que o sofram. Assim, por exemplo, pode lesionar-se o prestígio, o bom nome de uma pessoa jurídica, com imputações caluniosas. Entendemos que em tais casos há um dano moral indenizável."

43.3 O entendimento doutrinário no Brasil quanto ao cabimento do dano moral às pessoas jurídicas

Entre nós, importante a lição de Antonio Junqueira de Azevedo[392], que divide os danos em **dano-evento** (lesão a algum bem, **dano imediato**) e **dano-prejuízo** (consequência da lesão, **dano mediato**) e coloca o **dano moral** na categoria dos **danos mediatos, de caráter não patrimonial ou não quantitativamente apurável em dinheiro, assim por exclusão e pela lesão quer ao que somos, quer ao que temos, assim à pessoa física, à pessoa biofísica-psíquica, à figura social da pessoa, ao patrimônio em sentido estrito (valor de afeição) ou a terceira pessoa (dano reflexo ou por ricochete)**. **Sem fazer o *discrimen* entre personalidade natural ou jurídica**.

---

[390] VON TUHR, Andrea. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1934, p. 90

[391] BORDA, Guillermo. *Tratado de derecho civil – Obligaciones*. 7ª ed., Buenos Aires: Perrot, 1994, p. 200

[392] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Cadastro de restrição ao crédito. In Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004

Também Sergio Cavalieri Filho, em seu "Programa de Responsabilidade Civil"[393], afirma que a "reparabilidade" do dano moral sofrido pela pessoa jurídica ainda causa alguma perplexidade e sofre forte resistência por parte da doutrina. Isto se daria (i) por um apego infundado à ideia de humanidade atrelada aos bens da personalidade e (ii) pela resiliência da ideia de dano moral como dor, sofrimento, tristeza, vexação etc. O autor, no entanto, desenvolve erudita argumentação no sentido de demonstrar que a honorabilidade objetiva das pessoas jurídicas é algo a ser tutelado sem qualquer dúvida e se ampara, por exemplo, nas lições de Geneviève Viney e Pierre Kayser – para citar apenas alguns – para defender a ideia de que estariam fora da tutela do direito, com relação às pessoas jurídicas, apenas aqueles atributos morais próprios das pessoas naturais e ligados à condição humana, como decoro e autoestima. Finaliza o autor dizendo que, *verbis*:

> Induvidoso, portanto, que a pessoa jurídica, embora não seja passível de sofrer dano moral em *sentido estrito*[394] – ofensa à dignidade, por ser esta exclusiva da pessoa humana –, pode sofrer dano moral em *sentido amplo* – violação de algum direito da personalidade –, porque é titular de honra objetiva, fazendo jus a indenização sempre que seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito. Modernamente fala-se em *honra profissional* como uma variante da honra objetiva, entendida como valor social da pessoa perante o meio onde exerce sua atividade.
> Nesse sentido deve ser entendido o art. 52 do Código Civil (dispositivo que não existia no Código anterior), que manda aplicar às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Já para Maria Celina Bodin de Moraes[395], eventual dano extrapatrimonial causado a pessoa jurídica não poderia jamais ter a mesma medida e fundamento emprestados àquele sofrido pela pessoa humana. Para a autora, adepta da dignidade da pessoa humana como fundamento dos danos morais, a tutela contra estes últimos foi prevista, portanto, apenas em benefício das pessoas naturais: "para a proteção das pessoas jurídicas, contudo, entrevê-se a possibilidade de delinear um tipo de prejuízo que se poderia chamar de 'dano institucional'. Em contraposição ao dano moral, este terial como características mais visíveis a necessidade de comprovação objetiva da potencialidade do dano e a possibilidade de consideração das condições econômicas da vítima como critério de fixação da reparação".

---

[393] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 92-93

[394] Lembrem-se que Cavalieri Filho, assim como Maria Celina Bodin de Moraes, são adeptos da tese de que o conceito de dano moral é o de vulneração da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

[395] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2ª ed. revista. Rio de Janeiro: Ed. Processo. 2017, p. 328

§ 44. Conflito entre direitos fundamentais de: liberdade de expressão e de honra da pessoa jurídica

Em sua obra sobre a Liberdade de Expressão[396], Cláudio Chequer trouxe um rico panorama, baseado em pesquisa profunda a que procedeu sobre o direito constitucional comparado, do estado da arte em matéria de limitação da liberdade de expressão em face do direito à honra. Em certo momento, a questão por ele proposta era "se a pessoa ofendida pela manifestação da liberdade de expressão em sentido amlo é uma pessoa jurídica, poderá ser vislumbrado um caso concreto de conflito entre os citados direitos fundamentais?". Para responder a essa questão, a primeira tarefa é a de se saber se a pessoa jurídica pode titularizar o direito fundamental à honra nos vários sistemas constitucionais das nações organizadas democraticamente. O próprio autor traz notícia quanto à Constituição da Alemanha que prevê, no art. 19, III "...os direitos fundamentais regem também para as pessoas jurídicas nacionais, na medida em que, por sua natureza sejam aplicáveis às mesmas".

Com relação à Constituição Espanhola, esta não traz dispositivo expresso reconhecendo direito à honra para as pessoas jurídicas, mas coube ao TC (Tribunal Constitucional) Espanhol decidir, em diversas ocasiões, em sentido afirmativo, como, por exemplo, na S. 64/1988 j. em 12 de abril de 1988, onde se lê:

> É indiscutível que em linha de princípio, os direitos fundamentais e as liberdades públicas são direitos individuais que têm o indivíduo por sujeito ativo e o Estado por sujeito passivo na medida em que tende a reconhecer e proteger âmbitos de liberdade ou prestações que os Poderes Públicos devem outorgar ou facilitar àqueles. Deduz-se assim, sem especial dificuldade, do art. 10 da Constituição da Espanha, que em seu inciso 1º, vincula os direitos individuais com a dignidade da pessoa e com o desenvolvimento da personalidade e, em seu inciso 2º, os conecta com os chamados direitos humanos, objeto da Declaração Universal e de diferentes Tratados e Acordos Internacionais ratificados pela Espanha, como são o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, de 19 de dezembro de 1966, e o Convênio de Roma para a Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950. É certo, não obstante, que a plena efetividade dos direitos fundamentais exige reconhecer que a titularidade dos mesmos não corresponde somente aos indivíduos isoladamente considerados, mas também quando se encontram inseridos em grupos e organizações, cuja finalidade seja especificamente a de defender determinados âmbitos da liberdade ou realizar os interesses e os valores que formam o substrato último do direito fundamental (...) Neste sentido, a jurisprudência deste Tribunal tem assinalado que o direito de os cidadãos a participar nos assuntos públicos o podem exercer os partidos políticos, que o direito de associação o podem exercer não somente os

[396] CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

> indivíduos que se associam, mas também as associações já constituídas, (...) Em um sentido mais geral, a STC 137/1985, de outubro de 1985, tem reconhecido a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de Direito Privado, especialmente no que concerne ao direito do art. 18.2 e, com caráter geral, sempre que se trate, como é óbvio, de direitos que, por sua natureza, possam ser exercitados por esse tipo de pessoas. À mesma conclusão pode chegar-se no que concerne às pessoas jurídicas de Direito Público, sempre que recaem para si mesmas âmbitos de liberdade, dos que devem desfrutar seus membros, ou a generalidade dos cidadãos, como pode ocorrer singularmente a respeito dos direitos reconhecidos no art. 20 quando os exercitam corporações de Direito Público.[397]

O mesmo Tribunal Constitucional Espanhol também já decidiu, em oportunidade mais recente[398], especificamente sobre o direito fundamental à honra das pessoas jurídicas, nos termos seguintes:

> (...) através dos fins para os quais cada pessoa jurídica privada tem sido criada, pode estabelecer-se um âmbito de proteção de sua própria identidade em dois sentidos distintos: tanto para proteger sua identidade quando desenvolver seus fins, como para proteger as condições de exercício de sua identidade sob a que recairia o direito à honra. E tanto isso é assim, que a pessoa jurídica também pode ver lesionado seu direito à honra através da divulgação de direitos concernentes a sua entidade, quando a difamação a desmerece diante da consideração alheia.

§ 45. Conclusão quanto ao cabimento ou não – nossa posição

Em face da súmula 227 do STJ já é pacífico na jurisprudência o cabimento da mitigação do dano moral sofrido por pessoa jurídica e, no âmbito da doutrina, posto que haja muita discussão (entre juristas brasileiros e estrangeiros), parece que a questão seria resolvida com a simples revisão do conceito de dano moral para se afastar dele os aspectos "humanos" a envolver o *pretium doloris* ou a dignidade da pessoa humana e passar a entendê-lo como a lesão *in re ipsa* aos direitos da personalidade - esta havendo a ***natural*** e a ***jurídica***, ambas objeto de proteção pelo direito. Em que pese a argumentação esgrimida por juristas de escol – como Gilberto Haddad Jabur, entre outros – no sentido de que, ao fim a ao cabo, a lesão à personalidade de uma pessoa jurídica será, necessariamente, uma **lesão econômica (e, portanto, dano material)**, temos que, na verdade, por se tratar de lesão à personalidade **tem-se sim dano moral, embora com repercussões patrimoniais**. Tal situação, para nós, é a mesma que se dá no caso, *v.g.*, de alguém que atingido seriamente em sua incolumidade física,

---

[397] Para uma análise mais aprofundada desta decisão e de outras Sentenças Constitucionais do TC Espanhol cf. Cláudio Chequer, opus cit.

[398] STC 139/1995

com a perda de um membro (indiscutível dano moral), perde também parte de sua capacidade laboral (danos materiais repercussivos).

§ 46. Novo Paradigma do Dano Moral – conceituação mais moderna do Dano Moral.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy[399] foi um dos primeiros a apontar entre nós a necessidade de se reformular a noção do instituto do **dano moral**, deixando de entendê-lo como **dor espiritual ou sofrimento**.

Assim se posicionou o autor:

> na conceituação de dano moral, antes de mais nada, tem-se hoje de se superar associação à característica comum com que se revelou o seu reconhecimento, o surgimento e o desenvolvimento do instituto: o preço da dor (*pretium doloris*). Não se considera possa ser compreendido ou mesmo reduzido o dano moral à ideia de sofrimento, de angústia experimentada em razão do evento lesivo.
> De um lado, tal adstrição deixaria sem explicação o dano moral sofrido pelo nascituro, pelo incapaz de maneira geral, ou mesmo pela pessoa jurídica – caso a que adiante se tornará. De outro, suposta ainda a consciência, o discernimento, nunca se sabe exatamente se uma pessoa sofreu.
> (...)
> Certo que, atualmente, antes que a revelação de sentimento de dor ou angústia, o dano moral vem sendo entendido como qualquer violação a direitos que têm seu valor fonte na dignidade humana. Ou seja, violação aos direitos chamados da personalidade, essenciais ou personalíssimos do indivíduo. E porque objeto de especial proteção, tem-se defendido que o dano já esteja na própria conduta de violação. Daí dizer-se que o dano moral seja ou esteja in re ipsa.

§ 47. Crítica à conceituação proposta até o momento para o instituto do dano moral e tentativa de construção de um conceito abrangente e tecnicamente preciso

A única observação que se deve fazer, a nosso juízo, a esta nova e justa proposta de ressignificar o conteúdo do instituto do **dano moral** como sendo o da lesão *in re ipsa* aos **direitos da personalidade** está no fato de que os autores que defendem esta nova posição propugnam pela "**recondução do dano moral, diretamente, ao valor básico do sistema, elevado ao nível de princípio fundante da República** (art. 1º. III da CF/88), **que é a**

---

[399] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Alguns apontamentos sobre o dano moral, sua configuração e o arbitramento da indenização*. I*n 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002 – estudos em homenagem ao prof. Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, coord. CASSETARI, Christiano

dignidade da pessoa humana". Tal construção restringiria o instituto, novamente, a caracteres **humanos** e não de **personalidade**, inviabilizando novamente o entendimento quanto ao dano moral da **pessoa jurídica** que não é **humana**...

Tal crítica faz também ANDERSON SCHREIBER (Novos paradigmas da responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007) para quem **não só não é o bastante a mera alusão à dignidade humana para justificar o dano moral como, pior, a seu ver a admissão desta genérica alusão favorece as pretensões bagatelares**.

Todas essas ponderações já as fizemos ao estudar o conceito de dano moral em capítulo anterior sem ter em foco, especialmente, as pessoas jurídicas, no entanto.

Dessa forma, concluo no sentido de que a Súmula nº 227 da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é de aplicar-se sem que isso implique em qualquer incongruência em vista da impossibilidade de as pessoas jurídicas *sofrerem*, *sentirem dor* ou *humilhação*, *vexação* etc. Isto porque deve-se compreender o dano moral como **"a lesão – *dano-prejuízo* – que injustamente repercute no patrimônio ideal de pessoa física ou jurídica, onde compreendidos os seus direitos da personalidade, e que, em geral, provoca menoscabo anímico pelo abalo de suas afeições legítimas ou de seu equilíbrio psicológico, inocorrente no caso das pessoas jurídicas e presumido com relação às pessoas naturais privadas de discernimento; não possuindo tal lesão caráter patrimonial, mas podendo ter sido originada de um ataque - dano-evento – a bem da vida de natureza patrimonial ou extrapatrimonial."**

CONCLUSÃO DA PARTE II

Nesta Parte II do trabalho tivemos a oportunidade de verificar o quão sofrida, lenta e difícil foi a aceitação – não só no Brasil, mas especialmente aqui – pelo direito positivo da plena possibilidade de mitigação *in pecunia* dos danos puramente morais, vale dizer, sem qualquer necessidade de reflexo econômico.

Não à toa as críticas mais contundentes – entre fins do Século XIX e início do Século XX – à "reparabilidade" do dano moral em dinheiro vinham de juristas dos países de formação marcadamente católica (Itália, França, Espanha) e aqui ecoaram de forma retumbante em consciências jurídicas formadas no Império sob uma família imperial ultramontana, catolicíssima. A ideia do dinheiro atrelado a valores de afeição – aliás o próprio lucro – repugna a moral católica tradicional ao contrário do que faz com os espíritos reformistas (protestantes, Calvinistas, Luteranos) em maioria na Inglaterra e nos Estados Unidos da América.

Assim é que os *punitive damages*, por exemplo, aplicaram-se na Inglaterra desde 1763, em questão a envolver dano moral por ofensa à liberdade de expressão (como trataremos adiante no § 60).

Passamos por várias correntes doutrinárias a conceituar o dano moral e chegamos à conclusão de que este é "a lesão – *dano-prejuízo* – que injustamente repercute no patrimônio ideal de pessoa física ou jurídica, onde compreendidos os seus direitos da personalidade, e que, em geral, provoca menoscabo anímico pelo abalo de suas afeições legítimas ou de seu equilíbrio psicológico, inocorrente no caso das pessoas jurídicas e presumido com relação às pessoas naturais privadas de discernimento; não possuindo tal lesão caráter patrimonial, mas podendo ter sido originada de um ataque - dano-evento – a bem da vida de natureza patrimonial ou extrapatrimonial."

Obviamente há outros conceitos igualmente aplicáveis ao instituto e até melhores, formulados, inclusive, por juristas em quem reconheço qualidades intelectuais muito superiores aos nossos parcos recursos nessa seara. No entanto, foi a este conceito que chegamos depois de muito meditar sobre o tema.

Tomando por base esta nossa concepção do que seja um dano moral passível de mitigação *in pecunia* por força de condenação judicial, temos que, em presença dele deve dar-se o fenômeno que move a terceira e última Parte do presente estudo, ou seja a TUTELA DO

ESTADO-JUIZ, quer preventiva, quer mitigatória, dos danos morais oriundos do abuso no exercício da liberdade de expressão que vulnere a honra, a imagem, a intimidade, ou a privacidade da vítima.

PARTE III – TUTELA PREVENTIVA E MITIGAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR OFENSA À HONRA, À IMAGEM, À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

CAPÍTULO 1 - TUTELA CIVIL PREVENTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A par da mitigação dos danos morais através de condenação pecuniária (tutela corretiva) - a mais comum das formas de tutela dos direitos da personalidade vulnerados por abuso da liberdade de expressão e manifestação do pensamento – há também a tutela preventiva, através de medidas inibitórias, que muita discussão causa na doutrina nacional e estrangeira.

Muitos autores defendem a posição de que qualquer medida inibitória de um dano moral por abuso da liberdade de expressão (em sentido lato), vale dizer, uma medida preventiva da ocorrência do dano, **seria censura prévia vedada pelo regramento constitucional**. Os que assim se posicionam acreditam que a liberdade de expressão deve dar-se sem qualquer empecilho, mesmo que patente e iminente o resultado danoso, sendo apenas possível sua "reparação" *a posteriori*, através da mitigação pecuniária.

§ 48. Contexto histórico do início da vedação à censura e da garantia à liberdade de expressão

É necessário voltar às origens da preocupação das emergentes democracias liberais dos Séculos XVIII e XIX para compreender a repulsa das Cartas Políticas surgidas a partir de então à **censura** e a qualquer embaraço à liberdade de expressão, mais particularmente à liberdade de imprensa.

Só assim é possível testar a proximidade ou não dos meios de tutela preventiva da personalidade e da censura que até hoje proscreve a ordem constitucional brasileira.

Importante estudo a esse respeito foi o desenvolvido por Ramon Daniel Pizarro, em seu "Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación – Daños por Noticias Inexactas o Agraviantes"[400]. Para o autor, a liberdade de expressão e aquela de imprensa foram concebidas como **direitos fundamentais da pessoa** pelas democracias liberais que começaram a florescer nos séculos XVIII e XIX. E isso se deu porque a atividade da incipiente imprensa da época era uma atividade **eminentemente política**. Muito mais do que noticiar fatos ou divulgar informações, o que faziam os que tinham acesso à expressão e

---

[400] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, pp. 32 e ss.

difusão do pensamento (através da imprensa) era emitir opiniões, havia uma imprensa de opinião. Diz o autor que "o verdadeiramente importante eram as opiniões individuais e por isso os textos constitucionais da época fizeram referência ao direito de publicar *ideias* livremente pela imprensa, sem censura prévia"[401].

Para o autor argentino estas garantias dispostas pelos constituintes da época – e o interesse do direito argentino, especialmente, pelo tema se deve ao fato de a Constituição Nacional daquele país ser do século XIX e ter o capítulo da liberdade de imprensa influenciado decisivamente pela Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana, de 1791 – não se deveram a um capricho do legislador mas obedeceram a profundas causas de três diferentes ordens: a) de ordem política; b) de ordem cultural e c) de ordem econômica.

Quanto à causa de ordem política, pode-se afirmar que a imprensa era o meio idôneo de vocalizar o ideário da burguesia recém emergida e alçada ao poder. A imprensa possibilitava a participação do cidadão anônimo na vida comunitária (política, em sentido estrito), servindo como salvaguarda para os cidadãos, ora dominantes, que já não dispunham (como seus antecessores) das garantias dos títulos de nobreza, contra os riscos de uma ação abusiva do Estado. A imprensa era tida como um contraponto ao poder político do Estado: era o poder político do cidadão (da burguesia ascendente). Segundo Pizarro, "ao poder público correspondia assegurar o pleno exercício e desenvolvimento da liberdade de imprensa, objetivo que somente se poderia alcançar não intervindo na atividade informativa. Daí a famosa frase 'a melhor lei de imprensa é aquela que não existe'."[402]. Entre nós, no Brasil, como lembra a historiografia de Pedro Calmon[403] a independência com relação a Portugal foi feita "ao vozear dos jornais. Imprensa e liberalismo associam-se na elaboração política do Império. Tem ela, de começo, a função educativa – e dogmática – de banhar em *ilustração*, o país iletrado, ensinando-lhe, em apressada tradução, o pensamento europeu".

No que respeita à motivação de ordem cultural há um interessante fenômeno a ser levado em conta: a classe intelectual e política dominante (que escreveu as Constituições

---

[401] Idem p. 32. Nas palavras do autor: "*Lo verdaderamente importante eran las opiniones individuales y por eso los textos constitucionales de la época hicieron referencia al derecho de publicar ideas libremente por la prensa, sin censura previa"*.

[402] Idem p. 33. Tradução livre de: "*Al poder público le correspondia asegurar el pleno ejercicio y desenvolvimiento de la libertad de prensa, objetivo que sólo podía alcanzarse no interviniendo en la actividad informativa. De allí la famosa frase 'la mejor ley de prensa es aquella que no existe'"*. O autor originário dessa frase citada por Pizarro foi Friedrich Austerlitz que, em que pese sua repulsa pela existência de "leis de imprensa" foi, curiosamente, um dos autores da Lei de Imprensa austríaca de 7 de abril de 1922

[403] CALMON, Pedro. *História do Brasil*. Rio de Janeio: José Olympio, 1959, v. 1, p. 183

liberais em comento) era, a um só tempo, produtora e destinatária de tudo o que se publicava. Isto porque, nos séculos XVIII e XIX a imensa maioria da população mundial era analfabeta e, portanto, não contava como possíveis receptores das mensagens publicadas pela imprensa. Ou seja, era, além de tudo (do desgaste político), despicienda qualquer iniciativa de censura dos escritos publicados pela imprensa.

Por último, no que se refere à razão de ordem econômica, há que se destacar que a liberdade de publicação devia, inexoravelmente, estar acompanhada pela liberdade de empresa. Assim, qualquer pessoa que quisesse edital um periódico, e tivesse meios econômicos para isso, deveria estar livre de restrições, licenças, autorizações governamentais e que tais. Diz Pizarro que "cabe notar que em razão do alto custo que tinha a letra impressa e do reduzido número de leitores, a edição de periódicos era, com frequência, um negócio ruinoso. Daí que os aspectos econômicos não assumiram uma dimensão prioritária. A redação tinha autonomia e os fatores econômicos raramente se impunham sobre ela. Esta imprensa de opinião floresceu em todas as democracias liberais dos séculos XVIII e XIX, gozando de uma lógica e justa proteção nas constituições mais importantes da época"[404].

Este Sistema Jurídico de **garantia constitucional da liberdade de expressão** e de **vedação da censura**, criado a partir das Constituições dos séculos XVIII e XIX, repousava, segundo síntese a que procedeu Ramon Pizarro, sobre seis importantes parâmetros jurídicos, quais sejam: 1) **liberdade de publicação**, ou seja, os meios de imprensa não poderia ser obrigados a publicar coisa alguma; 2) **liberdade de empresa jornalística**, vale dizer, a liberdade de fundar, sem embaraços, uma empresa que explorasse um periódico era complementar à liberdade de publicação; 3) **liberdade concebida na relação informativa desde a fase ativa**, o que significa que o direito de expressar as ideias era concebido desde a fase ativa, sendo o destinatário (leitor) mero corolário ou consequência do exercício daquele direito; 4) **limitação das medida de prevenção**, isto é, se rechaçava qualquer medida inibitória que pudesse embaraçar a elaboração, publicação ou circulação da informação lesiva (baseada, por exemplo, na proteção da honra alheia etc); 5) **"reparação" do dano derivado de publicações inexatas ou ofensivas baseada na ideia de dolo ou culpa**, ou seja, se

---

[404] Idem, p. 34. Tradução livre de: "*Cabe acotar que en razón del alto costo que tenía la letra impresa, y del reducido número de lectores, la edición de periódicos era, con frecuencia, un negocio ruinoso. De allí que los aspectos económicos no asumieran una dimensión prioritária. La redacción tenía autonomia y los factores económicos raramente se imponían sobre ella. Esta prensa de opinión floresció en todas las democracias liberales de los siglos XVIII y XIX, gozando de lógica y justa protección en las constituciones más importantes de la época".*

aceitava, mesmo que de forma muito limitada, a mitigação dos danos causados por publicações inexatas ou ofensivas, mas sempre tendo como requisito a prova do dolo ou da culpa do responsável pela publicação (o erro na emissão da opinião era escusável, a depender do fato concreto) e 7) **o dever de conduta do jornalista**, que era algo predominantemente ético e menos jurídico, ou seja, diferentemente do que se da hoje em dia, a ideia não era a de uma responsabilização profissional com parâmetros claros e objetivos, mas algo como a rase de Walter Williams: "ninguém pode escrever como jornalista o que não possa dizer como cavalheiro".

Ao defender a mudança de paradigma em relação à proteção constitucional à liberdade de imprensa – especialmente no que respeita às suas convicções de que (i) não se trata de garantia sem limites e (ii) de que a tutela preventiva dos direitos da personalidade não são censura aprioristicamente – conclui Ramon Daniel Pizarro o escorço histórico a que procedeu em sua obra da forma seguinte[405]:

> Este foi o sistema que tiveram em conta as constituições liberais dos séculos XVIII e XIX. Filho dileto de uma realidade histórica diferente da que nos toca viver nestes vertiginosos dias. Fruto de uma cosmovisão diferente, do direito e da vida.
> O que resta daquela imprensa de opinião que previram nossos constituintes? Ela é algo similar aos modernos meios de comunicação de massa que proliferam nos dias atuais?
> É possível projetar nessa nova dimensão informativa que vivemos nesta parte do século as soluções clássicas – tanto em matéria de prevenção quanto de reparação de danos – forjadas à luz de uma realidade diferente?

§ 49. Tutela preventiva da personalidade vs censura nos dias de hoje

Para aqueles que entendem ser incabível qualquer ação cominatória prévia ao livre exercício da expressão do pensamento, o fundamento estaria numa suposta vedação constitucional assim fundamentada: em primeiro lugar, ter-se-ia a vedação da censura ou licença do inciso IX do art. 5º que dispõe: "IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, **independentemente de censura** ou licença".

---

[405] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 38. Tradução livre de: "*Este fue el sistema que tuvieron en cuenta las constituciones liberales de los siglos XVIII y XIX. Hijo dilecto de una realidad histórica diferente de la que nos toca vivir en estos vertiginosos días. Fruto de una cosmovisión diferente, del derecho y de la vida. Qué queda de aquella prensa de opinión que previeron nuestros constituyentes? Es ella algo similar a los modernos medios masivos de comunicación que proliferan en la hora actual? Es posible proyectar a la nueva dimensión informativa que vivimos en esta parte del siglo las soluciones clásicas – tanto en materia de prevención cuanto de reparación de daños – forjadas a la luz de una realidad diferente?*"

Aqui, nos parece, claramente, que a associação ao vocábulo "licença" dá à censura vedada pelo inciso IX o indiscutível caráter daquela censura administrativa e prévia dos conteúdos, em voga no Brasil durante os regimes de exceção, especialmente. É esta censura, em que se submete à burocracia estatal (algum órgão censor do Poder Executivo) um conteúdo intelectual qualquer, para só então, liberado o conteúdo e licenciada sua publicação ele pudesse ser levado ao público, indubitavelmente, que se está proibindo no comando constitucional – nenhuma correlação guarda esta nefasta ingerência sobre os espíritos livres com uma eventual medida preventiva inibitória ordenada pelo Poder Judiciário no sentido de evitar um dano iminente e de reparação impossível (impossível restituição ao *status quo ante*).

Combinado com esse dispositivo, os que não aceitam as medidas preventivas invocam o art. 220 da C.F. e seus parágrafos 1º e 2º, *verbis*:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo **não sofrerão qualquer restrição**, **observado o disposto nesta constituição**.
>
> § 1º. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto do **art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV**.
>
> § 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza **política**, **ideológica** e **artística**.

Em primeiro lugar cabe gizar que a parte final do *caput*, como não podia deixar de ser, não pretende criar um direito absoluto – como, de resto, nem o direito à vida o é – e deixa claro este propósito quando já relativiza o preceito em sua parte final, preconizando que este "impedimento de restrições" deverá, no entanto, observar o disposto nesta Constituição. E disposto, especificamente, em regras que seus parágrafos vão evidenciar. Se não, vejamos:

O § 1º transcreve a primeira emenda, de 1791, à Constituição Norte-Americana, numa clara evidência de intuito assecuratório das liberdades políticas – e nunca de vulneração dos direitos da personalidade – mas submete todo aquele belo rol de garantias à liberdade de informação jornalística (aqui é de ressaltar que saímos da liberdade de expressão em sentido lato, onde sempre nos mantivemos até o momento, para tratar de liberdade de imprensa por força do teor do dispositivo), de forma cristalina, à observância de cinco requisitos. Veja-se que não tratamos aqui de uma liberdade ilimitada, mas limitada textualmente à observância

do que dispõem cinco incisos do art. 5º - cláusulas pétreas de garantias fundamentais. Esta maneira de submeter a garantia ao cumprimento do quanto previsto nos incisos que cita é-nos autorizativa, a *contrario sensu*, da seguinte intrepretação: a liberdade de informação em qualquer veículo **poderá sim sofrer embaraço** através de dispositivo legal, se ofender algum dos seguintes regramentos do art. 5º (cláusula pétrea de garantias fundamentais).

Isto é o que dispões os cinco incisos do art. 5º, mencionados no § 1º do art. 220, todos da CF/1988:

> IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato
>
> 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
>
> XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer
>
> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional

Em outras palavras: a teor do que dispõe o § 1º do art. 220 da CF/1988, só estará imune a qualquer embaraço criado por norma infraconstitucional a informação que não seja anônima; que assegure direito de resposta e a que não viole intimidade, vida privada, honra e imagem de outrem. Em ocorrendo o malferimento de uma dessas garantias, o ordenamento jurídico **poderá sim** prescrever medidas que constituirão embaraço à plena liberdade de informação, mas que terão o intuito de tutelar preventivamente direitos da personalidade.

E assim fez o Código Civil de 2002, diploma a que incumbe essa disciplina, porquanto a temática – de proteção à personalidade – seja, inquestionavelmente, de Direito Civil; quando estabeleceu em seus artigos 12, 20 e 21 o quanto segue:

> Art. 12. **Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade**, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
>
> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, **a divulgação de escritos, a**

> **transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento** e sem prejuízo da ação que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
>
> Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Além da interpretação que fizemos acima do § 1º do art. 220 da CF/1988, há outro dispositivo constitucional também autorizativo da normatização infraconstitucional a que procedeu o Código Civil. Trata-se do inciso XXXV do art. 5º (repita-se, rol das cláusulas pétreas de garantias fundamentais), que dispõe: "**a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito**".

Ora, e nem poderia ser diferente, quanto mais ao se tratar de danos de impossível (e não difícil) reparação. Os danos morais por vulneração à privacidade, à honra ou à imagem são **mitigáveis**, no máximo, mas nunca indenizáveis, pois deles nunca sairá indene sua vítima. Muito já se utilizou a imagem, por exemplo, da difamação como um travesseiro de penas que, do alto de uma montanha se abre, sendo as penas a esvoaçarem a repercussão das ofensas assacadas contra a honra alheia. Vã seria a tentativa de recolher uma a uma as penas que lá do alto empreenderam voo. Portanto a mitigação dos danos morais com uma condenação *in pecunia* é a saída mais comum. Mas imaginem que, minutos antes de serem as penas soltas, já sabedor da iminência desse injusto ataque à sua honorabilidade (e dos consequentes efeitos nefastos) a vítima pudesse requerer uma tutela preventiva inibitória do ato lesivo. Seria razoável exigir que a vítima, primeiro suportasse os danos irreparáveis para que, só depois, buscasse a ação meramente balsâmica de seus danos morais através de uma mitigação pecuniária? Parece-nos que a resposta negativa se impõe.

E essa idiossincrasia injustificável de impor o dano primeiro, impedindo que o judiciário se manifeste sobre ameaça de iminente lesão, dar-se-ia apenas e tão somente por força de uma interpretação equivocada do quanto seja **censura**.

Censura é algo que causa repulsa às consciências democráticas no Brasil, mormente por conta de nosso recente histórico político a envolver ditaduras (na chamada "Era Vargas" e nos "Anos de Chumbo" do período militar, pós golpe de 1964), que foram pródigas em lançar mão desse artifício com o fito de calar a intelectualidade brasileira que se opusesse

ao regime ditatorial da vez. As criações do espírito, tanto no campo das artes, como no do conhecimento foram, sistematicamente, sindicadas – não raro por "brucutus" da burocracia sem grande erudição, que deixaram passar sutis manifestações de ironia por absoluta falta de compreensão[406] - pela Administração para que sua publicação fosse licenciada ou não.

Mas parece óbvio que, ao tratar de tutelas preventivas dos direitos da personalidade – as previstas nos arts. 12, 20 e 21 do CC/2002 – não é desse mesmo fenômeno que se está a falar. As medidas inibitórias que defendemos (i) não são **prévias**, e a censura era prévia; e não o são porque ao decidir por elas houve anteriormente uma ponderação entre a liberdade de expressão do emissor da mensagem (garantida) e os direitos da personalidade e **só a partir dessa ponderação** resultando em favor destes últimos, é que a tutela inibitória seria deferida; (ii) não são praticadas pelo **Poder Executivo, pelo Governo**, ou seja, não serão fruto de ato administrativo ou de discricionariedade de um agente político, mas de uma decisão judicial revestida das garantias que este tipo de decisão implica e (iii) são tomadas apenas **na medida mínima necessária** da eliminação do dano, não são fundadas na lógica autoritária da censura do "*all or nothing*", do **liberado** ou **proibido**, mas sim, atendendo às restrições e adaptações que se façam necessárias para não anular nem a liberdade da manifestação do pensamento e nem a proteção à personalidade alheia, mantendo o elemento nuclear dos valores conflitantes (por exemplo: a supressão de uma imagem dentre várias ou de pequeno trecho de um escrito).

O próprio § 2º do mesmo art. 220 da CF/1988 diz aquilo que entende por censura a ser vedada: "toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística". Os critérios apriorísticos relacionados às convicções do emitente da ideia ou uma tentativa de glosa estética do que seja ou não publicável: isto é proibido! Novamente, quando se está falando das medidas preventivas, não é da mesma coisa que se trata. As medidas preventivas autorizar-se-ão frente aos ataques injustos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas: nada mais distante do que censura política, censura ideológica ou censura estética.

---

[406] A canção "Apesar de Você" de Chico Buarque de Hollanda foi aprovada pela censura em pleno Governo do General Garrastazu Médici, com a declaração do artista de que se tratava de música composta para uma mulher ciumenta. Dizia a letra "Hoje você é quem manda/Falou tá falado/Não tem discussão, não/A minha gente hoje anda falando de lado e olhando pro chão, viu? (...) Apesar de você, amanhã há de ser outro dia...". Descoberta a "homenagem" ao general presidente, meses depois do lançamento do álbum, este teve sua apreensão ordenada e a música proibida *a posteriori*.

Resumindo nossa tese: a ideia é a de que, em primeiro lugar, o conflito real (e não aparente) se dá entre os direitos fundamentais (garantias ou liberdades individuais), que constituem **direitos da personalidade**. No caso *sub examine*, entre os incisos IX e X do art. 5º, isto é, livre expressão do pensamento e honra, intimidade ou vida privada. Feita a ponderação entre esses princípios em conflito e prevalecente a honra e a privacidade do alvo da manifestação da opinião alheia, passa-se a uma segunda discussão:

Os artigos 12, 20 e 21 do CC/2002 que permitem medidas que façam cessar a lesão sofrida pelo alvo do abuso no direito à liberdade de expressão alheio contrariam o art. 220 e §§ 1º e 2º da CF/1988?

A resposta nos parece **negativa** pelas seguintes razões:

a) O caput do art. 220 diz que não haverá restrição à manifestação do pensamento e da criação (expressões do intelecto) **desde que** observado o disposto naquela constituição e a primeira operação de ponderação principiológica já demonstrou que essa observação não se deu, porquanto a manifestação do pensamento se operou em detrimento da honra e da privacidade alheias;

b) O § 1º obstaria a edição de normas infraconstitucionais como os três dispositivos em comento do Código Civil, se estas contrariassem as seguintes premissas: 1) permitissem o anonimato, ao embaraçar a plena liberdade de expressão (inciso IV); 2) vedassem o direito de resposta ou impedissem a vítima de buscar a indenização pelos danos experimentados ao embaraçar a plena liberdade de expressão (inciso V); 3) embaraçassem a plena liberdade de expressão de manifestação que não violasse a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de alguém (inciso X); 4) embaraçassem a plena liberdade de expressão de forma a impedir o livre exercício profissional estando atendidos os incisos anteriores (inciso XIII) e 5) embaraçassem a plena liberdade de informação obrigando a revelação da fonte, mesmo quando necessário tal sigilo para o exercício da profissão (inciso XIV).

c) O § 2º obstaria a edição dos artigos 12, 20 e 21 do CC/2002 se eles trouxessem em seu texto hipóteses de censura de cunho político, ideológico ou artístico; o que, **absolutamente**, não é o caso. Tais dispositivos infraconstitucionais apenas visam a fazer cessar uma lesão a direito da personalidade, direitos de

tal estatura que são tratados como essenciais para a condição de pessoa e foram alçados à categoria de garantias individuais na Constituição Federal.

d) Além de todas essas já suficientes razões exegéticas, os dispositivos autorizativos de medidas preventivas ou de medidas de força para fazer cessar a lesão aos direitos de personalidade – ao invés de, tão somente, aguardar a condenação mitigatória em pecúnia, que nunca terá o condão de restabelecer o *status quo ante* e tornar a vítima indene – se apoiam num outro mandamento constitucional também do rol pétreo das garantias fundamentais do art. 5º: aquele constante do inciso XXXV, que dispõe: "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito". Autorizado, sempre, o juiz a tomar as providências que façam efetivas suas medidas protetivas do direito da parte.

Aderimos, sem qualquer ressalva ao entendimento de eminentes juristas que também acreditam na absoluta discrepância entre as medidas de tutela preventivas dos direitos da personalidade e a censura vedade pela Constituição Federal. Entre eles, podemos destacar Claudio Luiz Bueno de Godoy[407], em seu "A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade" onde se lê:

> O que, em matéria de tutela preventiva, não raro suscita divergência diz com a aferição sobre se ela, em algum instante, pode representar indevida censura à atividade de imprensa, afinal, como se viu, constitucionalmente garantida.
> Todavia, a resposta a essa indagação, com efeito, só pode ser negativa, a começar pela verificação, já externada, de que a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade de opinião ou a liberdade de imprensa não são direitos absolutos, que não encontrem limites, por exemplo, ditados por sua ponderação diante de outros direitos de igual dignidade.
> Mais, já se viu ainda que o exercício da liberdade de imprensa não se faz, por causa da natureza desse direito, escoimado de todo e qualquer dever jurídico, que justifique a inviabilidade de se evitar que dele possam dimanar danos à personalidade, à dignidade alheia, também garantida pela Constituição Federal.
> Isso não deve ser confundido com censura. Não se trata de, previamente, e de forma injustificada, obstar o exercício da liberdade de imprensa. Cuida-se, antes, de garantir a própria função institucional que lhe é inerente.

[407] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 106

Gustavo Gonet Branco, em seu "Curso de Direito Constitucional", escrito em coautoria com Gilmar Ferreira Mendes[408], afirma que um comportamento não coberto pela proteção da liberdade de expressão poderá vir a acarretar ao seu autor responsabilização civil e até criminal na hipótese de vulnerar um direito fundamental (direito da personalidade) alheio. No entanto, traz o autor a notícia quanto à grande controvérsia no meio jurídico acerca da possibilidade de obstaculizar tal comportamento antes dele se dar e, portanto, causar o dano. "Num ponto há acordo: não é viável a censura por parte de órgão da Administração Pública. A discussão está, antes, em saber se é dado ao juiz proibir uma matéria jornalística, num caso concreto de conflito entre direitos fundamentais – o de informar em atrito com o da imagem, por exemplo". O autor mostra ambas as posições, trazendo citações daqueles doutrinadores que entendem ser a proscrição da censura prévia um obstáculo intransponível até mesmo para a atuação judicial no sentido de evitar a lesão, pois a "indenização" pelo dano moral é a melhor solução para o caso (citando, por exemplo, Castanho de Carvalho, *Direito de Informação*). Mostra, igualmente, a posição daqueles que entendem que a proteção constitucional estaria esvaziada se a intervenção do Judiciário pudesse dar-se apenas depois de perpetrado o dano, sendo que, como a Constituição utilizou-se de termos peremptórios para assegurar a *inviolabilidade* da privacidade e da honra das pessoas, a "indenização" cabível apenas nos casos onde o dano foi inevitável (citando, por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*).

Por fim, depois de bem posicionar a controvérsia doutrinária, revela-nos Gonet Branco sua posição, dizendo:

> Este último modo de ver tem por si o argumento de que nem a garantia da privacidade nem a da liberdade de comunicação podem ser tomadas como direitos absolutos; sujeitam-se à ponderação no caso concreto, efetuada pelo juiz, para resolver uma causa submetida ao seu descortino. Dada a relevância e a preeminência dos valores em entrechoque, é claro que se exige máxima cautela na apreciação das circunstâncias relevantes para solver o conflito. Mas, se é possível, de antemão – sempre na via judiciária, de acordo com o devido processo legal – distinguir uma situação de violência a direito de outrem, não atende à finalidade do Direito deixar o cidadão desamparado, apenas para propiciar "um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral" (Karpen).
> Se um indivíduo se defronta com iminente publicação de notícia que viola indevidamente a sua privacidade ou a honra, há de se lhe reconhecer o direito de exigir, pela via judiciária, que a matéria não seja divulgada. Não há porque cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito

[408] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constucional*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 279

> fundamental, para, somente então, vir a buscar uma compensação econômica. Veja-se que, quando se tem por assentado o bom fundamento do pedido de indenização, isso significa que a matéria não tinha o abono do direito para ser publicada, antes mesmo de consumado o dano.

Para Gilberto Haddad Jabur[409] as medidas preventivas de danos à personalidade não são nem censura e nem sequer fiscalização sumária, pelo fato de que não haveria a intervenção de um órgão designado pelo Poder Executivo para filtrar arbitrariamente o que serviria ou não à publicação. Ao contrário, se está falando da submissão do caso concreto a um juiz de direito que, "provocado por razões concretas e individuadas – diferentes daquelas de ordem genérica que poderiam motivar, grosso modo, a censura -, deverá decidir função única de sua investidura". Para o autor, entendimento ao qual nos perfilhamos, o étimo censura, no sentido político que a Carta pretendeu proscrever do Brasil (inclusive literalmente, dizendo vedada a censura **política, ideológica** e artística), é um "processo de submissão prévia e obrigatória da palavra (escrita ou falada), dos gestos, sinais e símbolos a um ente, órgão ou censor que, de conformidade com critérios morais e políticos, procederá a um exame crítico, para, a final, autorizar ou negar a publicação, integral ou parcial, da notícia".

Mais adiante[410], argumenta Gilberto Jabur com clareza e precisão tais, que aconselham que nós aqui trancrevamos seu raciocínio:

> Não é difícil enxergar que os efeitos exsurgidos de uma publicação ofensiva à honra ou à privacidade, por exemplo, mostram-se, com frequência, bem mais funestos ao titular de um desses bens jurídicos. À imprensa sobram notícias, avultam informações à espera de divulgação. O titular do direito à honra ou à privacidade tem apenas uma reputação, uma imagem e um nome pelos quais deve zelar. O órgão de comunicação, repleto de profissionais, capazes e atilados, pode dar tratamento mais ameno à notícia, sem dela sutrair a verdade, pode ocultar aspectos íntimos, meramente perturbadores, distantes do foco central. O titular de um desses bens personalíssimos não reúne meios suficientes, nem mais nem menos aptos, para desfazer, com a mesma presteza e penetração que ornamentam a imprensa, os efeitos negativos e arrebatadores que a difusão da notícia expeliu no universo difuso de leitores ou espectadores. Difuso, já se observou, porque os destinatários não são determinados nem determináveis, e isso, naturalmente, potencializa a lesão. E com a intervenção a democracia não perde. Porque a prudência judicante saberá impor peias às exaltações que porventura acometam os espíritos menos esclarecidos ou mais melindrados. A equação da qual deverá o magistrado se valer é a da proporcionalidade ou razoabilidade, simples em sua essência, mas segura para a preservação de

---

[409] JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada – Conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000, p. 218

[410] Idem, p. 219

> direitos. Não é sacrifício de um direito em atributo ao outro, mas valoração, caso a caso, da potência que a lesão iminente, ou em curso, apresenta perante um universo verdadeiramente incalculável de destinatários do desabono, por assim dizer.

Álvaro Rodrigues Junior, em seu "Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação – Limites e Formas de Controle"[411], afirma que "a tutela preventiva reveste-se da maior importância quando se trata de lesões aos direitos da personalidade, pois em muitos casos o que realmente importa para a vítima é cessar a reiteração dos comportamentos ilícitos que atingem sua intimidade ou sua honra e não simplesmente receber indenização futura pelos danos causados". Para o autor o mais importante, a fim de garantir de forma eficiente a defesa e o desenvolvimento da personalidade humana, seria prover as pessoas de algum tipo de defesa jurídica a **evitar** a ocorrência do dano ou a mitigar suas consequências **ainda em curso**.

Diz Rabindranath V. A. Capelo de Sousa[412] que aquele velho ditado popular segundo o qual "vale mais prevenir do que remediar" tem perfeita cabença aos casos de tutela dos direitos de personalidade e da respectiva prevenção de danos a eles. Isto porque a natureza não integralmente ressarcível desse tipo de danos e mesmo a dificuldade de ser "compensável em dinheiro ou reconstituível em espécie a violação de proeminentes bens extrapatrimoniais da personalidade, como a vida, a saúde, a liberdade, a intimidade da vida privada, etc...", aconselham desde logo sancionar as **ameaças** à personalidade, ao invés de aguardar para agir *ex post facto*.

Explica o professor de Coimbra que o direito português, através do art. 70º, nº 2 do Código Civil, prevê norma autorizativa **de caráter geral** para uma série de providências tendentes à tutela preventiva da personalidade, que a lei não traz em *numerus clausus*. E ele prossegue exemplificando medidas que podem ser adotadas:

> Assim, nos termos do nº 2 do art. 70º do Código Civil, a pessoa ameaçada na sua personalidade física ou moral pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça. Todavia, parece-nos ser de exigir aqui, face nomeadamente às necessidades da vida em comum, que a ameaça da ofensa seja ilícita e que seja significativo o mal cominado e ponderável o receio, o medo ou a perturbação pela sua cominação.

---

[411] RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação – limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 158

[412] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 474-475

> Deste modo, são juridicamente decretáveis providências tutelares *preventivas* de violações da personalidade que proíbam e sancionem o acesso e o registro de informações ou de dados da vida privada das pessoas, sobretudo através de computadorização. Igualmente podem ser declaradas e executadas providências preventivas que impeçam (inclusive, mediante apreensão) a utilização, a reprodução ou a divulgação abusivas de imagem alheia ou que vedem a publicação não autorizada ou a quebra de reserva de cartas confidenciais, memórias familiares e outros escritos confidenciais.
> Outrossim, há lugar a providências preventivas de violações da personalidade que obstem (se necessário através de apreensão e até mesmo de destruição) à publicação e divulgação de livros, filmes ou outras criações intelectuais, quando essa publicação seja lesiva de direitos do seu autor ou quando tais obras contenham graves ofensas à identidade ou à honra pessoal de terceiros. Também podem ser judicialmente ordenadas providências preventivas de violações da personalidade que proíbam e sancionem a colocação ou ulterior utilização de maquinismos ou fontes produtoras de ruídos, cheiros, fumos e outros poluentes prejudiciais ao repouso, à saúde, ao sossego ou à qualidade de vida de vizinhos.

Ramon Daniel Pizarro, em seu "*Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación – Daños por noticias inexactas o agraviantes*" se propôs a seguinte indagação: "quais são as medidas preventivas que se podem admitir em nosso direito, quando a lesão a direitos personalíssimos, potencial ou com começo de execução, provém da atividade da imprensa?"[413]

Prossegue o autor argentino dizendo que o tema é verdadeiramente complexo por conta de proibição constitucional, vigente também naquele país, que veda a censura prévia quando se trate de expressar ideias através da imprensa (artigo 14 da Constituição Nacional argentina), mas que, segundo ele, deve ser extendida, sem nenhuma dúvida, a qualquer outra forma de expressão sem importar o suporte técnico (rádio, televisão, etc). Pizarro traz a notícia de que há duas correntes de pensamento, uma que inadmite por completo quaisquer medidas preventivas por entendê-las como censura prévia e outra que as admite em casos excepcionais, filiando-se ele mesmo à segunda delas.

Pedimos vênia para transcrever o trecho em que traz o autor a elucidativa explicação quanto à celeuma também na Argentina experimentada em relação à dicotomia entre medidas preventivas ou ação *ex post facto tantum*:

> Podem os juízes proibir a realização total ou parcial de certas publicações, ou impedir sua circulação quando estas atentem, de forma manifesta e

---

[413] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación – Daños por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1991, p. 323. Tradução livre de: "*Cuáles son las medidas preventivas que pueden admitirse en nuestro derecho, cuando la lesión a derechos personalísimos, potencial o con comienzo de ejecución, proviene de la actividad de los médios masivos de comunicación?"*

arbitrária, contra direitos fundamentais da pessoa (intimidade, honra, imagem)?

Doutrina que rechaça todo tipo de medidas preventivas

Para a jurisprudência e a doutrina dominantes, a resposta deveria ser negativa. A proteção constitucional do direito de publicar ideias pela imprensa sem censura prévia (arts. 14 e 32 da CN [Constituição Nacional]) seria absoluta neste aspecto e alcançaria todos os poderes do Estado, inclusive o Judiciário. Por conseguinte, estaria vedado aos nossos juízes um semelhante proceder, porque ao fazê-lo converter-se-iam em censores, com as consequentes responsabilidades civis e penais.

Isto, entretanto, não obsta a responsabilização derivada da publicação, em face do delito ou do abuso nos quais se incorra através dela.

Em suma: ausência de controle prévio e responsabilidade posterior.

Doutrina que admite, de maneira excepcional, medidas preventivas

De nossa parte, estamos convencidos de que o raciocínio acima descrito não pode ser aceito em termos absolutos.

Admitimos que, como regra geral, é vedada aos juízes a adoção de remédios preventivos que possam importar em censura prévia, pela aplicação do artigo 14 da Constituição Nacional. Daí que suas faculdades são mais limitadas do que em outros âmbitos e assumem um conteúdo certamente mais restrito.

Sem embargo, em situações excepcionais, e com o propósito de evitar ou de fazer cessar um atentado grave e arbitrário contra a intimidade, a honra ou a imagem de uma pessoa, os juízes podem ordenar – inclusive preventivamente – a proibição temporária ou definitiva de uma publicação, ou de parte da mesma e impedir ou, ainda, restringir sua circulação.

Várias razões sustentam esta convicção que a alguns, seguramente, parecerá escandalosa e herética.

A proibição de censura prévia que consagra o art. 14 da C.N. não assume um sentido absoluto que, com frequência se lhe quer emprestar. Através dela se procura proteger e garantir a livre publicação de ideias, sem controles ou discriminações estatais, **principalmente do poder político**. **Este foi o sentido histórico, político e jurídico de tal prerrogativa**.

Uma vez mais, é impoetante que não se perca de vista o tipo de imprensa que previram nossos constituintes. A imprensa de opinião que existia no século XIX não devia dar lugar a medidas de prevenção judicial, porque as opiniões e crenças estavam (*e estão*) à margem do *poder cautelar dos juízes*, mesmo quando tenham o condão de lesar a terceiros. Daí que a doutrina constitucionalista clássica adotou fórmulas tão categóricas no momento de considerar como atos de censura prévia, atentatórios à dicção do art. 14 da C.N., aqueles emanados do Poder Judiciário com o fito de impedir ou limitar certas publicações.

Porém os tempos mudaram. Temos agora uma imprensa distinta, com necessidades e urgências diferentes, que – como já vimos – agudizam e potencializam o conflito com direitos que compõem a dignidade da pessoa humana. Já não se trata apenas de publicar ideias e crenças, *mas sim de difundir notícias e informações, cujo conteúdo pode avançar sobre aspectos íntimos da pessoa, ou sobre outros direitos da personalidade*.[414]

---

[414] Idem, pp. 324-326. Tradução livre de: "*Pueden los jueces prohibir la realización total o parcial de ciertas publicaciones, o impedir su circulación cuando atenten en forma manifiesta y arbitraria, contra derechos fundamentales de la persona (intimidad, honor, imagen)? A) Doctrina que rechaza todo tipo de medidas de prevención. Para la jurisprudencia y doctrina dominantes, la respuesta debería ser negativa. La protección*

Aos detratores da doutrina da tutela preventiva dos direitos da personalidade – que, posto que a estabeleçam, claramente, os arts. 12, 20 e 21 do CC/2002, insistem em afirmar sua inviabilidade, por inconstitucional – parecem as medidas inibitórias uma espécie de censura. E, por lembrar este instituto tão caro aos regimes de exceção, dizem-nas inimigas da **democracia**. Pois bem, para nós, no entanto, para além da distância segura entre os institutos mal comparados – principalmente em face das garantias do *due process of law*, inexistente na censura, que era ato administrativo/político – há uma outra questão de vital importância: muito mais atentatório à ordem democrática; muito maior déficit civilizatório é permitir um "faroeste das reputações, intimidades e imagens alheias", em nome de uma pretensa **liberdade de praticar o ilícito**, numa atitude cínica de aguardar a ocorrência do dano que se sabe iminente para, só *ex post facto*, **tentar** a mitigação *in pecunia* de ataques aos mais valiosos interesse jurídicos que compõe o patrimônio ideal de cada um. Não conseguimos pensar em nada mais anti-democrático do que fazer *tabula rasa* da proteção dos atributos essenciais da construção das personalidades, permitindo o achincalhe público, o total desrespeito às esferas privadas dos outros e, em breve, o linchamento em praça pública – se não simbólico, real.

---

constitucional del derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa (arts. 14 y 32, C.N.) resultaria absoluta en este aspecto, y alcanzaría a todos los poderes del Estado, incluido el Judicial. En consecuencia, estaria vedado a nuestros jueces un proceder semejante, porque de hacerlo, se convertirían en censores, con las consecuentes responsabilidades civiles y penales. Lo expressado, sin embargo, no obstaría a las responsabilidades derivadas de la publicación, frente al delito y al abuso en que se incurra por este medio. En suma: ausencia de control previo y responsabilidades ulteriores. B) Doctrina que admite, de manera excepcional, medidas preventivas. Por nuestra parte, estamos convencidos que el razonamiento antes vertido no puede ser aceptado en términos absolutos. Admitimos que, como regla general, está vedado a los jueces la adopción de remedios preventivos que puedan importar censura previa, por aplicación del art. 14 de la C.N. De allí que sus facultades sean más limitadas que en otros âmbitos y asuman contenido ciertamente restringido. Sin embargo, en supuestos de excepción, y con el propósito de evitar o de hacer cesar un atentado grave y arbitrario contra la intimidad, el honor o la imagen de una persona, los jueces pueden ordenar – incluso preventivamente – la prohibición temporaria o definitiva de una publicación, o de parte de la misma, o impedir o restringir su circulación. Varias razones sustentan esta convicción que a algunos, seguramente, les parecerá escandalosa y herética. La prohibición de censura previa que consagra el art. 14 de la C.N. no assume el sentido absoluto que con frecuencia se le assigna. A través de ella se procura proteger y garantizar la libre publicación de ideas, sin controles o discriminaciones estatales, principalmente del poder político. Ese fue el sentido histórico, político y jurídico de tal prerrogativa. Una vez más es importante no perder de vista el tipo de prensa que previeron nuestros constituyentes. La prensa de opinión que existía en el siglo XIX no debía dar lugar a medidas de prevención judicial, porque las opiniones y creencias estaban (y están) al margen de la potestad preventiva de los jueces, aun cuando pudieren tener aptitud para dañar a terceros. De allí que la doctrina clássica constitucionalista adoptara fórmulas tan categóricas a la hora de considerar como actos de censura previa, atentatorios contra el art. 14 de la C.N., a los emanados del poder judicial con el fin de impedir o limitar ciertas publicaciones. Pero los tiempos han cambiado. Tenemos ahora una prensa distinta, con necesidades y urgências diferentes, que – como ya hemos visto – agudizan y potencian el conflito con derechos que hacen a la dignidad humana. Ya no se trata sólo de publicar ideas y creencias, sino de difundir noticias e informaciones, cuyo contenido puede avanzar sobre aspectos no revelables de la persona, o sobre otros derechos de la personalidade".

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus Maluf, em seu "Introdução ao Direito Civil"[415] disseram sobre a tutela preventiva dos direitos da personalidade, *verbis*:

> Isto porque os direitos da personalidade destinam-se a resguardar a dignidade da pessoa humana, mediante sanções a serem suscitadas pelo ofendido, denominado lesado direto. Essa sanção deverá ser imposta por meio de medidas cautelares que suspendam os atos que ameacem a integridade psicofísica do indivíduo, movendo-se, em seguida, uma ação que irá declarar ou negar a existência da lesão que poderá ainda ser cumulada com a ação de perdas e danos a fim de ressarcir eventuais danos morais e/ou patrimoniais decorrentes.

Preocupam os casos recentes – tornados bastante comuns – de abordagens carregadas de ódio, xingamentos pesados e até ameaças, a políticos, Ministros de Tribunais Superiores ou Administradores Públicos quando em viagens, hospitais, restaurantes, aeroportos etc. Tais episódios deploráveis e constrangedores – talvez tidos por alguns como um sublime e elogiável exercício da mais plena democracia – são, invariavelmente, filmados por aparelhos celulares e depois "viralizados" em superexposição nas ditas "redes sociais", amplificando e diferindo no tempo o constrangimento causado a seus alvos, que aparecem atônitos e sem saber como agir num misto de medo e indignação pela violência sofrida. Portanto, vê-se que entre (i) o "linchamento democrático de corpos ou reputações" e (ii) uma medida inibitória de lesões a direito da personalidade determinada por juiz de direito a partir de ponderação de valores colidentes; ficamos com a segunda como sendo aquela que melhor se coaduna com o Estado Democrático de Direito, ao contrário do que faz pensar o discurso raso e fácil que faz tremular a linda bandeira da liberdade de expressão como um direito sagrado e sem limites.

49.1 Exame de caso concreto de Tutela Preventiva: Caso "Lampião, o mata sete"

Merece exame a sentença proferida pelo juiz da 7ª Vara Cível de Aracaju/SE, Aldo de Albuquerque Mello, na ação movida por Expedita Ferreira Nunes em face de Pedro Moraes[416]. A autora é filha única do já falecido casal Virgulino Ferreira da Silva e Maria Dea

---

[415] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 275

[416] Proc. Nº 2011.10701579, 7ª Vara Cível de Aracajú/SE, Ação de obrigação de não fazer c/c pedido de antecipação de tutela. Autora: Expedita Ferreira Nunes. Réu: Pedro de Moraes.

dos Santos, conhecidos, respectivamente, como “Lampião” e “Maria Bonita”, os reis do cangaço.

Em 21/11/2011 a autora leu no caderno “Cultura” do periódico “Cinform” reportagem referindo-se ao breve lançamento, em 24/11/2011, de obra literária de autoria do réu, intitulada “Lampião, o Mata Sete”. A manchete que chamava a atenção para a reportagem tinha o seguinte conteúdo: “Lampião era gay e Maria Bonita, adúltera”. No interior do jornal, sob outra manchete, também nada elogiosa, “Lampião era boiola e não tinha capacidade de ereção”, havia entrevista concedida pelo autor do livro onde este dizia descrever Lampião na obra como homossexual, impotente, covarde, um homem mal (sic), a serviço dos poderosos e Maria Bonita como adúltera e sem função alguma no cangaço, a não ser disfarçar a homossexualidade de Virgulino.

Indignada Expedita procurou o Judiciário em 23/11/2011 e logrou obter a antecipação de tutela proibindo a publicação, veiculação, exposição pública, venda ou doação do livro denominado “Lampião, o mata sete”, sob pena de multa diária. Na inicial, a autora alega que o livro expõe a intimidade, a vida privada e vulnera a honra de seus pais, com acusações relacionadas à mais recôndita intimidade do casal. Alega, outrossim, não ter dado qualquer tipo de autorização ao réu para a publicação da indigitada obra.

Na contestação, alega, de maneira absolutamente despicienda o réu que “o tema acerca da sexualidade do cangaceiro nunca foi criação sua, e que a incapacidade procriatória de Lampião sobreveio de um acidente que sofreu, segundo pesquisas e consultas a urologistas, além de afirmar que se serviu de escritos para tratar do adultério de Maria Bonita”. Esquece-se de que a veracidade ou não das informações **íntimas** pouco importam nesse caso, o que está em discussão é a licitude da invasão a esta esfera protegida da vida privada. Em seguida, alega o réu que seu trabalho encontra amparo na liberdade de expressão e que “não faz em seu livro referências a pessoas privadas, mas sim a personagens cujas relações pertencem à história, não havendo, portanto, justificativas à censura da sua obra que apenas discute que o cangaceiro não era justiceiro e nem general e, sim, um covarde, um homem mau e violento sempre a serviço dos poderosos” [417].

O juiz Aldo Mello profere sentença irretocável e enfrenta com desassombro as questões que se colocam acerca da colisão entre a liberdade de expressão e a proteção à

[417] Fls. 2 da r. sentença, relatório

intimidade, à vida privada, à honra e à imagem; além da celeuma respeitante ao cabimento ou não de tutela preventiva dos direitos da personalidade e sua distinção em relação à censura prévia. Com relação a este último tema, ele se ampara, entre outros argumentos, no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 que dispõe como garantia e direito fundamental de todo cidadão a certeza de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Pedimos licença para transcrever os principais trechos do aresto sob exame:

> O Judiciário diariamente atua de forma prévia, evitando a prática de atos ilícitos e que contrariem o nosso ordenamento jurídico, bastando ver a infinidade de medidas cautelares que são deferidas e executadas nos vários juízos deste País.
> No caso da presente ação de obrigação de não fazer, a requerente deseja apenas mais um desses provimentos cautelares no sentido de garantir e preservar a sua honra e a de seus genitores já falecidos, não se admitindo que o princípio inerente à liberdade de epressão e de pensamento, seja utilizado para agredir, ofender ou mesmo ameaçar os direitos inerentes à preservação da honra, da intimidade e mais ainda, da vida privada da requerente.
> Não sou ingênuo de acreditar que o tema é pacífico e que não existem polêmicas sobre o mesmo, mas, da mesma forma, sou plenamente consciente de que o Poder Judiciário não pode se acovardar e se furtar de enfrentar matérias desta índole, devendo adotar postura que vise assegurar de forma efetiva e em toda a sua plenitude, a perfeita e harmoniosa aplicação de todos os princípios constitucionais , pois nem o direito à vida, que é o mais sagrado para todos os cidadãos, é ilimitado, podendo sofrer limitações no caso de guerra, estado de necessidade ou legítima defesa.
> Por entender dessa forma, é que não admito e refuto por completo, toda e qualquer tese que defenda uma liberdade de imprensa ou manifestação de pensamento, ilimitada ou absoluta.

Adiante, o juiz analisa a alegação do réu de mitigação da proteção à vida privada por tratar-se de pessoas notórias – de personagens históricos – e diz, *verbis*:

> Entendo que a liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento não deve sofrer restrições, quando esteja diretamente ligada à divulgação e publicação de fatos públicos, relativos às autoridades e pessoas públicas e que tenham efetivo interesse social e coletivo, pois o cidadão, nos termos de nossa Constituição Federal, deve ter livre e irrestrito acesso às informações e fatos públicos.
> Entretanto, quando estivermos diante de situações inerentes à vida privada das pessoas, tratando de assuntos ligados à sua intimidade e honra, deve haver, por óbvio, e por determinação da própria Constituição Federal, conforme se vê do seu art. 220, § 1º, a limitação de atuação do exercício da liberdade de imprensa e da manifestação de pensamento.
> Tal restrição prevista na própria Constituição Federal, tem como fundamento a necessidade de garantir a todo e qualquer cidadão a certeza de que a sua vida privada e intimidade são invioláveis, pois dizem respeito apenas à sua própria pessoa e àqueles que gozam de seu convívio mais

> íntimo, evitando assim, a exposição gratuita, constrangedora, desnecessária, ilegal e inconstitucional da vida íntima do cidadão.

Por fim, faz o juiz um cotejo entre os fatos públicos e os fatos íntimos das vidas dos retratados pelo réu – Lampião e Maria Bonita –, demonstrando que, se fosse realmente seu intento, poderia o autor da obra narrar os fatos de interesse público sem adentrar na esfera que deve permanecer a salvo dos olhares curiosos de terceiros:

> No tocante ao fato alegado pelo requerido de que a requerente não se mostra indignada quando o seu pai é chamado de fascínora, homicida, estuprador, ladrão, violento e fora da lei e que se mostra indignada quando o mesmo é chamado de homossexual, verifica-se mais uma vez a fragilidade dos argumentos do requerido.
> Com que certeza o requerido afirma que a requerente não se sente indignada quando seu pai é tratado como um marginal ou bandido, em relação aos fatos criminosos, em tese, praticados pelo mesmo?
> Acontece que os fatos criminosos imputados a Lampião, são fatos públicos, estes sim, de interesse público e coletivo, e justamente por isso, a requerente não pode e jamais poderá proibir a divulgação dos mesmos, pois na verdade, tais fatos não dizem respeito à vida privada de Lampião. Ao contrário, tais fatos e circunstâncias são rotineiramente e cotidianamente tratados pelo público e por quem quer que seja, sem que a requerente possa adotar qualquer tipo de postura ou conduta no sentido de proibir a divulgação e/ou a investigação de tais atos.
> Na verdade, não há qualquer informação de que a requerente tenha orgulho desses fatos imputados ao seu genitor e eventual ausência de provocação sua, na tentativa de proibir a divulgação de tais fatos não significa, necessariamente, a existência de um sentimento positivo de alegria pelos mesmos, pois ainda que não se conformasse, nada poderia fazer, em função da natureza pública e interesse coletivo de tais fatos.
> Ainda tentando justificar a publicação de seu livro, o requerido afirma às fls. 50, que na verdade o objetivo de sua obra é demonstrar que o cangaceiro Lampião não era justiceiro, não era general, não era estrategista, nem tático, e sim, que era um covarde, um homem mau, violento, quase sempre a serviço dos poderosos e nunca um defensor dos fracos e oprimidos. Percebe-se nesta expressa afirmação do requerido em sua contestação, que na verdade o que se pretende é ridicularizar a figura de Lampião, ofendendo-lhe com vários adjetivos, de covarde a homossexual, de impotente a corno, de homem mau a homem a serviço dos poderosos.
> Ora, para provar a sua tese de que Lampião era um homem covarde e violento, não precisa o requerido imputar ao mesmo a conduta homossexual, uma suposta impotência sexual ou ainda as supostas traições de sua companheira Maria Bonita, bastava ao requerido investigar e narrar os vários fatos públicos e notórios, que são imputados a Lampião e Maria Bonita, fatos estes que dizem respeito à prática de diversos crimes e a partir daí traçar um perfil de Lampião e Maria Bonita. Tal conduta, sim, seria legítima e permitida por nosso ordenamento jurídico, mas a partir do momento em que o requerido incursionou e enveredou pelo caminho da invasão da vida privada, da honra e da intimidade de Lampião e de Maria Bonita, contaminou, por ilícita, toda a sua obra.

Assim, com fulcro no art. 5º, X da CF/1988 e no art. 20, parágrafo único do Código Civil, o juiz da 7ª Vara Cível de Aracaju julgou totalmente procedente a ação, para proibir definitivamente o réu de publicar, veicular, expor publicamente, vender, doar onerosa ou gratuitamente, o livro intitulado "Lampião, o mata sete", sob pena de multa diária de R$ 20.000,00 (vinte mil Reais).

Comentando este caso concreto, Silmara Juny de Abreu Chinellato em seu importante artigo "Direitos da personalidade: o at. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias"[418] diz que "com base na diretriz da notoriedade, parece-nos acertada a respeitável decisão prolatada no Processo 201.110.701.579 que cuida de ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de anyecipação de tutela, movida por Expedita Ferreira Nunes contra Pedro de Moraes, autor da obra *Lampião, o mata sete*, visando impedir-lhe a publicação por ofensa à honra e à intimidade de seus pais, Virgulino Ferreira da Silva, a quem é imputada homossexualidade, e Maria Bonita, Maria Gomes de Oliveira, apresentada como adúltera".

[418] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos da personalidade: o at. 20 do código civil e a biografia de pessoas notórias. In 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002. Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. CASSETTARI, Christiano (coord). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145

CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL – TUTELA "REPARATÓRIA" DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

§ 50. Responsabilidade Civil

As ações dos homens que causem alguma lesão a interesse de outrem geram, no mundo do Direito, a necessidade de satisfação à vítima desses danos sofridos, como "desde tempos imemoriais, se tem assentado na consciência dos povos, diante de exigências naturais da própria vida em sociedade"[419].

Todas essas intervenções – quer comissivas quer omissivas – lesivas na esfera de direitos alheia rompem o equilíbrio que se tem no mundo dos fatos, onerando física, moral ou pecuniariamente os lesados que, diante da injustiça desse ataque ficam legitimados automaticamente para defender seus interesses violados – obviamente que respeitadas as regras atinentes à capacidade. Carlos Alberto Bittar explica que ao Direito cabe preservar a integridade moral e patrimonial dos indivíduos, mantendo esse equilíbrio no meio social e também no âmbito pessoal "de cada um dos membros da coletividade em sua busca incessante pela felicidade pessoal". E prossegue, apoiando-se, também na doutrina de André Tunc[420]:

> A busca constante do perfazimento pessoal faz com que se rejeitem adversidades ou perdas; daí, a atualidade da teoria da responsabilidade civil, que diante do contínuo aumento de acidentes, em níveis diferentes, tem procurado, no curso dos anos, engendrar fórmulas eficientes para a satisfação dos interesses dos lesados. Nesse sentido, e depois de evidenciar a crescente elevação de acidentes de circulação e outros, como os derivados de atividades médicas, assim se pronuncia André Tunc: *'L'importance actuelle de la responsabilité civile tient aussi au fait que l'on accepte, de moins em moins, le malheur. C'est une constatation, non um reproche. Dans l'État-providence, toute personne, que souffre un dommage à raison de l'activité d'une autre estime qu'elle est plus ou moins justifiée à la poursuivre pour obtenir une indemnisation' (La responsabilité civile, 1981, p. 2)*.

---

[419] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1994, p. 9

[420] Idem, p. 12

§ 51. Evolução histórica da responsabilidade civil a partir do Direito Romano

A Responsabilidade civil deita suas raízes no princípio do *neminem laedere*. E este é fundamental ao Direito, pois na construção de uma ordem jurídica justa e civilizada, um dos alicerces é a máxima de que a ninguém se deve lesar e, em o fazendo, deve o autor do dano recompor – na medida do possível – o *statu quo ante* da vítima.

ÁlvaroVillaça Azevedo, em seu Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil[421], ensina que a palavra *Responsabilidade* vem do verbo latino *respondere*, usado no spondeo – primitiva obrigação contratual do Direito Romano – onde o devedor se vinculava ao credor através de fórmula verbal em formato de pergunta e resposta: *Spondesne mihi dare Centum? Spondeo!*[422].

Em seguida, formula Álvaro Villaça o seu conceito de responsabilidade civil nos seguintes termos: "é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou, ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem".[423]

A responsabilidade civil pode dar-se nas modalidades **contratual** (quando advém do descumprimento de obrigação do contrato) ou **extracontratual** (quando advém do descumprimento de norma que gera, por conta desse ilícito, dano a alguém). Em face da delimitação do tema deste trabalho, nos interessa mais de perto a responsabilidade civil extracontratual pois é neste âmbito que se localiza a mitigação dos danos morais por abuso no exercício da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento. No entanto, é interessante fazer um pequeno retrospecto quanto à evolução histórica do instituto da responsabilidade civil como um todo, de forma a permitir a melhor compreensão do atual estado do tratamento dado pelo Direito ao fenômeno.

No que respeita à **responsabilidade contratual***,* esta surge no Direito Romano – que é a matriz genética de nossa jusprivatística – à época da Lei das XII Tábuas, de 450 a. C., como corolário do *nexum* e da *mancipium* – espécies obrigacionais – e sujeitava o próprio corpo do devedor, pois o vínculo era com a pessoa do devedor, podendo o credor não-satisfeito escravizá-lo ou esquartejá-lo, a teor do que dispunha a Tábua Terceira, Lei 9: "Se

---

[421] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2011, p. 243

[422] Prometes dar-me um cento? Prometo!

[423] Idem, p. 244

são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre"[424].

Com a evolução do Direito Romano e a consequente proibição da execução pessoal do devedor – principalmente, mas não totalmente, após a *Lex Poetelia Papiria*, no século IV a.C. – surgiu a ideia de que o *patrimônio* do devedor e não sua *pessoa* é que respondia por suas dívidas. Ao credor prejudicado passou a ser concedida a *in integrum restitutio*, ou seja, a ordem pretoriana para recompor o patrimônio do DEVEDOR ao estado anterior à sua insolvência, anulando todas as alienações feitas *in fraudem creditorum*, isto é, em fraude contra os credores.

No campo da **responsabilidade extracontratual**, houve a *Lex Aquilia de damno*, do século III a.C. – razão pela qual ficou este tronco da responsabilidade civil conhecido como responsabilidade aquiliana – que criou uma forma de indenização pecuniária do dano baseada em seu valor estimado. Antes disso, o que havia era a *Lex Talionis*, a Lei de Talião ou pena de talião, que vem de *talis*, igual, idêntico e não do nome de ninguém! Trata-se da regra do "olho por olho, dente por dente". Mais um axioma de vingança privada que incentivava a "justiça" pelas próprias mãos, do que uma regra jurídica. Menções à pena do talião encontram-se na Lei das XII Tábuas, Tábua VII, Lei 11ª: "Se alguém fere a outrem, que sofra a pena do talião, salvo se existiu acordo"[425].

Sobre a inovação em que consistiu a Lex Aquilia de damno, é importante colacionar a lição de José Cretella Júnior, em seu "Curso Elementar de Direito Romano"[426], onde se lê que "antes da Lei Aquília, imperava o regime jurídico da Lei das XII Tábuas, que continha regras isoladas, ao contrário do estado aquiliano, que é uma verdadeira sistematização no sentido de punir através de um determinado tipo de ação todos os atos prejudiciais a alguém. No período pré-aquiliano, a *actio de arboribus succisis* punia a pessoa que cortasse as árvores do vizinho, a *actio incensarum* punia quem incendiasse algo, involuntariamente, a *actio de pastu pecoris* era movida contra quem fizesse pastar seu rebanho em pastagens alheias. No regime da Lei Aquília, é introduzido um novo delito civil

---

[424] *Tabula Tertia – De rebus creditis – 9: Ast si plures erunt rei, tertis nundinis parteis secanto; si plus minusve secuerunt, se fraudesto; Si volent, uls Tiberim peregre venumdanto*

[425] *De delictis – 11: Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*

[426] CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso elementar de direito romano*. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 312

– o *damnum iniuria datum* – isto é, o prejuízo causado à coisa alheia, delito que, à semelhança do furto, empobrece a vítima, sem, no entanto, enriquecer seu autor".

Sugerimos a leitura da obra, já aqui citada, de Álvaro Villaça para um panorama histórico evolutivo da responsabilidade civil, nela cita o autor a lição de Thomas Marky[427], no ponto onde explicita o momento em que a **culpa** passa a ser um elemento nuclear da responsabilidade civil extracontratual – hoje, inclusive, já relativizada, com a abundância dos casos de responsabilidade civil objetiva. Pedimos licença para aqui transcrever esse trecho de grande utilidade para a compreensão de tal transição:

> ...além destes requisitos, a *lex Aquilia* exigia que a danificação fosse feita *iniuria*, isto é, contra a lei. Mais tarde, os jurisconsultos entenderam que a palavra *iniuria* não significava apenas o ilícito, o contrário à lei, mas implicava, também, a culpabilidade do autor do dano. Exigiu-se, pois, que o dano causado o fosse dolosa ou ao menos culposamente, sendo imputável também a mais leve negligência: *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (Digesto, Livro 9, Tít. 2, 44). Outrossim, as sanções da *lex Aquilia* aplicavam-se, mais tarde, a outros casos de danificação, além das restrições originárias acima mencionadas, como aos prejuízos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa.

José Carlos Moreira Alves, em seu clássico "Direito Romano"[428] ensina que a *iniuria*, no seu *lato sensu*, significava todo ato praticado sem que se tivesse direito de fazê-lo, sendo, portanto, o "elemento essencial de qualquer delito". Já *iniuria*, em seu *stricto sensu*, seria uma figura particular de delito a envolver sempre a ofensa à incolumidade física de alguém. O autor traz informação, baseada nas Institutas de Gaio e no *Mosaicarum e Romanarum Legum Collatio* de Paulo, sobre o apenamento deste delito de *iniuria* pela Lei das XII Tábuas:

> a) de composição legal (isto é, penas pecuniárias impostas pela lei ao autor da *iniuria*):
> 1 – no valor de 300 asses, na hipótese de *os fractum* (osso fraturado), sendo a vítima homem livre;
> 2 – no valor de 150 asses, no caso de *os fractum*, sendo a vítima escravo; e
> 3 – no valor de 24 asses, quando se tratasse de outras espécies de lesões;
> b) de talião (ou seja, a faculdade de a vítima produzir no ofensor a mesma lesão que este fez: olho por olho, dente por dente), na hipótese de *membrum ruptum*; a pena de talião, porém, podia ser afastada se a vítima concordasse (*composição voluntária*) em receber do ofensor uma indenização.

---

[427] MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995

[428] MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 587

Segundo o autor, no direito clássico, o pretor auxiliado pela jurisprudência atua em dois sentidos, no que respeita ao delito de *iniuria*: a) em primeiro lugar, aumenta-lhe a abrangência, fazendo-a abarcar, além das lesões corporais, as ofensas à honra alheia e b) em seguida, cria a *actio iniuriarum*, que tem como escopo condenar o autor da *iniuria* ao pagamento de uma quantia que será arbitrada pelo juiz popular, conforme maior ou menor gravidade do ilícito: é a *actio iniuriarum aestimatoria*, que é pretoriana e *in bonum et aequum concepta*, ou seja, aquelas do direito formulário em cuja fórmula se dá ao juiz poder para fixar o valor da condenação de acordo com a equidade (entre as *actiones in bonum et aequum conceptae*, temos a *funeraria*, a *sepulchri uiolati*, a *iniuriarum*, a *aestimatoria*).[429]

Mais adiante, explica Moreira Alves o início da transição da *actio iniuriarum aestimatoria* do campo do direito privado para aquele do direito público:

> Ainda no direito clássico, inicia-se o movimento de passagem da iniuria do campo dos delitos privados para o terreno dos delitos públicos. Isso, segundo parece, se deu a partir da Lei *Cornelia de iniuriis*, na época de Sila, a qual admitiu que a vítima, se quisesse, e se a *iniuria* fosse grave (*iniuria atrox*), poderia obter o julgamento do réu pelas *Quaestiones Perpetuae* (tribunais que julgavam delitos públicos, impondo, consequentemente, penas públicas). Desde o principado, estabeleceu-se que, quando a vítima preferisse a repressão criminal da *iniuria*, perderia o direito de mover contra o ofensor a *actio iniuriarum aestimatoria*, princípio esse que persistiu no direito justinianeu.

Alexandre Correia e Gaetano Sciascia[430] fazem uma didática exposição distintiva dos delitos do ius civile (o direito civil antigo) e dos delitos pretorianos. No direito civil antigo havia quatro espécies básicas de delitos: (i) furto, (ii) roubo ou rapina, (iii) dano injustamente causado (*damnum iniuria datum – lex Aquilia de damno*) e (iv) injúria (*iniuria*). Com relação ao *damnum iniuria datum*, disseram os autores: "a *lex Aquilia de damno*, plebiscito posterior à lei Hortensia, do III século antes de Cristo, no seu primeiro capítulo estabeleceu que, quem tivesse morto um escravo ou animal alheio, fosse condenado no mais alto valor que tivesse tido no ano anterior ao delito. No terceiro capítulo dispunha que, quem tivesse ferido um escravo ou animal alheio, como também destruído ou deteriorado coisa corpórea alheia, devesse pagar ao proprietário o mais alto valor que o objeto tivera nos trinta dias precedentes ao delito".

---

[429] Idem, p. 245

[430] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1953, vol. I, p. 365

Em seguida, ocupando-se da *iniuria*, sendo essas duas figuras as que nos interessam mais de perto em razão do tema deste trabalho, descreveram os autores: "chama-se *iniuria* a ofensa de qualquer espécie, física ou moral, feita a uma pessoa e contra o direito. Na lei das XII Tábuas eram contempladas hipóteses determinadas de *iniuria* física: o *membrum ruptum*, membro mutilado, implicava na pena de talião. O *os fractum*, osso quebrado, na pena de trezentos asses, sendo a pessoa lesada livre; ou de cento e cinquenta asses, sendo escrava; a *iniuria* simples dava lugar à pena de vinte e cinco asses"[431].

Também aqui os autores noticiam que esta repressão *ex lege* logo tornou-se inapta a solucionar os casos levados aos tribunais e a *actio iniuriarum* tornou-se *aestimatoria*, ou seja, passaram a ser levadas em conta circunstâncias como o tempo, lugar e vicissitudes pessoas dos envolvidos, para que, a partir desse exame concreto, se estipulasse o *quantum* condenatório. Havia uma espécie de "fogo de encontro" que era a *actio contraria iniuriarum*, a ser proposta por quem fosse temerariamente acionado por *iniuria*.

Em seguida, ao tratar dos delitos pretorianos (evolução dos delitos do *ius ciuile*), assim escreveram Correia e Sciascia, *verbis*:

> Além de modificar e estender a muitos casos a repressão dos delitos do *ius ciuile*, como no caso de rapina e da lei Aquilia, o pretor levou em conta e puniu vários atos que foram considerados ilícitos pela consciência social. Na falta de outra ação para obter a reparação do mal, o pretor concedia a *actio doli* que, contudo, era uma ação subsidiária. Havendo violência (*metus*), a parte lesada podia intentar a *actio metus*, também contra terceiros que, embora não tivessem participado da violência, dela tivessem tirado vantagens. Quem tivesse corrompido um escravo alheio respondia pela *actio servi corrupti*, pela qual era condenado no dobro da diminuição do valor sofrida pelo escravo.

§ 52. A Responsabilidade Civil - do Código Civil Francês à Revolução Industrial

O *Code Napoléon*, o Código Civil Francês elaborado a partir de 1803, outorgado por Napoleão Bonaparte e que entrou em vigor a partir de 21 de março de 1804, consagrou um sistema de responsabilidade civil baseado exclusivamente na ideia da culpabilidade do agente. O indivíduo só deveria responder por um menoscabo causado a outrem se tivesse agido (ou se omitido) com dolo ou culpa. Acontece que esta concepção da responsabilidade civil não correspondia a um capricho do legislador ou a uma escolha jusfilosófica improvisada num momento em que posta a opção: tratou-se, isso sim, do reflexo de toda uma cosmovisão

[431] Idem, p. 367

imperante naquela quadra da história da França, recém emergida de uma revolução sem precedentes, que se caracterizava: a) pela necessidade de proteção do cidadão contra os abusos do Estado (até então onipotente), assim a liberdade individual somente poderia sofrer uma limitação se esta decorresse da própria conduta reprovável daquele a sofrer a limitação e b) pelo propósito indisfarçável de proteger a atividade econômica da pequena empresa da burguesia ascendente ao Poder, cuja viabilidade poderia restar comprometida se fosse obrigada a responder por danos causados a terceiros, mesmo sem culpa.

Como se vê, todo o sistema gravitava em torno da figura do causador do dano e não da vítima. As normas foram construídas sob a orientação das noções de **falta**, de **reprovação moral**, de **pecado** até. Ramon Daniel Pizarro[432] chega a dizer sobre a mentalidade reinante nesse período que o homem, "por ser criatura racional, dotada de liberdade, inteligência e vontade, devia reparar somente aqueles danos que tivesse causado como fruto de um agir reprovável". Para o autor, se podia reconhecer nesta atitude de reprovação social uma verdadeira sanção (mesmo que a queiram chamar de ressarcitória) por não se ter comportado conforme os deveres de diligência que lhe eram exigíveis. E prossegue Pizarro: "Esta ordem de ideias conduz a uma conclusão inevitável: assim entendida, a responsabilidade civil perde o conteúdo ressarcitório que modernamente se lhe reconhece, e assume outro diferente, sancionatório, que guarda mais harmonia com a responsabilidade penal".

Com o advento da Revolução Industrial e da Sociedade de Massas, a partir das transformações socioeconômicas e políticas experimentadas pelo mundo no fim do século XIX e começo do século XX, a demanda da sociedade por respostas do direito no que se refere à responsabilidade civil modificou-se e se multiplicou de forma exponencial. As mesmas máquinas capazes de levar enormes contingentes, antes excluídos, à possibilidade de consumir produtos industrializados, eram as máquinas (e processos fabris) multiplicadoras potenciais da geração de danos a terceiros.

Exigir, nessas hipóteses fáticas – renovadas, multiplicadas e tornadas muito mais complexas – a prova da culpa do dono ou guardião de um equipamento importava numa

---

[432] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, pp. 120-121. Tradução livre de: "*El hombre, por ser criatura racional, dotada de libertad, inteligência y voluntad, debía reparar solamente aquellos daños que hubiese causado fruto de un obrar reprochable... Este orden de ideas conduce a una conclusión inevitable: así entendida la responsabilidad civil pierde el contenido resarcitorio que modernamente se le assigna, y asume otro diferente, sancionatorio, que guarda más armonía con la responsabilidad penal"*.

injustiça em relação à vítima que, impossibilitada de produzir a prova, muitas vezes restava sem a composição de seu prejuízo. Imagine-se a revolução que deve ter causado o surgimento dos modernos, velozes e letais meios de transporte motorizados. Imagine-se, igualmente, o desequilíbrio causado na paz do campo pela passagem de uma locomotiva a soltar fagulhas (que, sem culpa, ou sem conduta ilícita do explorador do serviço, poderia causar um incêndio numa plantação).

Tais novidades tecnológicas, criadoras de risco, criaram também uma classe abastada e causadora potencial ou real de danos (o baronato da indústria) e uma classe hipossuficiente a se utilizar dos bens e serviços ou, simplesmente, a sofrer lesões a partir da exploração das novas atividades, sem ter força econômica suficiente para fazer frente aos responsáveis por seus prejuízos.

Estas mudanças socioeconômicas determinaram, aos poucos, uma alteração política sobre o papel do Estado. Aquele ente estatal neutro, contra o qual se precavera a legislação liberal do início do século XIX, pretendendo que permanecesse o mais longe possível das liberdades individuais e da livre iniciativa, teve de ter um papel **equalizador** das desigualdades surgidas a partir dessa forte industrialização e da massificação da sociedade. Passa a assumir o Estado um papel intervencionista – abolido pelo ideário da Revolução Francesa – com vistas a promover políticas solidaristas de proteção ao elo mais fraco nas disputas sociais, a garantir um arcabouço mínimo de direitos sociais e, principalmente, a mudar o foco da responsabilidade civil: da **culpa do agente** para a **vítima** e o ressarcimento de seu dano.

§ 53. Responsabilidade civil no Brasil nos dias atuais

Fenômeno de singular importância no campo da responsabilidade civil vem a ser a atual mudança do foco do instituto que se desloca da **culpa** para o **dano**. O elemento **culpa**, como vimos acima, era tido, tradicionalmente, como o mais importante para a definição da responsabilidade civil – ou mesmo seu próprio **fundamento** – até que a exigência finalística de ver protegida a pessoa da vítima fez com que o foco se voltasse para o **dano**, passando-se a entender possível a responsabilidade civil sem culpa.

Todo o Direito Civil ao redor do mundo vem sofrendo uma mudança de paradigma acentuada que nos leva de uma legislação **liberalista** (individualista e de "Estado mínimo") para um modelo mais "**welfarista**" (*Welfare State*, de cunho mais socializante e solidário), o que se manifesta em vários aspectos do Direito Civil como na consagração da

função social da propriedade, na exigência da **boa-fé objetiva**, na estipulação da **função social do contrato**, mas, sobretudo, no novo modelo de **responsabilidade civil** de natureza predominantemente objetiva.

O Código Civil de 2002, no entanto, perdeu a chance de inovar e se manteve "a reboque" das disposições constitucionais, da doutrina e da jurisprudência no que respeita à responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, ou danos à pessoa humana.

A teoria clássica da responsabilidade civil, de forma geral, apoia-se num tripé composto do a) dano, da b) ação ou omissão culposa e do c) nexo causal entre um e outro. Nosso ordenamento jurídico, que se baseou historicamente na Teoria Subjetiva, ou "da culpa", como fundamento para a responsabilidade civil, sempre seguiu essa lógica tradicional de se investigar a **qualidade** da ação/omissão do agente causador do dano, buscando nela o elemento da culpabilidade que, **na lógica liberalista**, era o único a gerar o dever de indenizar.

A culpa, por sua vez, conforme o magistério preciso de Aguiar Dias[433], "é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, é o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, como resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse por consideração das consequências eventuais de sua atitude".

A filiação majoritária de nosso ordenamento à Teoria Subjetiva da Responsabilidade Civil não foi capaz de obstar a tendência global de consagração da Teoria Objetiva – sem a investigação do elemento "culpa" – para uma série de situações disciplinadas por leis especiais. Com isso, temos um sistema híbrido que prevê o dever de indenizar ora levando em conta a culpa do agente (Teoria Subjetiva), ora levando em conta apenas o dano e o nexo causal entre este e a ação/omissão do agente (independentemente se ser culposa ou não) (Teoria Objetiva).

Importante a lição de Carlos Edison Monteiro Filho[434] que diz que:

> em atenção ao fenômeno, prefere-se a constatação da existência de verdadeira dualidade de fontes; e a culpa, antes tida como centro do sistema, passa a ter índole subsidiária, aplicando-se todas as vezes em que não haja previsão em sentido contrário, ou seja, onde não se dispense a sua configuração. Existirá o dever de indenizar, assim, quando o ordenamento jurídico contentar-se com responsabilidade sem culpa (objetiva), caso em que basta a presença do dano – elemento mais essencial e óbvio da

---

[433] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 143

[434] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 22/23

> responsabilidade – e do nexo de causalidade – considerado aquele liame que junge a conduta, ou atividade, comissiva ou omissiva do agente, em uma relação de adequação perfeita (causa e efeito), com o resultado danoso. Assim aparecendo, *v. g*., em alguns dispositivos esparsos ao longo do Código Civil, e na legislação específica em determinados segmentos, tais como relações de consumo, transporte aéreo, responsabilidade do Estado, Tabeliães, meio ambiente, processo cautelar, atividade nuclear, etc. Todas em sentido diferente da regra subsidiária, repita-se, onde além destes, faz-se mister a prova do elemento subjetivo (culpa) definido usualmente como a 'falta de diligência na observância da norma de conduta'.

De se ressaltar, por importante, que o dano moral não é satisfeito ou aferível apenas num dos dois sistemas de responsabilidade civil. O dever de mitigá-lo pode surgir da responsabilidade civil objetiva (sem culpa) ou subjetiva (com culpa), não havendo qualquer relação apriorística entre **dano moral** e responsabilidade civil **subjetiva** ou **objetiva**.

Importante gizar o fato de que não será qualquer dano reparável ou mitigável por força de lei. Mister que o dano se mostre injusto, configurando-se pela "invasão, *contra ius*, da esfera jurídica alheia, ou de valores básicos do acervo da coletividade", no dizer de Bittar[435] - já que aí compreendida a reparação de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Afastam-se do rol dos danos reparáveis aqueles definidos no ordenamento jurídico como **justos** e aqueles advindos de caso fortuito (acaso) ou força maior (força da natureza), desde que não relacionados ou mesclados a ações humanas que lhes tenham dado causa. Dentre o grupo dos danos justos, pode-se citar, *verbis gratia*, os atos praticados em legítima defesa; em desforço imediato; atos de destruição da coisa para eliminação de situação de perigo etc.

Desse modo, apartada a categoria dos danos justos, passa o professor Bittar a conceituar os danos ressarcíveis, fazendo-o com brilho que nos obriga a aqui transcrever o trecho de sua obra já acima citada:

> Podem-se, então, enfatizar como danos ressarcíveis os prejuízos materiais ou morais sofridos por certa pessoa, ou pela coletividade, em virtude de ações lesivas perpetradas por entes personalizados. Ingressam, assim, na categoria jurídica de danos reparáveis as lesões pecuniárias ou morais experimentadas por alguém, em razão de fato antijurídico de outrem, basicamente, da prática de ato ilícito, ou do exercício de atividades perigosas.
> Atingem as lesões, pois, aspectos materiais ou morais da esfera jurídica dos titulares de direitos, causando-lhes sentimentos negativos; dores; desprestígio; redução ou diminuição de patrimônio; desequilíbrio em sua

[435] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1994, p. 25

> situação psíquica, enfim, transtornos em sua integridade pessoal, moral ou patrimonial[436].

Alfredo Orgaz, em seu "El Daño Resarcible (actos ilícitos)"[437] faz uma advertência sobre não ser unívoca a palavra dano, podendo o jurista referir-se a ela em dois sentidos: (i) um sentido lato, significando a lesão a um bem qualquer, sendo claro que, nesta acepção, todo ato ilícito, por definição, deveria produzí-lo: a ação ou omissão ilícitas implicam sempre uma invasão na esfera jurídica de alguém e, neste sentido geral, pode-se dizer que este alguém sofreu dano, mesmo que não tenham sido lesionados valores econômicos seus nem tampouco afetada sua honra ou suas afeições legítimas tuteladas pela lei; e (ii) a acepção que lhe empresta o Código Civil Argentino, relativamente à responsabilidade civil, uma significação mais precisa e limitada: significa o menoscabo de valores econômicos ou patrimoniais (dano material do art. 1.068 daquele CC), ou ainda, em hipóteses particulares, a lesão à honra ou às afeições legítimas (dano moral do art. 1.078 do mesmo *codex*). Para Orgaz, apenas neste último sentido especial e estrito de **dano** [438]deve entender-se o princípio da responsabilidade civil de que não há ato ilícito punível, para efeitos de responsabilidade civil, sem **dano** causado.

§ 54. Classificação dos danos

Danos podem-se classificar com base em critérios os mais diversos. Tendo em vista poderem contar ou não com a cobertura protetiva do ordenamento jurídico, como

---

[436] Idem, p. 26

[437] ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible (actos ilícitos)*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, pp. 38-39

[438] Nas palavras do autor: "*Doble acepción del daño. De daño puede hablarse en dos sentidos diferentes: a) En uno, amplio, se identifica simplemente con la lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera, y es claro que con esta acepción todo acto ilícito, por definición, debe producirlo: la acción u omisión ilícitas entrañan siempre una invasión en la esfera jurídica de otra persona y en este sentido general puede decirse que esta persona sufre un daño, aunque el hecho no haya lesionado sus valores económicos ni afectado su honor o sus afecciones íntimas tuteladas por la ley. Así, en el ejemplo mencionado antes, el simple uso comercial de la fotografía ajena, sin el consentimento de la persona fotografiada, puede afirmarse que causa un daño a esta persona – y le da derecho a la acción para hacer cesar ese uso ilícito -, aunque no dañe sus intereses patrimoniales y aunque, como declaran nuestros tribunales, no pueda invocarse en este caso un daño moral indemnizable. b) Pero el Código da al daño, relativamente a la responsabilidade civil, una significación más precisa y limitada: significa el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones (daño material, art. 1068), o bien, en hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas (daño moral, art. 1078). Sólo en este sentido especial y estricto debe entenderse el principio antes señalado de que no hay acto ilícito punible, a los efectos de la responsabilidade civil, sin daño causado (art. 1067). Cuando no se trata de estabelecer esta responsabilidad, sino de otro efecto cualquiera – cesación de acción antijurídica, destrucción de lo hecho ilícitamente, etc. -, también hay acto ilícito punible, según señalamos, sin necesidad de que exista un daño material o moral indemnizable*".

acabamos de ver acima, podemos classificá-los quanto à sua reparabilidade em: a) *danos ressarcíveis* e b) *danos não ressarcíveis* – estes últimos por lhes faltarem a "injustiça" ou por provenientes exclusivamente de caso fortuito ou força maior.

Em outra classificação que tenha como critério o bem ou valor lesado, poder-se-ia dividir os danos em: a) *danos patrimoniais*, quando prejuízos de ordem econômica causados por violações a bens materiais ou imateriais do acervo da vítima; b) *danos pessoais*, os danos relativos ao próprio ente em si (quer ao seu corpo, quer ao seu psiquismo – componentes intrínsecos da personalidade, como liberdade, imagem ou intimidade*); c) *danos morais*, "os relativos a atributos valorativos, ou virtudes da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação, e as manifestações do intelecto"[439].

Há quem divida os danos, consoante se manifestem como consequências imediatas ou mediatas do fato lesivo, em: a) **danos diretos**, aqueles que são resultado imediato da conduta lesiva e b) **danos indiretos** ou **reflexos**, aqueles que provêm como consequência mediata da conduta lesiva. Outra possibilidade de critério para a divisão dos danos entre **diretos** e **indiretos**, é a trazida por Orgaz[440], quando ensina que esta distinção pode ter dois significados diferentes. a) Segundo um deles, dano direto seria o que afeta imediatamente as coisas de que se tem domínio ou posse – como diz o art. 1068 -; e dano indireto o que recai sobre o patrimônio apenas como una consequência mediata, por mera repercussão de un prejuízo causado imediatamente à própria pessoa, a seus direitos ou faculdades. b) O outro significado, mais importante, é o que resulta do art. 1079. Conforme esta disposição, dano direto é o que sofre a vítima imediata do ato ilícito, seja a que recaia – conforme a acepção anterior – diretamente sobre seu patrimônio, seja indiretamente sobre

---

[439] Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1994, p. 25

[440] ORGAZ, Alfredo. *opus cit*., p. 50-5. Nas palavras do autor: "*Esta distinción puede tener dos significados diferentes. a) Según uno de ellos, daño directo sería el que afecta imediatamente las cosas de que se tiene domínio o posesión – como dice el art. 1068 -; y daño indirecto el que recae sobre el patrimônio sólo como una consecuencia mediata, por mera repercusión de un perjuicio causado inmediatamente a la persona misma, a sus derechos o facultades. b) El otro significado, más importante, es el que resulta del art. 1079. Conforme a esta disposición, daño directo es el que sufre la víctima imediata del acto ilícito, sea que recaiga – con la acepción anterior – diretamente en su patrimonio, sea indirectamente en éste por el mal hecho a la persona, a sus derechos o facultades; y daño indirecto es el que experimenta toda persona distinta de la víctima inmediata: en las lesiones, por ejemplo, el damnificado directo es el herido; en el homicidio, damnificados indirectos son el cónyuge, los padres (art. 1100), los hijos y, en general, todas las personas con derecho a indemnización por el acto ilícito cometido inmediatamente contra otros*".

*Classificação proposta por Carlos Alberto Bittar que biparte danos pessoais e morais, cujo mérito reconhecemos, mas que preferimos abarcar sob a denominação já consagrada de DANO MORAL.

este, por força do mal causado à pessoa, a seus direitos ou faculdades; e dano indireto é o que experimenta toda pessoa distinta da vítima imediata: nas lesões, por exemplo, o agravado direto é o ferido; no homicídio, os agravados indiretos são o cônjuge, os pais (art. 1100), os filhos e, em geral, todas as pessoas com direito a indenização pelo ato ilícito cometido imediatamente contra terceiros.

Danos materiais dividem-se, classicamente, entre: a) **danos emergentes** e b) **lucros cessantes**, categorias que dispensam maiores explicações por serem de uso consagrado e de aplicação corrente.

Quanto ao âmbito da esfera pessoal atingida pelo dano-efeito, os danos morais também podem dividir-se em: a) **dano moral subjetivo**, quando se circunscreve à esfera íntima ou valorativa do lesado e b) **dano moral objetivo**, quando se projetam no círculo de seus relacionamentos familiar e social. Para Maria Celina Bodin de Moraes[441], entretanto, estas mesmas categorias teriam a seguinte conceituação:

> modernamente, no entanto, sustentou-se que cumpre distinguir entre *danos morais subjetivos* e *danos morais objetivos*. Estes últimos seriam os que se refeririam, propriamente, aos direitos da personalidade. Aqueles outros 'se correlacionariam com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis...' (Miguel Reale). Dessa maneira, acabaram interligando-se as duas teorias antes referidas: tanto será dano moral reparável o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto a afronta a direito da personalidade (dano moral objetivo), sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro.

No que respeita ao tempo da produção de seus efeitos, os danos podemos, também, classifica-los entre: a) **dano presente** e b) **dano futuro**. Apoiando-se na doutrina de Hans Fischer e de De Cupis, Alfredo Orgaz[442] traz excelente explanação quanto ao tema e justificando sua importância com a necessidade de determinação precisa do prejuízo e seu ressarcimento. Quando o dano emergente está totalmente consumado, sua comprovação se

---

[441] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed. Revista, Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2017, p. 156-157

[442] ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible (actos ilícitos)*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, p. 47. Nas palavras do autor: "*por ejemplo, al dictar sentencia el juez comprueba que el lesionado en su salud deberá continuar realizando algún tiempo más los gastos necesarios para su curación; o que, según los dictámenes médicos, la lesión exige para el restablecimiento del lesionado una operación quirúrgica, más o menos próxima, con los gastos consiguientes; o que las grietas de un edificio o construcción, producidas por el hecho ilícito, deben determinar en un tempo previsible y más o menos cercano la ruina total; etc. En todos estos casos, el daño, aunque futuro, es 'cierto' y se muestra sólo como la prolongación de un daño ya actual, de suerte que el juez debe computarlo y estimarlo al fijar la indemnización*."

pode conseguir com grande exatidão, o mesmo sendo possível dizer a respeito do dano já consumado parcialmente, na medida em que o foi. Já com relação à parte do dano ainda não consumada, mas que aparece desde logo como um previsível prolongamento ou agravamento do dano atual, segundo as circunstâncias do caso e sua experiência, terá o juiz de considera-la ao fixar a indenização. Com o fito de melhor esclarecer seu ponto de vista, traz o autor um exemplo:

> por exemplo, ao proferir uma sentença, o juiz comprova que aquele que foi agravado em sua saúde deverá continuar arcando, por mais algum tempo, com os gastos necessários para sua total recuperação; ou então que, segundo a opinião dos especialistas médicos, a lesão exige, para o total restabelecimento da vítima, uma intervenção cirúrgica mais ou menos urgente com os gastos que daí decorrem; ou ainda que as rachaduras de um edifício ou construção, produzidas por um ato ilícito, devem ocasionar num tempo previsível e mais ou menos próximo a ruína total, etc. Em todos estes casos, o dano, mesmo que futuro, é "certo" e se mostra apenas como o prolongamento de um dano já atual, de forma que o juiz já deve computá-lo e estimá-lo ao fixar a indenização.

CAPÍTULO 3 - MECANISMO DE MITIGAÇÃO DOS DANOS MORAIS

Em primeiro lugar propomos uma revisão semântica no tratamento da satisfação dada à vítima do dano moral, na medida em que entendemos que o dano-efeito geralmente se manifesta num **menoscabo anímico**, uma **dor**, uma **tristeza** que, via de regra, é indelével. Assim, quer me parecer que o dano moral **não é indenizável, porque aquele que o sofre, dele não se torna "indene" após a condenação do ofensor**.

Interessante é exatamente o critério estabelecido por Givord[443] para definir os danos morais "há prejuízo extrapatrimonial, todas as vezes que o pagamento de uma soma de dinheiro não é suscetível de constituir uma reparação adequada". É este o reconhecimento de que não há reparação possível quando se tratar de dano moral.

O mecanismo que se verifica é o de gerar uma satisfação proporcional ao agravo espiritual sofrido, o que está longe de significar **apagar o dano experimentado**. Se o dano não pode ser **indenizado** (**porque dele não ficará indene a vítima** – imagine a vítima, *e.g.*, que tenha perdido um filho assassinado pelo ofensor), pela mesma razão, não poderá ser **reparado**, pois estes verbos são sinônimos. **Compensado**, o dano não poderá ser porquanto este termo já tenha um significado técnico-jurídico diverso (instituto da compensação). Logo, a proposta seria tratar como **mitigação** do dano moral.

Colhemos dentre os principais dicionaristas brasileiros os conceitos de cada qual desses vocábulos para nos assegurar da sinonímia entre **indenização** e **reparação**, da imprestabilidade de **compensação** e da perfeita adequação de **mitigação**.

Veja-se, por exemplo, como vêm dicionarizados esses vocábulos no Dicionário Houaiss Da Língua Portuguesa[444]:

(i) INDENIZAR v. t. 1 – dar ou receber indenização ou ressarcimento; compensar(-se), ressarcir(-se): "é necessário que o indenizem da perda de seu patrimônio". "Os fazendeiros estão procurando indenizar-se dos prejuízos causados pela seca".

---

[443] *apud* DEDA, Artur Oscar Oliveira, *Dano moral (reparação)*. *In Enciclopedia Saraiva do direito*. LIMONGI FRANÇA, Rubens (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 22, p. 280

[444] HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2004

2 – por extensão – dar ou receber qualquer tipo de compensação; recompensar(-se): “um beijo que o indenizava fartamente das passadas angústias”.

(ii) INDENIZAÇÃO s. f. 1 – ato ou efeito de indenizar(-se) 1.1 – aquilo que se concede ou obtém como reparação ou compensação de um prejuízo, perda, ofensa, etc.; compensação, recompensa, restituição 1.2 – DIR CIV reparação financeira por perda patrimonial provocada por outrem 1.3 – DIR CIV reparação financeira por dano, material ou moral, causado pela prática de ato ilícito.

(iii) INDENE adj. 1 – que **não sofreu perda**, dano; **livre** de prejuízo; 2 – **que não foi atingido** em sua integridade física; são e salvo 3 – que se indenizou, se ressarciu; compensado, indenizado, remunerado. Etim. Lat. INDEMNIS – **que não teve prejuízo**, livre de perda, de dano; INDEMNE – sinonímia de ileso.

(iv) REPARAR v. 1 – t.d. pôr em bom estado de funcionamento o que se havia estragado; restaurar, consertar, recondicionar (“reparar um aparelho elétrico”) 2 – t.d. efetuar recuperação em; recobrar, restabelecer (“reparar as forças”) 3 – t.d. retratar-se, dar satisfação (“reparar uma ofensa”) 4 – t.d. efetuar melhora ou aperfeiçoamento em; aprimorar (“reparar um desenho”) 5 – t.d. fazer correção em; remediar, emendar (“reparar uma injustiça”) 6 – t.d. e pron. compensar a (alguém ou si mesmo) por dano, prejuízo ou transtorno causado; indenizar; ressarcir(-se), recuperar(-se) (“reparou sua grosseria, dando flores à mulher” ou “conseguiu reparar-se das perdas no jogo”) ... 10 – pron. recuperar(-se), ressarcir(-se) (“reparou-se das perdas ao vender a fazenda”).

(v) REPARAÇÃO s. f. ato ou efeito de reparar 1 – ação de restaurar ou consertar algo; reparo; 2 – satisfação dada a alguém por uma falta, uma ofensa; retratação 3 – **ação de indenizar**; ressarcimento 4 – **JUR indenização** exigível a que alguém é obrigado, por violação do direito de outrem R civil JUR pagamento de determinada quantia em razão de dano resultante de ato ilícito. R de guerra JUR ressarcimento exigido pelo país vencedor do Estado vencido em uma guerra, para cobrir os danos causados pelo conflito. R do dano JUR pagamento de indenização por dano causado. Etim. Lat. REPARATIO – renovação, restabelecimento.

(vi) COMPENSAR v. 1 – t. d. e pron. estabelecer ou restabelecer em (ou entre si) o equilíbrio; equilibrar(-se) (“compensar dois pesos”) 2 – t. d. conter ou sujeitar,

opondo-lhes efeitos contrários, as variações de certos aparelhos ou mecanismos, ou melhorar o seu desempenho por meio de regulagem de um dispositivo suplementar (“compensar uma bússola magnética”) 3 – t. d. i. int. e pron. contrabalançar um mal, um prejuízo, um dano, um incômodo, etc. com o efeito oposto, ou vice-versa (“a qualidade do recital compensou a longa espera” ou “compensava o tédio com viagens ao exterior” ou “a Índia ficava distante, mas o seu comércio compensava”). Etim. Lat. COMPENDERE – pesar junto.

(vii) COMPENSAÇÃO s. f. ato ou efeito de compensar 1 – ato ou efeito de estabelecer ou restabelecer o equilíbrio entre duas coisas que se complementam ou que são antagônicas (“sofreu muito tempo, mas depois veio a compensação”) 2 – qualidade ou estado de igual, paridade, equilíbrio (“haverá compensação entre as dores e os prazeres no mundo?”) 3 – p. met. o que compensa (vantagem, sorte, etc.); benefício, recompensa, vantagem, lucro (“o acréscimo salarial foi uma compensação aos seus esforços”) 4 – econ. operação de confrontar globalmente créditos e débitos de títulos diversos de estabelecimentos bancários ou outros, de modo a só se liquidarem os saldos... 13 – **JUR anulação recíproca de obrigações exigíveis entre devedores, obrigados entre si, mediante prestações mútuas de valores equivalentes**. Etim. Lat. COMPENSATIO.

(viii) MITIGAR v. t. d. e pron. tornar(-se) mais brando, mais suave, menos intenso (geralmente dor, sofrimento, etc.); aliviar, suavizar, aplacar (“mitigar a saudade, a sede, a ira”). Etim. Lat. MITIGO – amolecer, amadurecer, tornar doce, abrandar, acalmar, aliviar.

(ix) MITIGAÇÃO s. f. 1 – ação ou processo de mitigar; aliviamento 2 – efeito de mitigar; alívio, lenitivo. Etim. Lat. MITIGATIO – ação de aliviar SIN/VAR ver sinonímia de conforto.

(x) **MITIGANTE adj. que mitiga; que serve para mitigar; mitigativo, amenizante. SIN/VAR ver sinonímia de balsâmico**.

E esta **mitigação** do dano moral sofrido, ou seja, do efeito **espiritual** ou **afetivo** da lesão aos interesses juridicamente protegidos da vítima, se dará com a entrega de uma

soma em dinheiro que permita ao ofendido proporcionar a si próprio um conforto ou uma satisfação que lhe restabeleça minimamente uma sensação de alegria balsâmica em relação à dor a que injustamente submetido. Dor que é **efeito** do dano moral e não o próprio **dano**.

Em sentido contrário há que se observar que a doutrina entende haver sim **reparação** ao invés de indenização – são já muitos os doutrinadores, felizmente, que ao menos concordam ser a indenização algo impossível na espécie – porquanto entendem haver uma *reparação pecuniária ou por equivalência* que se aplicaria aos casos de dano moral.

Nessa linha de pensamento, confira-se o magistério de Artur Oscar Oliveira Deda[445]quando explica que reparar um dano significa – a exemplo que defendemos acima – **restaurar o direito violado**, com a volta das coisas ao *status quo ante*. A diferença é que, para o autor, esta restituição ao *status quo ante* dá-se, na operação de *reparação* **sempre que possível** e, quando não o for, a reparação passa a estabelecer um novo estado de coisas que mais se aproxime do anterior à lesão. Diz o professor, *verbis*:

> Classifica-se a reparação em natural, também chamada específica, e pecuniária ou por equivalência. A reparação natural acontece quando o direito violado é, por sua natureza, reintegrável. Doutrinariamente, esta espécie de reparação subdivide-se em material e econômica. Ocorre a primeira, v.g., quando o dono de uma coisa que lhe fora ilicitamente subtraída a obtém de volta, no mesmo estado. Aconteceria a reparação natural econômica se, em vez da própria coisa, que, digamos, se deteriorou, o dono recebesse, em seu lugar, outra nova, da mesma espécie. Na impossibilidade da restituição das coisas ao *status quo ante*, dá-se a reparação pecuniária, por meio de que se pretende um novo estado, o que mais se aproxime do anterior à lesão jurídica.
> Para alguns autores, a reparação pecuniária desempenha, exclusivamente, a função de equivalência. Outros, porém, consideram que, quando o dano, por sua natureza, não comporta adequada estimação em dinheiro, a reparação pecuniária pode exercer uma função meramente satisfatória. Diversas formas de reparação, além das tradicionais, têm sido assinaladas. Bentham, dentre outras espécies refere-se à atestatória, à honorária e à vindicativa.

O que aqui propomos, a bem da precisão na designação do fenômeno, é chamar a esta "espécie de reparação" (que *reparação* não é), que apenas abranda ou atenua os efeitos apatrimoniais sentidos pela vítima, de **Mitigação dos Danos Morais**.

---

[445] DEDA, Artur Oscar Oliveira. *Dano moral (reparação). in Enciclopédia Saraiva do direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, v. 22, p. 281

CAPÍTULO 4 - A MITIGAÇÃO DOS DANOS MORAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

§ 55. A mitigação dos danos morais na CF/1988 e o direito de resposta

O mesmo dispositivo constitucional, aqui já múltiplas vezes referido – o inciso V do art. 5º da CF/ 1988 – que traz a garantia da "indenização por dano material, moral ou à imagem" é o que prevê o **direito de resposta**.

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Tal direito corresponde à prerrogativa que tem a pessoa de expressar-se, dando suas explicações ou o seu ponto de vista sobre determinado fato ou opinião anteriormente divulgados por órgão de comunicação social. A assim chamada Lei de Imprensa, a Lei nº 5.250/1967, julgada pelo STF como não recepcionada pela Constituição Federal em 2009 e, portanto, retirada do ordenamento (ADPF nº 130, rel. Min. Ayres Britto), tratava com minudência da questão do direito de resposta em seus artigos 29 e 30, que têm feito falta no sentido de disciplinar o rito ao instituto, que é bastante útil para apaziguar as relações sociais no que atine aos conflitos envolvendo a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. Assim dispunha a Lei de Imprensa, *verbis*:

> Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade púbica, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico, ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação.
>
> § 1º. A resposta ou retificação pode ser formulada:
> a) pela própria pessoa ou seu representante legal;
> b) pelo cônjuge, ascendente, descendente e irmão, se o atingido está ausente do País, se a divulgação é contra pessoa morta, ou se a pessoa visada faleceu depois da ofensa recebida, mas antes de decorrido o prazo de decadência do direito de resposta.
> (...)
>
> Art. 30. O direito de resposta consiste:

> I – na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais;
> II – na transmissão da resposta ou retificação escrita do ofendido, na mesma emissora e no mesmo programa e horário em que foi divulgada a transmissão que lhe deu causa; ou
> III – na transmissão da resposta ou da retificação do ofendido, pela agência de notícias, a todos os meios de informação e divulgação a que foi transmitida a notícia que lhe deu causa.
> (...)

Em que pese revogada a Lei de Imprensa, ainda vigente o Decreto nº 52.795 de 30 de outubro de 1963 que cria o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão. Tal norma trata do direito de resposta aplicável, no entanto, apenas às ofensas praticadas, ou às notícias inexatas veiculadas, por meio de **radiodifusão** – que engloba rádios e emissoras de televisão.[446]

Assim é que dispõe o Título XVII do Decreto que trata do direito de resposta, *verbis*:

> Art 154. É assegurado o direito de resposta a quem fôr ofendido pela radiodifusão.
>
> Art 155. O direito de resposta consiste na transmissão da resposta escrita do ofendido, dentro de 24 (vinte e quatro) horas do seu recebimento, no mesmo horário, programa e pela mesma emissora em que se deu a ofensa.
>
> § 1º Se no prazo de 24 (vinte e quatro) horas não se repetir o programa para o efeito referido neste artigo, a emissora respeitará a exigência nêle contida quanto ao horário.
>
> § 2º Quando o ofensor não tiver com a permissionária ou concessionária em que se deu a ofensa qualquer vinculo de responsabilidade ou de contrato de trabalho, o pagamento da resposta é devido por aquêle ou pelo ofendido, conforme a decisão do Judiciário sôbre o pedido de resposta.
>
> § 3º No caso referido no parágrafo anterior a emissora transmitirá a resposta 24 (vinte e quatro) horas depois que ofendido lhe provar o ingresso em Juízo do pedido de resposta.
>
> § 4º Se a emissora no prazo referido no parágrafo anterior não transmitir a resposta, ainda que a responsabilidade da ofensa seja de terceiros, nos

---

[446] Art. 1º Os serviços de radiodifusão, compreendendo a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral, obedecerão aos preceitos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, do Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963, deste Regulamento e das normas baixadas pelo Ministério das Comunicações, observando, quanto à outorga para execução desses serviços, as disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 24.12.1996)

têrmos do parágrafo segundo dêste artigo, decairá do direito ao pagamento nela assegurado.
Art 156. O direito de resposta poderá ser exercido pelo próprio ofendido, seu bastante procurador ou representante legal.

Parágrafo único. Quando a ofensa fôr a memória de alguém, o direito de resposta poderá ser exercido por seu cônjuge, ascendente, descendente ou parente colateral.

Art 157. Se o pedido de resposta não fôr atendido dentro de 24 (vinte e quatro) horas, o ofendido, seu bastante procurador ou representante legal ou no caso do parágrafo único do artigo anterior, qualquer das pessoas neste qualificada poderá reclamar judicialmente o direito de pessoalmente fazê-lo dentro de 24 (vinte e quatro) horas, contadas da intimação por mandato judicial.

Art 158. Recebido o pedido de resposta, o Juiz, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, mandará citar a concessionária ou permissionária para que, em igual prazo, diga das razões porque não o transmitiu.

Parágrafo único. Nas 24 (vinte e quatro) horas seguintes, o Juiz proferirá sua decisão, tenha o responsável atendido, ou não, a intimação para que se defendesse, dela devendo também constar:
a) fixação do tempo para resposta;
b) fixação do preço de transmissão quando o ofensor condenado ou ofendido que perdeu a ação, deva pagá-los;
c) gratuidade da resposta, quando:
I - houver ocorrido a decadência referida no § 1º do art. 155, dêste Regulamento;
II - a autoria da ofensa seja de pessoa vinculada por qualquer responsabilidade ou por contrato de trabalho à concessionária ou permissionária;
III - a autoria seja pessoa sem qualquer vinculo de responsabilidade ou de contrato de trabalho com a concessionária ou permissionária, mas sendo uma ou outra julgada por ação ou omissão.

Art 159. Da decisão proferida pelo Juiz, caberá apelação no efeito devolutivo, com ação executiva para reaver o preço pago pela transmissão da resposta.

Art 160. Será negada a transmissão da resposta:
a) quando não tiver relação com fatos referidos na transmissão incriminada;
b) quando contiver expressões caluniosas, injuriosas ou difamatórias contra a concessionária ou permissionária;
c) quando se tratar de atos ou publicações oficiais;
d) quando se referir a terceiros, podendo dar-lhes também, o direito de resposta;
e) quando houver decorrido o prazo de mais de 30 (trinta) dias entre a transmissão incriminada e o respectivo pedido da resposta.

Art 161. A transmissão da resposta, salvo quando espontânea, não impedirá o ofendido de promover a punição pelas ofensas de que foi vítima.

O Título seguinte do Decreto nº 52.795/1963 traz disposições sobre danos morais, mas, à toda evidência, incompatíveis com a Constituição Federal de 1988 dado que estipulam piso e teto para as "indenizações" e exíguos prazos decadenciais etc.

§ 56. O direito de resposta coletivo

Colhe-se da profunda pesquisa empreendida por André de Godoy Fernandes[447] interessantíssimo panorama quanto ao reconhecimento do **direito de resposta coletivo** na doutrina nacional. Trata-se de instrumento voltado à promoção do pluralismo no setor de mídia e que se destina à defesa de interesses coletivos e difusos.

Traz o autor as visões de Fábio Konder Comparato, Sérgio Suiama e Gustavo Binenbojm a amparar sua tese de cabimento dessa modalidade de direito de resposta, *verbis*:

> Embora reconheça que o direito de resposta está tradicionalmente atrelado à defesa da verdade e da honra individual, Fábio Konder Comparato propõe "estender a utilização desse mecanismo jurídico também à defesa dos direitos coletivos e difusos". Na mesma linha, Sérgio Gardenghi Suiama assevera que "a concepção subjetivista tradicional do direito de resposta como garantia do direito à honra é incompatível com a extensão da norma contida no art. 5º, inciso V, de nossa Carta Política". A partir da crítica de uma visão subjetivista do direito de resposta, Sérgio Suiama sustenta que "a Constituição da República ao prever em seu art. 5º, V, o direito de resposta, não estabeleceu restrição alguma à possibilidade da garantia ser exercida coletivamente, quando a ofensa causar dano a direitos ou interesses metaindividuais".
>
> Deve-se mencionar ainda a opinião de Gustavo Binenbojm, que entende que "o direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem tampouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra, e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento ao púbico sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ato ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elastecido para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público".

Assim, conclui o autor que, em face do princípio do pluralismo da informação – que deve reger toda a atividade dos meios de comunicação social – parece sustentável que também abarque o direito de resposta (i) a manifestação coletiva e (ii) sobre não só fatos

---

[447] FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. Tese de Doutorado sob orientação do Professor Doutor Calixto Salomão Filho defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, pp. 404-405

ofensivos ou inexatos, mas também sobre opiniões, juízos de valor que tenham interesse coletivo. Para Fernandes "essa interpretação é a mais compatível com o debate livre de ideias e com o direito da população de ser informada".

§ 57. A mitigação dos danos morais no CC/2002

O CC/2002 traz diversos dispositivos a regular a mitigação dos danos morais, principiando pelo seu art. 12, que trata dos "Direitos da Personalidade" – pois como já se viu, os danos morais são aqueles cuja repercussão vulnera o patrimônio ideal onde compreendidos os direitos da personalidade – onde se lê, *verbis*:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Em seguida, volta ao tema que nos interessa ao presente trabalho o *codex*, quando, em seu art. 20, prevê:

> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

A cláusula geral de positivação do *neminem laedere* no novel Código Civil resulta da combinação dos dispositivos contidos nos artigos 186 e 187 (PARTE GERAL, Livro III, Título III – Dos Atos Ilícitos) com aqueles contidos nos artigos 927 e 944 (PARTE ESPECIAL, Livro I, Título IX – Da Responsabilidade Civil), *verbis*:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-

> lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.
>
> Da obrigação de indenizar
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.
>
> Da indenização
>
> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
> Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Especialmente no que respeita ao conflito *sub examine* aqui no presente estudo, ou seja, à mitigação do dano moral que resulte de uma ponderação favorável aos direitos da personalidade de alguém (ou de um coletivo de pessoas) em detrimento da liberdade de expressão de outrem, tem-se um dispositivo que trouxe mais celeuma do que contribuição. Referimo-nos ao art. 953 e seu parágrafo único, que induzem o intérprete açodado à conclusão equivocada de que, nos casos danos morais em virtude de injúria, difamação ou calúnia, a vítima só poderia pleitear a mitigação destes na hipótese de não ser possível a prova de danos materiais originados do mesmo dano-evento.

Vamos à redação do dispositivo para compreender a fonte da celeuma e procurar desfazê-la:

> Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.
> Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

De péssima técnica, *data venia*, a mescla feita pelo parágrafo único – não bastasse despiciendo o *caput* (pois qualquer conduta ilícita que cause dano já é a gênese legal da indenização, não havendo porque pinçar três tipos penais aleatoriamente dentre um arcabouço de condutas delitivas e potencialmente lesivas) – pois nenhuma relação guardam entre si a indenização dos danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) eventualmente ocasionados pelas condutas ilícitas alí descritas e a mitigação dos danos morais

experimentados pela vítima das mesmas condutas. Pleitos perfeitamente cumuláveis conforme a jurisprudência pacífica **e sumulada** do Superior Tribunal de Justiça[448].

Sobre o artigo em comento, posicionou-se Jorge Shiguemitsu Fujita[449] dizendo que seu parágrafo único "conduz o intérprete a entender que, havendo ofensa à honra, subjetiva ou objetiva, somente o dano material possa ser objeto de indenização, cabendo a demanda por dano moral apenas em razão da inexistência de danos materiais...". E, assim como fazemos nós, que aderimos ao seu entendimento, demonstra o autor ser falsa essa interpretação, inclusive em virtude da já aqui citada Súmula nº 37 do STJ. Mas arremata o autor, vendo algum avanço em meio à confusão a que deu azo o parágrafo único do art. 953, ao dizer que "embora alguns critiquem o art. 953 e o seu parágrafo único, a alteração levada a efeito pelo legislador de 2002 foi superior àquela prevista no parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil de 1916, onde se fixava em favor do ofendido o dobro da multa, no grau máximo da pena criminal respectiva".

---

[448] Súmula nº 37 do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato

[449] FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Responsabilidade civil: indenização por equidade no novo código civil. in Ensaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). Porto Alegre: Magister, 2007, p. 234

CAPÍTULO 5 - O PROBLEMA DO TABELAMENTO E DO ARBITRAMENTO JUDICIAL DO *QUANTUM* MITIGATÓRIO DOS DANOS MORAIS

Foram muitos os diplomas legais no ordenamento brasileiro a propor tabelamentos com o fito de estabelecer a justa mitigação dos danos morais, na tentativa de escapar do puro e simples arbitramento judicial e das inevitáveis discrepâncias que esta operação acarreta entre os diferentes juízos diante de casos similares.

Como exemplo (tomando-se um por todos os inúmeros possíveis) mais bem acabado das possíveis discrepâncias – que desbordam, no fundo, em flagrantes negativas de justiça – citamos os casos que ganharam notoriedade nacional a partir de veiculação na grande imprenCasa de duas famílias vitimadas pelo exato mesmo acidente aéreo com o Fokker 100 da TAM que caiu próximo ao aeroporto de Congonhas vitimando fatalmente inúmeras pessoas: duas das vítimas, pertencentes às mesmas classe socioeconômica, faixa etária e deixando iguais situações familiares, com seu desaparecimento, originaram, para seus parentes, indenizações díspares à razão de mais de 2.000% (dois mil por cento). Aos parentes de um dos passageiros – família Assali – foi concedido um *quantum* reparatório de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de Reais), enquanto que aos parentes de outro deles – família Linden – a quantia alcançou apenas R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil Reais). E ambos os casos julgados, obviamente, pelo mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Assim, tentou-se balizar a tarefa do julgador, fornecendo-lhe, às vezes não subsídios, mas mesmo tabelas herméticas com os valores a serem aplicados aos casos de mitigação de danos morais. Assim fez a Lei das Telecomunicações, a Lei de Imprensa (como vimos no Capítulo 1, nº 5), a recente Lei da Reforma Trabalhista e, tratando exclusivamente de danos morais, assim previu também o Projeto de Lei 150 do Senado Federal, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares[450].

Para Avio Brasil, no seu clássico "O Dano Moral no Direito Brasileiro"[451], haveria um conjunto sistematizado de cinco regras a serem observadas para o arbitramento

---

[450] Para uma análise mais aprofundada do PL, de seu substitutivo e emendas na CCJ, de autoria do Sen. Pedro Simon, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed. revista, Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2017

[451] BRASIL, Avio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora 1944, pp. 103-104

da reparação dos danos morais. Pelo pioneirismo, entre nós, desta iniciativa de balizamento – e não tarifação – a nortear a difícil atividade judicial de arbitrar o *quantum* mitigatório, pedimos licença para reproduzir na íntegra as regras concebidas pelo autor:

> 1ª regra: Que a satisfação pecuniária não produza um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio.
> 2ª regra: Equilíbrio entre o caso em exame e as normas gerais, de um caso em equivalência, tendo em vista: I – curva de sensibilidade: a) em relação à pessoa que reclama a indenização; b) em relação ao nível comum, sôbre o que possa produzir, numa pessoa normal, tal ou qual incidente; c) grau de educação da vítima; d) seus princípios religiosos; II – influência do meio considerado: a) repercussão pública; b) posição social da vítima do dano.
> 3ª regra: Considerar-se a espécie do fato, se é de ordem puramente civil, se comercial, ou se envolve matéria criminal.
> 4ª regra: Que a extensão da repercussão seja um triplo à repercussão da notícia que causou o dano.
> 5ª regra: Constatar-se, nos casos de simples acidente, se, além do prejuízo físico, da perda do órgão ou membro, há prejuízo de ordem estética. Procurar-se: a) o grau provável de diminuição da atividade da pessoa relacionando a lei de acidente no trabalho, cujo valor indenizável poderá ser alterado tendo em consideração a condição social da vítima; b) o valor do dano estético deve ser apurado levando-se em conta a condição social da pessoa, olhando-se o emprego exercido ou que ela poderia exercer, de acôrdo com os seus conhecimentos e habilidades, dobrando-se ou levando-se ao quadrado ou ao cubo, conforme o sexo, a idade e a extensão do prejuízo: se mulher, e solteira, pode acarretar impossibilidade de conseguir casamento ou vir a exercer trabalho vantajoso; se homem, a sua profissão, idade, saúde, temperamento, resto de vida provável e a sua provável diminuição de atividade.

O autor depois dessa sua obra voltou ainda ao assunto da quantificação da mitigação dos danos morais, ao comentar acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia, em artigo onde fazia referência aos então modernos meios técnicos de apuração da verdade, que facilitariam ainda mais a "perfeita apuração da existência e do quantum dos próprios danos imateriais"[452].

Teresa Ancona Lopez[453], no que respeita aos danos estéticos – espécie da classe dos danos morais – em seu "O Dano Estético – Responsabilidade Civil", traz também uma sugestão de balizamento para o arbitramento do *quantum* mitigatório dos danos, dizendo:

> Pensamos que, apesar de a matéria ter de ser deixada ao prudente arbítrio do juiz, há certas diretrizes que devem ser seguidas e que darão conteúdo ao *pretium doloris*:

---

[452] BRASIL, Avio. Cf. *Revista Forense*, vol. 103, pp. 108 e ss.

[453] LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano estético. Responsabilidade civil*. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.131

a) Tem de ter havido uma lesão à pessoa, conforme o art. 949 do CC/2002. No entender da doutrina e da jurisprudência, com fundamento no antigo texto (art. 1.538 e parágrafos), deve ter havido um aleijão ou deformidade. O conceito de aleijão e deformidade também será fornecido pela doutrina e jurisprudência.
b) O valor dessa indenização será regulado segundo: as posses do ofensor, isto é, de acordo com sua riqueza; as circunstâncias do ofendido: aqui se trata das circunstâncias pessoais e sociais da vítima; a gravidade do defeito: neste passo tem o juiz de levar em conta a extensão do dano. Evidentemente a perda de um olho é muito mais grave que uma cicatriz na coxa.

Dessa forma, terá o juiz que tomar em consideração:
1º - A gravidade objetiva do dano. Aqui se trata da extensão material do prejuízo no caso particular. Tratando-se de lesão permanente, como é a do dano estético propriamente dito, terá que observar que tipo de deformidade abaterá mais a pessoa pela sua vida afora. Assim, em princípio, as deformações no rosto são sempre mais graves que no resto do corpo. Por outro lado, como a gravidade depende da extensão do dano, a perda de um braço há de ser muito pior que uma pequena cicatriz no rosto.
2º - As circunstâncias particulares do ofendido. Aqui teríamos que ter em conta o sexo, a idade, as condições sociais, a profissão, a beleza: 'o atentado à estética será tanto mais grave quanto mais bela for a vítima' (Jean Carrad). René Savatier expõe seus critérios de avaliação do dano estético da seguinte maneira: *'le préjudice esthétique, résultant de l'atteinte à la beauté du corps humain, et spécialement du corps féminins, donne lieu, de plus en plus fréquemment, à réparation, non seleument chez les artistes auxquels il peut causer um dommage pécuniaire, mais chez toute personne, a proportion de as beauté, de as jeunesse et de son élégance'*.

§ 58. Inconstitucionalidade da tarifação legal do quantum mitigatório

No que tange ao tabelamento do quantum mitigatório, já se decidiu no Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de tal prática, porquanto negaria a plena "indenizabilidade" (mitigação, segundo o nosso sentir) dos danos morais que é o espírito da disposição constitucional que a prevê. Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha decidindo, já há muitos anos, no sentido da inconstitucionalidade da tarifação legal da mitigação dos danos morais, como se vê, por exemplo de voto do ano de 1994 (o julgamento encerrou-se apenas em 1996), de lavra do eminente Ministro Marco Aurélio de Mello[454], assim ementado:

> INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA – CONVENÇÃO DE VARSÓVIA – OBSERVAÇÃO MITIGADA – CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SUPREMACIA
> O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento,

[454] STF, RE nº 172.720, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. 06.02.1996

> aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5º, no eu se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.

No corpo de seu erudito voto, o eminente Ministro relator resume a controvérsia posta em discussão perante aquele Pretório Excelso em dois pontos: (i) se o fato de ter o autor permanecido 20 dias sem suas malas durante uma viagem à Europa reavendo-as apenas aqui no Brasil em seu retorno constituiriam ou não dano moral a ser mitigado e (ii) se a norma constitucional a assegurar a reparação por tal espécie de dano estaria submetida a um limite imposto pela Convenção de Varsóvia a beneficiar a empresa aérea ré (no caso concreto, US$ 400,00 no total). Prossegue o relator afirmando que os artigos 22 e 25 da Convenção de Varsóvia de 1929 trazem o limite que poderia ser desconsiderado em circunstância especial, mas que estão restritos "aos danos materiais e, mesmo assim, excepciona a hipótese em que, na prática do ato – no caso de vigilância e cuidado com a bagagem – não haja consciência quanto aos danos passíveis de serem causados".

Prossegue o V. Acórdão, no que respeita aos danos morais, *verbis*:

> Descabe, na espécie, sobrepor a citada Convenção, no que restrita aos danos materiais, ao que se contém na Carta Política da República, que dispõe, no âmbito das garantias constitucionais, sobre a obrigação de indenizar por dano moral ou à imagem (inciso V), declarando, ainda, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X). O que exsurge é que não se pode ter a limitação imposta relativamente aos danos materiais como suficiente a afastar, por si só, a garantia constitucional concernente aos danos morais. (...) À toda evidência, portanto, não se tem, na forma tarifada, a inclusão dos danos morais.

Um pouco mais recente e relacionado diretamente com o objeto do presente trabalho, tome-se o exemplo de outro *decisum* da mesma Suprema Corte, desta feita sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso[455], julgado em 2006 e que mereceu a seguinte ementa:

> **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, caput e § 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.

---

[455] STF, RE nº 447.584, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.11.2006

> Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente.

Para o eminente relator, as eventuais limitações prévias operadas pela lei desqualificariam a "importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão da ofensa, bem como dos outros ingredientes pessoais do arbitramento (que é sempre obra de juízo de equidade)". Assim, para que se realize com efetividade o arbitramento judicial, que é precedido do detido exame casuístico e da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não é possível falar-se em "tabelamento" ou "tarifação" legal, segundo o raciocínio do Ministro Relator, sob pena de se transformar em letra morta da plena "indenizabilidade" dos danos morais prevista na Constituição Federal.

Pouco antes do acórdão acima comentado, já havia surgido, na mesma esteira – e amparado em diversos precedentes reiterados ao longo do tempo – o verbete nº 281 da Jurisprudência Sumulada do Superior Tribunal de Justiça, aprovado em 28.04.2004, com a seguinte redação: "Súmula 281: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa".

Como que para pôr uma pá de cal sobre a discussão acerca da constitucionalidade ou não da tarifação legal do *quantum* mitigatório dos danos morais, sobreveio o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 130/DF, sob relatoria do Ministro Ayres Britto[456], que acabou por reconhecer a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), *in totum*, pela nova ordem constitucional instaurada a partir de 1988, declarando-a incompatível com os princípios democráticos e com as liberdades públicas estatuídos na Carta Política. Da análise dos longos e eruditos votos ali proferidos – visto que a matéria gerou longa discussão entre os Ministros do Pretório Excelso – pode-se depreender que uma das *ratio decidendi*, dentre várias, desta incompatibilidade da Lei 5.250/1967 com a CF/1988 era exatamente a impossibilidade de tarifação da mitigação dos danos morais, da forma como previam os artigos 51 e 52 do diploma então excluído do ordenamento.

Lê-se do voto proferido pelo Eminente Ministro Ricardo Lewndowski, *verbis*:

> Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.

---

[456] STF, ADPF nº 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 30.04.2009

Mesmo antes do julgamento no Supremo Tribunal Federal, pela ADPF nº 130/DF, no sentido da não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) pela CF/1988, já advertia Godoy[457] no sentido de que "malgrado a posição em contrário que ainda se sustenta, não se considera que a sistemática da Lei de Imprensa, quando impõe indenização tarifada e prazo decadencial para exercício da ação indenizatória moral, se compadeça com a nova ordem constitucional, claríssima ao assegurar, sem expressa ou implícita limitação de valor ou tempo especial, a completa reparação material e moral, dos danos causado pela violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, inciso X)".

Em seguida o autor esgrime três argumentos que são de enorme precisão e logicidade no sentido de demonstrar, de forma cabal, a inconstitucionalidade de quaisquer restrições (ou *discrimen* não realizado pela CF/1988) a exemplo do que vem a ser o "tabelamento" ou "tarifação" de danos pela simples razão se serem extrapatrimoniais. A argumentação é tão convincente, que peço licença para aqui transcrever o trecho em que o eminente autor a apresenta[458]:

> Na realidade, todavia, as limitações impostas pela Lei de Imprensa, no fundo aos próprios direios da personalidade elencados no art. 5º, inciso X, da CF/1988, na medida em que ferem, quase que de morte, sua tutela corretiva, chocam-se visivelmente com os critérios discriminados.
> Primeiro que a Constituição federal não autoriza, expressa ou implicitamente, que a indenização por dano a direitos da personalidade seja restringida, em valor ou tempo especial para sua postulação. E aqui, como observa Jorge Miranda, vigora verdadeira reserva da Constituição.
> Segundo que a restrição, levada à Lei de Imprena em momento normativo inclusive em que o dano moral não tinha a mesma aceitação, hoje se ostenta de todo desnecessária, mesmo à tutela da liberdade de imprensa, tutela essa expressa em diversos termos pela própria Constituição, por exemplo quando veda a censura (art. 5º, inciso IX).
> Terceiro que, pretender limitar a indenização a valores ínfimos, ademais só postuláveis, de de índole moral, em período curtíssimo de tempo, encerra restrição abusiva, desproporcional à suposta tutela de outros direitos, da mesma forma que acaba afetando, às claras, o núcleo essencial do direito limitado.

O mesmo Claudio Luiz Bueno de Godoy já havia tratado do tema, em artigo que publicara dois anos antes da obra citada acima, intitulado "Alguns apontamentos sobre o dano moral, sua configuração e o arbitramento da indenização"[459], onde dizia que a indenização

---

[457] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de impresa e os direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, pp. 112-113

[458] Idem, pp. 113-114

[459] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Alguns apontamentos sobre o dano moral, sua configuração e o arbitramento da indenização. In 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002 – Estudos em*

dever-se-ia fixar sempre "rente à hipótese danosa particular, concreta". Dessa forma, para o autor, a compensação do ofendido só se pode operar se o arbitramento da indenização levar em conta sua situação pessoal "o que é incompatível com o tabelamento de valores, afinal para as vítimas diferentes e a cuja indenidade se volta, primariamente, o sistema da responsabilidade civil. Mas mesmo se admitida uma função dissuasória à indenização, é preciso ter em conta, no seu arbitramento, já agora também a específica situação do ofensor, para que se possa inclusive aquilatar a força profilática da quantia arbitrada. De novo o que não se compadece com a fixação de patamares ou faixas apriorísticas".

Sergio Cavalieri Filho, em seu "Programa de Responsabilidade Civil"[460], afirma que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 "não mais prevalece nenhum limite legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz". Recomenda o autor a leitura de acórdão[461] de lavra do eminente Min. Carlos Alberto Menezes Direito, quando ainda desembargador no Estado do Rio de Janeiro, que pedimos vênia para aqui transcrever no trecho em que interessa ao nosso tema:

> A nova Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do art. 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V), e declarando invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.
> Com essa disciplina, a Constituição criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente de violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum, e não a qualquer lei especial. Isto quer dizer, muito objetivamente, que não se postula mais a reparação por violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório. Diante dessa realidade, é inaplicável, até mesmo, a discutida *gesetzeskonformen*, isto é, a interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária. Dentre os perigos que tal interpretação pode acarretar, Gomes Canotilho aponta "o perigo de a interpretação da Constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional" (*Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 5ª ed., 1991, p. 242). E tal é exatamente o que aconteceria no

---

homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. CASSETTARI, Christiano (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013, p.387

[460] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 88

[461] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 5.260/41, Rel. Des. Carlos Alberto Direito

> presente caso ao se pôr a Constituição na estreita regulamentação dos danos morais nos casos tratados pela Lei de Imprensa.

Tratando da inviabilidade da tarifação do *quantum* mitigatório dos danos morais, Nehemias Domingos de Melo, em seu "Dano Moral Problemática do Cabimento à Fixação do Quantum"[462], afirma que, em primeiro lugar, a tarifação vulnera o princípio da equidade, porquanto impede o juiz de aplicar a efetiva justiça ao caso concreto. E se coloca o autor algumas questões: "como se pode atribuir a cada um o que efetivamente seja seu de direito, se esse mesmo direito estará previamente tarifado? Como considerar as peculiaridades de cada caso, de tal sorte que se possa sentenciar com uma perfeita dosimetria do valor indenizatório, se o julgador estiver limitado por pautas? Ademais, como harmonizar o preconizado na Constituição, que estabelece a reparação proporcional ao agravo de forma integral e sem limitações, com um sistema de tarifas?".

§ 59. Tentativas frustradas de Projetos de Lei a reeditar a "tarifação" do quantum mitigatório dos danos morais

59.1 Projeto de Lei nº 7.124 de 2002 do Senado Federal

Em 7 de agosto de 2002, o Senador Ramez Tebet, então Presidente do Senado Federal "ressuscita" um Projeto de Lei de 1999[463], que houvera sofrido emendas e se encontrava arquivado em face da não reeleição de seu autor original, enviando-o para a Câmara dos Deputados em face do sistema de tramitação bicameral de nosso Congresso Nacional. O Projeto de Lei dizia singelamente em seu preâmbulo: "Dispõe sobre danos morais e sua reparação". Contava com apenas 10 artigos, número suficiente, no entanto, para a perpetração de inconstitucionalidade como a seguir se decidiu.

Logo em seus artigos iniciais o PL definia como dano moral "a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade (art. 1º)", para em seguida dizer que os bens

---

[462] MELO, Nehemias Domingues de. *Dano moral problemática do cabimento à fixação do quantum*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 102

[463] Já havíamos mencionado acima tal PL. Trata-se do Projeto de Lei do Senado de nº 150, de autoria do Sen. Antonio Carlos Valladares

protegidos em relação à pessoa física eram: o nome, a honra, a fama, a imagem, a intimidade, a credibilidade, a respeitabilidade, a liberdade de ação, a autp-estima e o respeito próprio; sendo que aqueles protegidos com relação às pessoas jurídicas e entes públicos seriam: a imagem, a marca, o símbolo, o prestígio, o nome e o sigilo da correspondência (arts. 3º e 4º).

Mas estava em seu art. 7º o principal ponto de discussão jurídica que acabou por obstar a tramitação do PL. Pedimos licença para aqui transcrevê-lo, para maior clareza:

> Art. 7º. Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.
> § 1º. Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:
> I – ofensa de natureza leve: até R$ 20.000,00 (vinte mil Reais);
> II – ofensa de natureza média: de R$ 20.000,00 (vinte mil Reais) a R$ 90.000,00 (noventa mil Reais);
> III – ofensa de natureza grave: de R$ 90.000,00 (noventa mil Reais) a R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil Reais).
> § 2º. Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.
> § 3º. A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.
> § 4º. Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização.

Encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados para parecer, foi sorteado como relator o Deputado Regis de Oliveira, que ofereceu parecer contrário ao projeto pelas razões seguintes: 1) a primeira delas, um tanto difícil de concordarmos, diz com uma eventual inconstitucionalidade porquanto "na hipótese de aprovação do projeto epigrafado, em razão de suas excessivas regras de responsabilização por danos morais, as pessoas se sentirão pressionadas por tais preceitos, restringindo, assim, o direito à liberdade de expressão, assegurado pelos incisos IV e IX, do art. 5º, da Constituição Federal"; 2) igualmente, em relação à segunda das razões de rejeição da proposta, não podemos aderir, pois alega o eminente parecerista que "da mesma forma a mencionada proposta atinge, de maneira velada, os órgãos de comunicação, circunstância que agride o § 1º, do art. 220, da Magna Carta... na realidade, a proibição abrange todas as propostas, que, de alguma forma, limitam o pleno exercício desta relevante atividade, verdadeira coluna de sustentação da democracia"; 3) "defendo opinião que o projeto de lei nº 7.124/2002, do

senado federal, não pode prosperar, porque tenta conceituar o dano moral e estabelecer os bens juridicamente tutelados, trabalho impossível, que o legislador não deve se arriscar" – aqui concordamos com o mérito da crítica, em virtude de tratar-se de uma tentativa desastrada de elencar, em *numerus clausus*, quais os bens da vida a compor o patrimônio moral que, uma vez vulnerado causaria dano moral; e, finalmente 4) a causa mais evidente da inconstitucionalidade flagrante do Projeto de Lei então sob exame, quando disse o relator da CCJC "defendo posição contrária à aprovação do PL nº 7.124/2002, porque busca indevidamente fixar valores para a recomposição do dano moral. De fato, não entendo justo estabelecer valores para cada ofensa cometida, antes da ocorrência da lesão".

Finalmente, embora, *data maxima venia*, na nossa opinião tenha faltado ao parecer que rejeitou o projeto o único argumento irrebatível de inconstitucionalidade que é estabelecer um teto onde a Constituição não o fez, proclamando a plena "reparabilidade" do dano, quer seja material ou moral, o fato é que o Projeto de Lei foi barrado, tendo sido o parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovado em 30 de junho de 2010 e a iniciativa enviada ao arquivo em 11 de agosto de 2010.

59.2 Projeto de Lei do Senado nº 334 de 2008

De iniciativa do Senador Valter Pereira, apresentou-se o PLS em epígrafe em 2008 com o a seguinte descrição preambular "Regulamenta o dano moral e a sua reparação". Já em seu art. 1º e parágrafo único, o projeto diz que "a indenização do dano moral, quando devida, será fixada em conformidade com o disposto nesta lei", mas "sempre que possível, tempestiva e suficiente, a reparação natural terá preferência sobre a pecuniária".

Em relação ao projeto anterior, este altera o conceito de dano moral, voltando a falar em ação ou omissão que ofenda o **patrimônio ideal**, como preferia, já em 1955, Wilson Melo da Silva (art. 2º).

No art. 3º, trazia uma contradição entre o *caput* e o último de seus incisos, isto porque a cabeça do artigo dizia que "a indenização a que se refere o art. 1º tem caráter **exclusivamente compensatório** e a sua fixação deverá considerar:" (...) "VI – o **potencial inibitório** do valor estabelecido".

Ora, o potencial **inibitório** do *quantum* da condenação não guarda qualquer relação com seu caráter **compensatório**, trata-se aqui da velha doutrina (para não dizer vício) de aludir, mesmo *contra legem* (recorde-se o teor do art. 944 CC/2002), à dúplice função da "indenização" pelos danos morais.

Mas, novamente, o ponto fulcral, se encontra no art. 6º do PLS, que aqui transcrevemos, *verbis*:

> Art. 6º. O valor da indenização por dano moral será fixado de acordo com os seguintes parâmetros, nos casos de:
> I – morte: de R$ 41.500,00 (quarenta e um mil Reais) [sic] a R$ 249.000,00 (duzentos e quarenta e nove mil) [sic];
> II – lesão corporal: de R$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) a R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);
> III – ofensa à liberdade: de R$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);
> IV – ofensa à honra:
> a) por abalo de crédito: de R$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais);
> b) de outras espécies: R$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);
> V – descumprimento de contrato: de R$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) a R$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais)
> § 1º. Na fixação da indenização, o juiz considerará sempre as circunstância descritas no art. 3º e especialmente:
> I – na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, a proximidade do ofendido com a vítima, bem como a expectativa de vida desta;
> II – no caso do inciso II do *caput* deste artigo:
> a) o grau de incapacidade resultante para a vítima, que determinará, sendo total ou permanente, o acréscimo de cinquenta por cento no valor fixado;
> b) a existência de dano estético, passível de correção, total ou parcial, mediante tratamento, cujo custo deverá ser assumido pelo ofensor ou pago ao ofendido, se este assim o preferir, a título de reparação natural, sem o prejuízo da indenização de dano moral de natureza diversa, decorrente do mesmo fato;
> c) a existência de dano estético, não passível de correção, que deverá ser indenizado mediante acréscimo de vinte por cento no valor fixado para a reparação pecuniária do dano moral de natureza diversa, decorrente do mesmo fato, ou, na sua falta, mediante o pagamento de um valor entre R$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) e R$ 62.250,00 (sessenta e dois mil e duzentos e cinquenta reais), de acordo com a gravidade do dano.
> III – na hipótese do inciso III do *caput* deste artigo, o tempo em que o ofendido ficou injustamente privado da liberdade;
> IV – no caso do inciso IV do *caput* deste artigo, a utilização da imprensa para a realização da ofensa, hipótese em que o valor da reparação pecuniária será fixado em razão de número de emissões, da amplitude da circulação e da abrangência do veículo, e acrescido de dez por cento.
> § 2º. No caso de ofensa à honra por abalo de crédito, a reparação pecuniária, quando for o caso, deverá considerar:
> I – as providências que o ofensor tiver adotado para evitar a persistência do fato;
> II – a existência de fatos similares e contemporâneos;
> III – a repercussão objetiva, de acordo com a existência de outros fatos diretamente relacionados com a natureza do dano.
> § 3º. Sempre que a ofensa resultante de descumprimento de contrato importar risco grave à vida ou à saúde, a reparação será fixada no limite máximo a que se refere o inciso V do *caput* deste artigo.

> § 4º. A reparação do dano, quando condenada a Fazenda Pública, será feita segundo os parâmetros estabelecidos neste artigo, observada a redução final de vinte por cento sobre o respectivo valor.
> § 5º. Na hipótese de culpa concorrente, o valor da reparação será reduzido pela metade.

O Projeto de Lei resultou rejeitado por Comissão em decisão terminativa, nos exatos termos do art. 91, § 5º do Regimento Interno do Senado Federal, encontrando-se no arquivo desde 24 de maio de 2011.

Na nossa opinião, o projeto peca pela "tarifação" ou "tabelamento" que pretendeu fazer, além da tentativa de prever todas as hipóteses de danos morais passíveis de mitigação *in pecunia*. Afiguram-se-nos duas falhas incontornáveis da proposição. No entanto, é louvável a tentativa empreendida de se oferecer balizamento, ou critérios mais objetivos, ao juiz para a quantificação da mitigação pecuniária. Talvez seja este o caminho a ser seguido pela legislação moderna: oferecer ao magistrado um arcabouço de circunstâncias majorantes ou redutoras do valor a ser arbitrado, de forma a balizar a difícil tarefa de determinar o *quantum* mitigatório.

§ 60. Recente caso de "tarifação" implementada pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)

Votada em 2017 a assim chamada "Reforma Trabalhista", esta acrescentou à CLT o Título II-A, epigrafado como **Do Dano Extrapatrimonial** e composto dos artigos 223-A usque 223-G, onde, contrariando a norma constitucional e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, promoveu um franco "tabelamento" do *quantum* mitigatório dos danos morais no âmbito das relações de trabalho, limitando e cerceando o arbitramento judicial – e, também, frustrando a **plena** "indenizabilidade" (mitigação, segundo nosso entendimento) dos danos dessa natureza, conforme a previsão constitucional.

Dispõe o diploma ora em comento, *verbis*:

> DO DANO EXTRAPATRIMONIAL
>
> Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.
>
> Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
I - a natureza do bem jurídico tutelado;
II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
VII - o grau de dolo ou culpa;
VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
X - o perdão, tácito ou expresso;
XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:
I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

> § 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

Aqui se vê, claramente, a "tarifação" ou "tabelamento" dos danos morais, adstrita que fica a tarefa do julgador ao enquadramento da ofensa num dos quatro níveis de intensidade dados de antemão pela norma. Uma vez categorizado o grau da ofensa, a indenização seguirá a "tabela", sempre vinculada a um múltiplo do valor do salário percebido pelo empregado.

É de se aguardar manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade destes e de um sem número de outros dispositivos desta lei (Lei 13.467/2017) que, sem dúvida, foi dos diplomas legais que maior controvérsia gerou nos ambientes político, social e jurídico da última década, por alterar a disciplina das relações de trabalho, mitigando alguns direitos dos trabalhadores vigentes desde a Consolidação das Leis Trabalhistas da década de 1930. Ter-se-á, seguramente, uma manifestação do STF quanto à tarifação aqui disposta e sua compatibilidade com o art. 5, X da CF/1988.

De se notar, também, que passaram a coexistir, pelo menos formalmente (e explicamos, em seguida a razão da ressalva), duas sistemáticas, ou dois regimes jurídicos distintos para a quantificação da verba condenatória em ações eu visem a mitigação de danos morais: a) o regime de direito do trabalho, aplicável a relações que tenham essa especial natureza jurídica, em que o juiz levará em conta para decidir (além dos valores tabelados) a categoria do dano, elementos exteriores ao dano em si e relativas a seu causador, como a conduta do lesador, sua culpabilidade, seu esforço em minimizar o dano, suas condições financeiras etc; e b) o regime de direito civil, aplicável às demais situações, onde a indenização mede-se pela extensão do dano, como veremos no próximo tópico, ao tratar dos *punitive damages*.

Logo acima fizemos uma ressalva dizendo que que, **ao menos formalmente**, criar-se-iam duas sistemáticas distintas (*rectius*, dois regimes jurídicos) para a quantificação da mitigação. E o fizemos por uma questão muito simples: em que pese a dicção de clareza meridiana do art. 944 do Código Civil, dando a extensão do dano como parâmetro para a indenização, no caso do arbitramento do *quantum* mitigatório dos danos morais a jurisprudência é useira e vezeira (de há muito) a declarar como razões de decidir questões ligadas ao comportamento e à situação financeira, quer do causador do dano, quer da vítima. Com isso, no fundo, pelo menos no que tange ao art. 223-G, incisos I *usque* XII da Lei da

Reforma Trabalhista, teremos uma *praxis* semelhante entre os juízes das varas da Justiça Comum e aqueles das varas especializadas da Justiça do Trabalho.

CAPÍTULO 6 - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES* NO BRASIL

Muitos autores defendem a impossibilidade de se atribuir outra função à condenação pelos danos morais a não ser a mitigatória ("indenizatória" para uns, "compensatória" para outros), vendo a vedação legal de se cogitar função punitiva, dissuasória, pedagógica, desestimulante etc., em que pese a franca adesão da jurisprudência pátria, como vimos, à tese da "dúplice função".

A razão principal dessa resistência é bastante compreensível e diz com a clareza emprestada ao texto legal do Código Civil de 2002 ao tratar da quantificação das indenizações.

O Código Civil dispõe, em seu art. 944, *verbis*:

> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
>
> Parágrafo único: Pode o juiz, em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir equitativamente a indenização.

Este dispositivo é um obstáculo legal importante para os que defendem natureza ou finalidade outras ao *quantum* mitigatório dos danos morais, arbitrado pelo juiz, dado que limita com clareza meridiana o valor da condenação à extensão do dano sofrido, ou seja, estabelece como **parâmetro legal**, como balizamento para o prudente arbítrio do juiz, a magnitude do dano experimentado pela vítima. Exclui, portanto, a ideia de acréscimos devidos ao excesso de culpa, à verificação de dolo, às condições financeiras elevadas do causador do dano etc..

Há, porém, uma disposição trazida no parágrafo único do artigo sob exame, que já serviu de argumento para os partidários da adoção dos *punitive dammages* entre nós, no sentido de que ela **relativizaria** o aparente **engessamento** promovido pelo *caput*. Tal argumento, com todo o respeito, não procede de forma alguma, pois a ação autorizada pelo legislador no parágrafo único foi a **redução equitativa da indenização**, tendo ele empregado o verbo reduzir e não os verbos "rever", "sopesar" ou "ponderar".

Sobre esta norma insculpida no parágrafo único do art. 944, diz Jorge Fujita, em seu "Responsabilidade Civil: Indenização por Equidade no Novo Código Civil"[464]:

> Esse dispositivo legal se oferece como uma verdadeira exceção ao princípio da reparação integral do dano, na medida em que deverá o juiz examinar o grau de culpa do agente causador do evento lesivo e o dano, para, em constatando uma desproporção gritante, poder promover a diminuição do *quantum* indenizatório. Mesmo que o dano seja de grande extensão, terá o magistrado a faculdade de operar a redução equitativa da indenização, caso demonstrado que foi pequena a culpabilidade do agente. Indubitavelmente, esse procedimento previsto pelo legislador diminui as possibilidades de decisões judiciais injustas.

Com a escolha legislativa da forma como feita, permitindo **apenas a redução** do quantum indenizatório, o que pretendeu o Código Civil de 2002 foi relativizar a regra milenar pela qual *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, dispondo que um descuido insignificante a gerar um dano de grande monta autoriza o juiz a **reduzir** (única operação autorizada) o montante da indenização.

Humberto Ávila, em seu "Teoria dos Princípios"[465] explica que a atividade do intérprete, seja ele um julgador ou um cientista do direito, ultrapassa o mero descrever dos significados previamente existentes nos dipositivos legais, mas consiste também em **constituir** esses significados. Ocorre que, muitas vezes, o intérprete se encontra diante de "condições dadas da comunicação" (para usar a terminologia proposta por Aulis Aarnio) e isto o impede de avançar para além do que lhe permite o significado indiscutível do dispositivo que tem à sua frente. Vale transcrever aqui trecho da brilhante explicação trazida pelo autor no que respeita à atividade interpretativa diante de casos como estes do parágrafo único do art. 944 do CC/2002, *verbis*:

> Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o enquanto hermenêutico: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou a priori, que permitem

---

[464] FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Responsabilidade civil: indenização por equidade no novo código civil. in Ensaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). Porto Alegre: Magister, 2007, p. 233

[465] ÁVILA, Huberto. *Teoria dos princípios*. 16ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 52-53

> a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da *condição **a priori** intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. Como lembra Aarnio, termos com "vida", "morte", "mãe", "antes", "depois", apresentam *significados intersubjetivados*, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados.

Logo adiante, o autor, diante da tarefa prática do Judiciário de interpretar o alcance das normas, traz um trecho que cabe como uma luva para o deslinde dessa questão interpretativa: o parágrafo único do art. 944 permite que se relativize a correlação, obrigatória pelo *caput*, entre indenização e dano, admitindo minoração ou majoração do *quantum* indenizatório? Sobre isso escreve o professor Ávila:

> A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender "provisória" como *permanente*, "trinta dias" como *mais de trinta dias*, "todos os recursos" como *alguns recursos*, "ampla defesa" como *restrita defesa*, "manifestação concreta de capacidade econômica" como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica porque a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Acrescentaríamos a esta lista irretocável, ousadamente, a interpretação de "reduzir" como *majorar*.

Nehemias Domingos de Melo[466], em sua pesquisa aprofundada, trouxe a notícia dos autores a defender a impossibilidade de atribuição de outra função à "indenização" por dano moral, se não a "compensatória". Entre eles cita João Lima Teixeira Filho que manifesta veemente preocupação com "punições exemplares" embutidas nos valores das condenações por danos morais, de forma a evitar que o Judiciário "se transforme, como nos Estados Unidos, num desaguadouro de aventuras judiciais à busca de uma sorte grande fabricada por meio dos chamados *punitive damages* e suas exacerbadamente polpudas e excêntricas indenizações". Menciona, igualmente, Humberto Theodoro Junior para quem a função punitiva da responsabilidade civil seria o desvirtuamento de nossa sistemática constitucional, porquanto **pena**, apenas a responsabilidade penal (que é do Direito Público) pode aplicar:

---

[466] MELO, Nehemias Domingo de. *Dano moral problemática do cabimento à fixação do quantum*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 107

"penas, em nosso sistema de garantias constitucionais, somente podem ser criadas e aplicadas por força de lei (CF, art. 5º, XXXIX). Se não existe lei alguma que tenha previsto pena civil ou criminal para o dano moral em si mesmo, ofende à Constituição a sentença que exacerbar a indenização, além dos limites usuais, sob o falso e injurídico argumento de que é preciso punir o agente exemplarmente, para desestimulá-lo de reiterar em semelhante prática".

Com relação à dificuldade apontada por Theodoro Junior, no tocante a pertencerem as penas ao ambiente estanque do direito penal e serem estranhas à jusprivatística, esta, *data maxima venia*, não leva em conta os inúmeros casos em que a função sancionatória está presente em normas de direito civil. Godoy[467] lembra, como exemplos de normas dessa natureza no direito civil, (i) dos sonegados, (ii) dos efeitos da indignidade, (iii) da situação do possuidor de má-fé em relação aos frutos e às benfeitorias, (iv) da indenização em décuplo do parágrafo único do art. 1.258, (v) da cobrança de dívida não vencida ou já paga dos arts. 939 e 940 etc.

É claro que para se eliminar um obstáculo legal, como aquele em que consiste a atual redação do art. 944 do CC/2002, basta uma outra escolha legislativa e uma tentativa nesse sentido já está em curso. Em 12 de junho de 2002 – logo após a promulgação do novo Código Civil, portanto – o Dep. Ricardo Fiúza, que foi o relator do novo Código, apresentou o Projeto de Lei nº 6.960/2002 que pretendia a alteração de quase duzentas normas daquele *codex*[468]. Entre as alterações havia a inclusão de um parágrafo 2º no art. 944 com a seguinte redação: "§ 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante". Tal Projeto de Lei encontra-se arquivado pela Mesa

---

[467] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Alguns apontamentos sobre o dano moral, sua configuração e o arbitramento da indenização. In 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002 – Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. CASSETTARI, Christiano (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013, p.384

[468] Tais alterações não puderam ser feitas pelo relator durante a votação do Projeto de Código Civil (que era datado de 1975) porque se qualquer alteração fosse feita – que não mera correção redacional – o Projeto teria de retornar ao Senado Federal e de lá não se sabe quanto tempo levaria para retornar. Conta a crônica político-jurídica - através do fiel relato do Professor Titular de Direito Civil da FDUSP, Carlos Alberto Dabus Maluf, que compunha a Comissão de juristas revisora do Projeto - que o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardozo, pretendia aprovar ainda naquele ano o novo Código Civil em homenagem ao então ainda vivo (mas em idade avançada) Professor Miguel Reale, que chefiara a Comissão de juritas que o elaborou. Por esta razão, conta-se, se evitou a todo custo qualquer alteração que devolvesse a cognição do projeto ao Senado Federal.

Diretora da Câmara dos Deputados, desde 31 de janeiro de 2007, quando deixou seu autor de exercer mandato parlamentar naquela Casa.

Se aprovada uma semelhante alteração, pela primeira vez estaria consagrada na legislação a fórmula utilizada há anos na quase unanimidade da jurisprudência brasileira e admitida por grande parte da doutrina: que a "indenização" deve, a um só tempo, compensar o agravo sofrido pela vítima e servir para dissuadir o ofensor, desestimulando-o a proceder a novas condutas lesivas. Veja quando tratamos da **Evolução História do Instituto do Dano Moral** que já houve, desde sempre, doutrina brasileira e estrangeira a defender a "indenização" do dano moral como pena, até para escapar da pecha pejorativa do imoral *pretium doloris*.

Um autor a asseverar a tão mencionada dúplice função da condenação pelos danos morais foi Caio Mário da Silva Pereira em sua obra "Responsabilidade Civil"[469], onde afirma que "na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I – *punição ao infrator* pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – *pôr nas mãos do ofendido uma soma* que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie".

Também Sergio Cavalieri Filho[470] afirma categoricamente que o fundamento da reparação do dano moral "não é apenas aquela ideia de compensação – substituir a tristeza pela alegris etc.; a par do sentido compensatório, a indenização pelo dano moral tem de assumir um caráter **punitivo**, conforme já salientado" (grifos nossos).

Pedro Frederico Caldas, em seu "Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral"[471] é também um dos muitos autores que defendem a chamada *dúplice função* da condenação pelos danos morais. Para o autor a condenação teria o condão de mitigar os efeitos do dano moral sofrido pela vítima, mas **também** "fazer com que o ofensor sinta o peso da consequência ao ponto de se vir desestimulado a cair em recidiva".

Há, inclusive, quem reconheça, como Youssef Said Cahali[472] uma função tríplice e não apenas dúplice: "a indenizabilidade do dano moral desemplenha uma função tríplice:

---

[469] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 315-316

[470] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 93

[471] CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 133

[472] CAHALI, Youssef Said. *Dano moral*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 175

reparar, punir, admoestar ou prevenir". Nehemias Domingos de Melo[473] segue na mesma esteira, dividindo as funções da condenação por danos morais em três e não duas finalidades precípuas: (i) o caráter compensatório para a vítima, (ii) o caráter punitivo para o causador do dano e (iii) o caráter exemplar para a sociedade como um todo. Esta última rubrica gerando, no entender do autor, um valor a ser destinado a um "fundo de interesses difusos, por exemplo, que poderia utilizar os recursos para campanhas educativas", de forma a evitar o locupletamento da vítima.

A esmagadora maioria dos acórdãos colhidos na jurisprudência brasileira finaliza justificando o valor encontrado para o *quantum* mitigatório como suficiente, a um só tempo, para dar uma satisfação à vítima, bem como para servir a dissuadir o réu de novos ataques.

Maria Celina Bodin de Moraes, em seu já citado "Danos à Pessoa Humana"[474] traz notícia de que nos Estados Unidos, lugar de onde se pretende importar o instituto dos *punitive damages*, não há uma preocução com o enriquecimento da vítima (que já se pressupõe). Tal acontece porque o ressarcimento punitivo se justificaria pelo objetivo precípuo de pacificar a sociedade. Para a autora, o instituto serve, a um só tempo para "i) punir o ofensor por seu mau comportamento; ii) evitar possíveis atos de vingança por parte da vítima; iii) desestimular, preventivamente, o ofensor e a coletividade de comportamentos socialmente danosos, quando o risco de ser obrigado a compensar o dano não constituir remédio persuasivo suficiente; iv) remunerar a vítima por seu empenho na afirmação do próprio direito através do qual se consegue um reforço geral da ordem jurídica".

§ 61. A aplicação dos punitive damages ao longo da história

Para o escorço histórico do instituto dos *punitive damages* e a adequação de seu transplante para países do sistema da *civil law*, nos utilizamos muito das lições de Andrea Sirotti Gaudenzi[475].

A primeira oportunidade de aplicação dos punitive damages na Inglaterra remonta ao ano de 1763, com o célebre caso *Wilkes v. Wood*. Mr. Wilkes era um mebro do Parlamento

---

[473] MELO, Nehemias Domingo de. *Dano moral problemática do cabimento à fixação do quantum*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 119

[474] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* 2ª ed. revista, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 33

[475] GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Brevi note in tema di "danni punitivi"*. 2008. Disponível em http://www.studiosirottigaudenzi.it acessado em 25/09/2017

Britânico e teve sua casa invadida por Mr. Wood, à frente de uma equipe composta de agentes do Governo, depois deste último ter intentado contra Wilkes uma ação acusando-o de ser o autor de panfletos anônimos com críticas à Coroa. Alegando terem rompidos seus armários, destruído bens seus e, **principalmente**, violado o asilo inviolável que era a sua casa, numa ação de flagrante abuso contra a liberdade de manifestação do pensamento de um representante dos súditos, Wilkes conseguiu uma vultosa indenização que foi o germen da teoria dos *punitive damages*, que serviriam não só para "satisfazer" a vítima, mas para punir e dissuadir o ofensor de novas ações ilícitas.

Hoje, no Reino Unido foi reservado um espaço muito modesto para a ação dos *punitive damages*, por conta dos limites impostos pela *House of Lords* no caso *Rookes v. Barnard* de 1964, através do qual foi esclarecido que os *punitive damages* podem ser pleiteados, e eventualmente deferidos, apenas e tão somente quando se verifique uma violação grave dos direitos fundamentais do cidadão por parte do Estado, ou, ainda, quando seja nítida a intenção do autor do dano de obter ganho injusto a partir da prática do ato lesivo – e, **ainda**, que tal ato não seria suficientemente reprimido apenas com a aplicação dos *compensatory damages*.

Veja que não são poucos os requisitos a ser observados para que se permita, hodiernamente, a aplicação dos punitive damages no direito britânico.

Nos Estados Unidos a primeira experiência com a condenação ao pagamento de *punitive damages* deu-se em 1791, através do caso *Coryell v. Colbought*. A análise do direito norte-americano conduziu a numerosos debates, tanto entre nós, como na Europa continental, sobre a possibilidade de importação desse instituto.

Nos últimos anos, nos Estados Unidos, a aplicação dos *punitive damages* experimentou um vertiginoso crescimento, a ponto de estar prevista expressamente nas cláusulas contratuais a título de garantia em avenças onde há um grande desequilíbrio entre as partes – como nas apólices de seguro, por exemplo. Tal crescimento vertiginoso fez com que surgissem demandas por uma forma de contenção legislativa do instituto, com o estabelecimento de tetos máximos para os arbitramentos etc.

Hoje são poucos os Estados membros dos EUA que não aceitam os *punitive damages*, sendo sua aceitação maior nos casos a envolver o ressarcimento de consumidores em litígio com grandes empresas fornecedoras. Alguns Estados editaram normas específicas sobre a matéria, como fez a Georgia, que fixou limites ao seu pleito nos casos a envolver

product liability. Também a Florida limitou o valor dos *punitive damages* ao triplo daquele apurado para os *compensatory damages*.

É de se ressaltar que a Suprema Corte Norte-Americana foi chamada a pronunciar-se em algumas ocasiões a respeito da constitucionalidade dos *punitive damages*. Em 1989 a Suprema Corte examinou o problema da constitucionalidade dos *punitive damages* com relação à Oitava Emenda, que veda a exigência de cauções exorbitantes, a imposição de multas excessivas ou a aplicação de penas cruéis ou inusitadas (*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*). Nessa ocasião, a Corte decidiu que não se podia falar de inconstitucionalidade do instituto porquanto a Oitava Emenda não se refere a controvérsias entre particulares, mas sim às penalidades ou exigências aplicadas diretamente pelo Estado.

Em seguida, decidindo a impugnação de uma decisão prolatada pela Corte Estadual do Alabama, onde se discutia a conformidade do instituto com o disposta na Décima Quarta Emenda, foi assentado pela Suprema Corte que "nos EUA, não viola a previsão da Décima Quarta Emenda a legislação do Estado do Alabama, que delimita a discricionariedade do júri na concessão dos *punitive damages* prevendo: a) que ao mesmo deverão ser fornecidas precisas instruções sobre funções de compensação e de dissuasão desenvolvidas pelos *punitive damages*; b) a possibilidade, para o juiz, de examinar a conformidade dos *punitive damages* aos padrões (*standards*) fixados pela Suprema Corte; c) o controle posterior e eventual da Corte Suprema sobre o nível inadequado ou excessivo dos mesmos"[476].

Mais recentemente, voltou a Suprema Corte daquele país ao tema, confirmando seu próprio entendimento anterior:através da sentença datada de 25 de junho de 1993, a autoridade judiciária máxima dos EUA afirmou que a concessão de *punitive damages* em medida amplamente excedente em relação à quantificação da indenização compensatória não representa uma violação da cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda.

A aplicação dos punitive damages é admitida frequentemente nos casos de *class action*, vale dizer, no daquelas ações em que um único membro de uma determinada categoria ajuíza a demanda que surtirá efeitos em benefício de todos que pertençam àquele grupo. Esta categoria de ação, expressamente contemplada pela *FRCP (Federal Rules of Civil Procedure,*

---

[476] Suprema Corte dos Estados Unidos da América, sentença de 4 de março de 1991, *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip and others.*

Rule 23) comporta a extensão dos efeitos a todos os que estejam no mesmo regime jurídico (pertencentes ao mesmo grupo ou categoria do autor original).

Além dos casos ligados às condenações sofridas pelos fabricantes de cigarros, em 1998 causou muito furor a decisão da Corte de Apelação do Estado da Califórnia, que confirmou a sentença de primeiro grau, através da qual um escritório de advocacia e um advogado desse escritório foram condenados ao pagamento de uma soma deveras alta – algo como três milhões e meio de dólares – a título de *punitive damages* a favor de uma empregada do escritório que havia proposto ação por assédio sexual e moral.

§ 62. Os *punitive damages* na jurisprudência de alguns países da Europa Continental

O primeiro país europeu que adotou uma legislação específica sobre o tema do *mobbing* foi a Suécia, que regulou o fenômeno com o *Vocational Rehabilitation Act* de 1994. Também a França desenvolveu uma atenção específica ao tema, dando espaço ao *mobbing* graças a uma interpretação criativa emprestada ao art. 1384 do *Code Civil* e da normativa de segurança e não discriminação no trabalho (L. 236-2 Comité d'hygiène)[477].

Num sistema como aquele norte-americano no qual não se atribui importância à distinção entre grave responsabilidade por ilícitos civis (contratual ou extracontratual) e ilícitos penais, o dano moral se reconhece sempre que se verificar uma *intentional infliction of emotional distress* (algo como "provocação intencional de sofrimento emocional"), com a consequente aplicabilidade dos punitive damages.

A questão que se impõe é: poder-se-á trasladar, sem maiores "latinizações", o instituto dos *punitive damages* para ordenamentos que seguem a tradição da *civil law*, como o caso do Brasil?

A resposta que se impõe é negativa, ao nosso sentir. A aplicação de institutos da *Common Law* ao direito brasileiro de forma automática e imediata encontra o obstáculo intransponível de um sistema judicial **absolutamente diferente**. Será que os defensores dessa possibilidade aceitariam, na hipótese dos conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, adotar também todo o arcabouço para nós exótico das garantias processuais

---

[477] MUSY, A. M., Il mobbing ed il danno esistenziale: profili comparatistici, Atti del Convegno A.G.A.N. – 6 dicembre, 2000 http://www.agatavvocati.it/doc/Conferenza_mobbing_Novara.doc; acessadoo em 26/09/2017

do sistema da *Common Law*? Referimo-nos à participação de um júri popular, à fase pré processuar de *discovery period*, etc. A esse respeito, pedimos vênia para trazer as palavras de Ramon Daniel Pizarro que, de forma muito clara abordou a questão em sua obra "Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación"[478]:

> Boa parte de nossas doutrina e jurisprudência tem como pressuposto considerar que sirva para os Estados Unidos da América do Norte, em matéria de meios de comunicação seja trasladável para nós. Nos dirão que a Constituição norte-americana e sua primeira emenda influenciaram decisivamente em nossa Carta Magna. E que, por esta circunstância *histórica* tudo o que sirva para solucionar os conflitos naquele país pode (e, mais ainda, deve) ser aplicado entre nós.
> O curioso é que adotam unicamente as ideias do direiro norte-americano que criam privilégios para a mídia em detrimento dos cidadãos.
> Nada se diz, por outro lado, da necessidade de se acompanhar tais privilégios com outras medidas que podem afetar os meios de comunicação e que têm sido largamente aceitas pela jurisprudência dos Estados Unidos.
> Tal é o que sucede, por exemplo, com a teoria dos *punitive damages* que são componentes essenciais dos "megavereditos" e das condenações multimilionárias dos meios de comunicação; ou do denominado *discovey period* – etapa judicial prévia, com particularidades próprias e específicas, em que ambas as partes devem pôr à disposição da outra todos os documentos, evidências e demais elementos de que disponham -, sem o qual a doutrina New York v. Sullivan é absolutamente impraticável.

Noutro trecho de seu percuciente trabalho sobre a responsabilidade da imprensa[479], Pizarro propõe a situação limite de alguém que contraria o ordenamento jurídico, causando dano a outrem, porém agindo deliberadamente – mesmo da sabendo da certeza de uma módica condenação pelos danos morais – porquanto visando a grande lucro que advirá dessa operação. Em tal hipótese, segundo o autor, a mitigação dos danos morais não alcança o pleno restabelecimento da legalidade, já que subsistirá um grande benefício econômico **derivado diretamente do ilício e em favor de quem delinquiu**. Diante desse quadro se

---

[478] PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación – Daños por noticias inexactas o agraviantes.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1991, p. 226-227. Tradução livre de: *"Buena parte de nuestra doctrina y jurisprudencia tiene el preconcepto de considerar que todo lo que se resuelva en los Estados Unidos de Norte América, en materia de medios de prensa es trasladable a nosotros. Nos dirán que la Constitución norteamericana y su primera enmienda influyeron decisivamente en nuestra Carta Magna. Y que por esta circunstancia histórica todo lo que se resuelva en aquel país puede (y, más aún, debe) ser aplicable entre nosotros. Lo curioso es que unicamente se toman las ideas del derecho estadounidense en cuanto crean situaciones de privilegio a favor de los medios, en desmedro de los de los ciudadanos. Nada se dice, en cambio, de la necesidad de acompañar estos privilegios con otras medidas que pueden afectar a los medios de prensa, que han sido largamente aceptadas por la jurisprudencia de los Estados Unidos. Tal lo que sucede, por ejemplo, con la teoría de los daños punitivos que son componentes esenciales de los 'megaveredictos' de las condenas multimillionarias a los medios; o del denominado "discovery period" – etapa judicial previa, con particularidades propias y específicas, en las que ambas partes deben poner a disposición de la outra todos los documentos, evidencias y demás elementos de que dispongan -, sin el cual la doctrina 'New York v. Sullivan' es absolutamente impraticable".*

[479] Idem, pp. 138-139

depreenderia, segundo Pizarro, a necessidade de quebrar esta cadeia de lucro ilícito com a implementação de sanções econômicas que a tornem inviável. "O contrário importaria aceitar que alguém possa enriquecer graças ao agravo intencional ou ao fruto de uma grosseira negligência".

No entanto, o autor vê que a adoção, por países da tradição da *Civil Law*, dessa sistemática dos *punitive damages* se depararia com sérias dificuldades: a) a primeira é a falta de previsão normativa e não sendo mera reposição do *status quo ante*, e sim penalização, a condenação nos *punitive damages* imprescinde de lei anterior que a prescreva (*nullum crimen nulla poena sine lege*) e b) a segunda diz respeito com o destino dessa verba condenatória. Na tradição da *Civil Law* uma condenação a favor do lesionado que seja maior do que o dano experimentado importaria enriquecimento sem causa deste.

Sobre o tema da dificuldade de aplicação dos punitive damages – sem alterações e adaptações para o sistema romano-germânico -, prossegue o autor[480]:

> No sistema da *Common Law*, ao contrário, se desenvolveu a denominada teoria dos *danos punitivos ou exemplares*, que se adicionam aos danos materiais efetivamente causados, e que devem ser pagos pelo responsável à própria vítima em casos de graves condutas danosas.
> Os fundamentos que norteiam tão singular proceder são variados e revelam um forte pragmatismo: às vezes se pretende castigar o dolo ou a culpa grave do responsável; em outras oportunidades se busca, ademais, ressarcir a vítima, especialmente pelo dano moral experimentado. Alguns autores creem – inclusive – encontrar razões de equilíbrio de mercado a justificar tais sanções, especialmente em matéria de produtos elaborados: isto porquanto o sistema não possa tratar da mesma forma o empresário honesto,

---

[480] Idem, ibidem. Tradução livre de: "*En el Common law, en cambio, se ha desarrollado la denominada teoría de los daños punitivos o ejemplares, que se adicionan a los daños materiales efectivamente causados, y que deben ser pagados por el responsable a la propia víctima en casos de graves inconductas. Los fundamentos que nutrem tal singular proceder son variados y revelan un fuerte pragmatismo: a veces, se intenta castigar el dolo o la culpa grave del responsable; en otras oportunidades se busca, además, resarcir a la víctima, especialmente por el daño moral experimentado. Algunos autores creen – inclusive – encontrar razones de equilibrio de mercado para justificar tales sanciones, especialmente en matéria de productos elaborados: ello por cuanto el sistema no puede tratar de la misma manera al empresario honesto, que se equivoca al lanzar un producto defectuoso al mercado, que a aquél que lo hace con plena conciencia, con la finalidad de abaratar costos u obtener mejores réditos económicos. La doctrina y la jurisprudencia Suelen asignar a estos daños punitivos también una función preventiva para evitar inconductas futuras. El monto es fijado con cierta discricionalidad por el juzgador, tomando en cuenta, entre otros aspectos, la gravedad de la falta, la existencia de malicia, el posible detrimento causado a la víctima, el beneficio económico obtenido por el responsable a la raíz del ilícito y la situación patrimonial de este último. No es éste el momento para analizar con la profundidad que mereceria esta singular institución, vigente en los países del Common law, pues ello excedería largamente los limites fijados para esta obra. Habremos de limitarnos a señalar que ella es ajena a nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil, edificado en torno a la idea señera según la cual el ilícito no puede ser fuente de enriquecimento para el damnificado. No obstante ello, algunos aspectos de estos daños punitivos pueden tener utilidade, con miras a futuras reformas legislativas, si se los vincula con el problema del pleno desmantelamento de los efectos de ciertos ilícitos dolosos o en los que medie culpa grave"*.

> que se equivoca ao lançar um produto defeituoso no mercado, e aquele que o faz com plena consciência, visando a baratear seus custos ou obter maiores lucros. A doutrina e a jurisprudência costumam determinar a esses *danos punitivos* também uma função preventiva, para evitar novas condutas lesivas.
> O montante é fixado com certa discricionariedade pelo julgador, levando em conta, entre outros aspectos, a gravidade da conduta ilícita, a existência de malícia, o possível detrimento causado à vítima, o benefício econômico experimentado pelo responsável e sua situação patrimonial.
> Não é o momento para analisar coma profundidade que mereceria este singular instituto, vigente nos países da *Common Law*, pois isso excederia em muito os limites fixados para esta obra.
> Teremos de nos limitar a assinalar que ele é alheio ao nosso sistema de responsabilidade civil, edificado em torno da ideia principal segundo a qual o ilícito não pode ser fonte de enriquecimento para o lesado.
> Não obstante isso, alguns aspectos desses danos punitivos podem ter utilidade, com vistas a futuras reformas legislativas, se os vincularmos com a ideia do pleno desmantelamento dos efeitos de ilícitos dolosos, ou praticados mediante culpa grave.

Nos países de língua alemã as manifestações foram as mais variadas. Gaudenzi[481], citando o alemão Kurt Sierh, traz a notícia de que se classificaram os casos da jurisprudência em alemão com relação à delibação e à declaração de execução de sentenças condenatórias em *punitive damages* provenientes da zona do *Common Law,* tendo-se chegado à conclusão de que os juízes da Alemanha e da Suiça não tiveram um comportamento unívoco: se encontram sentenças que consentiram a plena delibação das sentenças estrangeiras sobre os *punitive damages*, bem como outras que deram parcial reconhecimento à possibilidade de sua execução e, até mesmo, as que não permitiram de forma alguma a execução de sentenças condenatórias estrangeiras com esse objeto, por sua contrariedade aos princípios da *lex fori*.

62.1 Caso Security Fowards Inc. v. Trans Containers Services A. G.

O Tribunal Civil da Basileia, no ano de 1989, examinou uma questão de delibação relativa a uma sentença norte-americana condenatória ao ressarcimento de danos, que havia reconhecido como responsável a parte suíça – que se opunha à execução – pelo pagamento de uma soma de aproximadamente cinquenta mil dólares a título de *punitive damages*. Neste processo as partes eram a americana Security Fowards Inc. de São Francisco, Califórnia e a suíça Trans Containers Services A. G. da Basileia. Os fatos diziam respeito a um contrato de transporte celebrado entre as partes, pelo qual a sociedade suíça era obrigada a transportar equipamentos de campo do exército norte-americano desde os Estados Unidos até a

---

[481] GAUDENZI, Andrea Sirotti. *opus cit*., p. 10

Inglaterra. As partes haviam pactuado a aplicação do direito inglês para solver eventuais controvérsias que surgissem sobre o contrato.

A empresa norte-americana havia colocado à disposição do transportador, contêineres novos a serem utilizados para o acondicionamento do material a ser removido. Como não havia pago integralmente o serviço, a Security Fowards foi processada pela empresa suíça perante o juizado federal da Califórnia. No entanto, a controvérsia avançou e derivou para um pedido reconvencional da empresa americana, pretendendo uma indenização por apropriação indébita – por parte da empresa suíça – dos contêineres entregues para o transporte do equipamento. Pleiteavam, outrossim, o ressarcimento dos *punitive damages* de *cynical disregard* por "lesão fraudulenta" do direito de propriedade dos contêineres. O juiz condenou a emresa suíça ao pagamento de cento e trinta e cinco mil dólares a título de ressarcimento dos danos e mais cinquenta mil dólares como *punitive damages*. O Tribunal, em segunda instância, confirmou a sentença.

No processo de delibação na Suiça, o juiz civil declarou exequível a sentença americana; o juiz federal de segundo grau confirmou tal decisão e a Corte Federal (*Bundesgericht*), através de acórdão datado de 12 de julho de 1990, decidiu que não havia razão para intervir na senteça de apelação e considerou inadmissível dar uma interpretação diversa daquela que já fora emprestada ao caso. Em suma: nenhum problema foi levantado em relação à execução de uma sentença estrangeira a conter condenação por *punitive damages*.

62.2 Caso "John Doe"

Em 1984 um réu, condenado perante um tribunal norte-americano, pelo abuso sexual de menores, a uma longa pena privativa de liberdade, deixou os Estados Unidos mudando-se para a Alemanha, onde dispunha de propriedade imobiliária. Na sentença da *Superior Court os the State of California* de 24 de abril de 1985 foi concedido ao autor, nascido em 1968, e indicado apenas com o pseudônimo de "John Doe" um ressarcimento de danos, a ser pago pelo réu, no montante de mais de setecentos e cinquenta mil dólares.

Diga-se, desde logo, que o acórdão não fazia menção à categoria de cada verba a compor a quantificação da condenação total e não vinham indicados os motivos dessa decisão pelo *quantum* indenizatório. Contudo, da ata da sessão de julgamento da *Superior Court* havia menção à gravidade dos abusos sofridos pelo autor, mormente porque, à época não tinha sequer 14 anos completos; além disso, alí haviam sido indicados os itens que compunham a

soma total da indenização: despesas médicas (*past medical damages*), despesas médicas futuras (*future medical*), despesas com uma provável futura necessidade de recolocação do autor (*cost of placement*), ressarcimento pela angústia, dores e sofrimentos experimentados e outros danos correlatos (*anxiety, pain, suffering and general damages of that nature*). Além destes itens, a decisão previa o pagamento de quatrocentos mil dólares pelos *exemplary and punitive damages*.

O *Landgericht* (tribunal) de Düsseldorf declarou exequível a sentença estrangeira na Alemanha. Em seguida à apelação proposta pelo réu, a *Oberlandesgericht* (segunda instância) de Düsseldorf decidiu confirmar a declaração de exequibilidade por uma soma reduzida, no entanto.

Chegando o caso ao *Bundesgerichshof* (espécie de Superior Tribunal de Justiça daquele país), este tribunal decidiu que a execução da sentença norte-americana não poderia se dar na Alemanha em face de uma limitação de ordem pública expressa no § 723, II e § 328, I, n. 4 ZPO. De fato, o ordenamento jurídico alemão prevê como consequência de uma ação ilícita a reparação do dano e não **também** o enriquecimento do lesado. O Bundesgerichshof, então, no seu exame articulado da decisão que se pretendia executar entendeu como fundamental sublinhar como as funções **punitiva** e **pedagógica**, presentes no instituto dos *punitive damages*, são, na Alemanha, próprias do direito penal e não do direito civil.

É justo supor que a matéria proveniente dos ordenamentos anglo-saxões opere no âmbito do direito civil, mas – como ressaltou a alta Corte alemã – não é admissível que, no interior de um ordenamento como o alemão (da *Civil Law*), um cidadão possa assumir a função do Ministério Público, pretendendo que sejam cominadas penas ante a prática de um ilícito civil. É evidente que a função punitiva não é de todo desconhecida do direito privado, dado que o direito alemão tem o instituto das penalidades contratuais; não se podem omitir, porém, as considerações da alta Corte alemã, quando diz que estas últimas pressupõem uma pactuação entre as partes e, por isso, não podem ser comparadas com os princípios sobre os quais se apoiam as sanções penais.

A Corte observou que a função pedagógica dos danos punitivos não pode ser equiparada de modo algum com aquela de procurar a satisfação dos danos morais por força do § 847 do BGB. Portanto o dano moral não deve confundir-se com o "dano punitivo". A *ratio* do primeiro é bem diversa daquela do segundo: o dano moral tem função eminentemente ressarcitória, enquanto que o instituto próprio do direito anglo-saxão tem como função

precípua aquela de punir o causador do dano, além de constituir um elemento dissuasório da perpetração de novos atos lesivos. Todavia, parece que o teor literal do acórdão do *Bundesgerichshof* não exclui totalmente a possibilidade de que sentenças que contenham condenações a *punitive damages* possam ser executadas na Alemanha. De fato, com referência aos limites impostos pelo ordenamento público internacional, a Corte estabeleceu que "o aspecto do pleito de ressarcimento do dano moral, de procurar satisfação, pode ser posto em causa somente na medida em que os danos punitivos são dirigidos a compensar também eventuais danos imateriais"[482]. Na hipótese *sub judice*, isso já havia acontecido (a reparação de danos imateriais), dado que fora prevista uma indenização – anterior aos *punitive damages* – a título de *anxiety, pain and suffering*. As conclusões teriam sido outras se, através da condenação ao ressarcimento dos *punitive damages*, tivesse sido possível ressarcir as "desvantagens econômicas não compensadas separadamente ou de difícil comprovação" (a exemplo de despesas processuais, etc). No entanto, nem a sentença, nem a ata da sessão de julgamento da *Superior Court* continham indícios a partir dos quais fosse possível deduzir que o juiz tivesse a intenção de liquidar as despesas legais. Além disso, havia de se notar como as somas liquidadas para compensar sejam as despesas médicas, sejam os danos morais fossem de um importe mais que suficiente para tal. Assim, a alta Corte alemã sublinhou como não seria possível a execução de uma condenação por *punitive damages* (além disse, de grande vulto) em face da ausência de indicações precisas, por parte do tribunal estrangeiro, com relação aos critérios de determinação da condenação e de sua quantificação. O juiz americano não havia fornecido a motivação que o levara à condenação pelos *punitive damages* (*rectius*: não permitia individualizar o objeto do ressarcimento). Com efeito, no ordenamento jurídico alemão figura inaceitável a condenação civil ao pagamento de vultosa quantia que não tenha a função de propiciar a efetiva compensação de um dano experimentado pela vítima. Seu enriquecimento posterior não é permitido. É evidente que a conclusão a que chegou o *Bundesgerichshof*, mesmo que mostrando uma tímida abertura ao instituto anglo-saxão, não teria podido permitir o reconhecimento de uma *fattispecie* tão distante do sistema contido no BGB.

---

[482] GAUDENZI, Andrea Sirotti. *opus cit*., p. 13

62.3 Os punitive damages no direito italiano

Embora alguns autores italianos sustentem vigorosamente a possibilidade de aplicação dos punitive damages no direito daquele país[483], tal modo de sentir não vem surtindo efeito junto aos Tribunais italianos.

A *Pretura di Milano*, declarou em decisão datada de 6 de julho de 1989, segundo raz notícia Gaudenzi, em seu artigo aqui já citado, que a liquidação dos danos ressarcíveis por equidade – exatamente por não ser possível sua precisa quantificação – não se deve confundir, de modo algum, com o conceito dos *punitive damages*, não obstante naquela hipótese o juiz também tenha de levar em conta a culpa individual e todas as demais circunstâncias ligadas ao fato cocreto, incluído aí o benefício auferido pelo causador do dano a partir de sua conduta ilícita[484].

A *Corte di Appello di Venezia*[485], citando precedente da *Corte Costituzionale*, trouxe trecho de um aresto (*sentenza 184 del 1986*) donde se lê: "é impossível negar ou considerar irracional a ideia de que a responsabilidade civil por ato ilícito tenha o condão de prover não somente a reintegração do patrimônio da vítima, mas, entre outras coisas, por vezes, também e ao menos em parte, o de ulteriormente sancionar e prevenir o ilícito, como acontece exatamente nos casos de reparação dos danos não patrimoniais causados por delito. Ao lado da responsabilidade penal (aliás, talvez melhor dizendo, junto e ulteriormente à pena pública) a responsabilidade civil bem poderia assumir papel preventivo e sancionatório."

No entanto, quando se trata do juízo de delibação a ser feito pela Suprema Corte Italiana, perquirindo sobre a exequibilidade na Itália de sentenças estrangeiras (de países da *Common Law*) condenatórias por *punitive damages*, as decisões têm sido uníssonas no rumo da negativa. É o que se vê, por exemplo, da decisão da *Cassazione Civile, Sezione III*, de 19 de janeiro de 2007, que observa que tanto a reparação civil por danos morais quanto os *punitive damages* teriam a exata mesma finalidade pública "dissuasória", tendente a evitar ações ou omissões "que possam causar danos a uma série de sujeitos, atribuindo, todavia, a

---

[483] Tome-se, por todos, Aldo Grassi ("*Il concetto di danno punitivo*", *in* Tagete, VI, fasc. 1, março de 2000, p. 107) e cf. o sítio eletrônico http://www.dannipunitivi.com

[484] *Pretura di Milano*, 6 de julho de 1989, *in* Revista *Diritto e pratica nell'assicurazione,* 1989, p. 867

[485] *Corte di Appello di Venezia*, 15 de outubro de 2001, *in* Revista *Il Foro Padano*, 2002, I, p. 525. Uma tradução livre de: "*è impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da ato illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche ed almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato. Accanto alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed ulteriormente alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori"*.

um único lesado um benefício injustificado para finalidades estranhas à ordem pública internacional italiana, com consequentes irremediável conflito com essa última e inexequibilidade da decisão estrangeira"[486].

Prosseguiu a Suprema Corte, no mesmo julgamento – espécie de leading case para a inaplicabilidade dos *punitive damages* pela jurisprudência italiana – dizendo que a ideia da punição w da sanção é estranha ao ressarcimento do dano, assim como é absolutamente indiferente a conduta do autor do dano. Sendo esta a principal razão para se excluir a delibação de sentenças da tradição da *Common Law* que pretendam aplicar no direito italiano esta espécie de punição em que consistem os *punitives or exemplary damages*. A Corte sublinhou que: "à responsabilidade civil é reservado o papel precípuo de restaurar a esfera patrimonial do sujeito que sofreu a lesão, mediante a entrega de uma soma em dinheiro que tenda a eliminar os efeitos do dano causado. Tal princípio vale para qualquer dano, compreendido aí o dano não patrimonial ou moral, para cujo ressarcimento, exatamente porque não se pode a eles reconhecer-se finalidade punitiva, não só é irrelevante o estado de necessidade do lesado e as possibilidades do ofensor, mas como o que é necessário, isso sim, é a prova de existência do sofrimento ocasionado pelo ilícito, mediante alegações de circunstâncias de fato concretas a partir das quais se possa presumí-los, restando excluído que tal prova possa considerar-se *in re ipsa*"[487].

Gaudenzi[488], referindo-se à posição adotada por Aldo Grassi, dá conta de movimento doutrinário italiano a enxergar, no parágrafo primeiro do artigo 96 do Código de

---

[486] *Cassazione Civilie, Sezione III, 19 gennaio 2007, sentenza n. 1183*, *in* Revista *Il Corriere Giuridico*, 2007, fasc. 4, p. 497. Tradução livre de: "*che possano recare danno ad una serie di soggetti attribuendo tuttavia al singolo danneggiato un beneficio ingiustificato per finalità estranee all'ordine pubblico Internazionale italiano, con conseguente irrimediabile conflito con esso e non delibabilità della decisione"*.

[487] Idem. Tradução livre de: "*Alla responsabilità civile è assegnato il compito precípuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. Tale principio vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perchè non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato de bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma ocorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fato da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi in re ipsa"*.

[488] *Opus cit*., p. 16. Tradução livre de: "*Recentemente, una voce dottrinale ha posto l'attenzione sul primo comma dell'art. 96 c.p.c., che stabilisce: 'se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza'. In particolare, il Grassi ha rilevato come parte della giurisprudenza abbia atribuito alla disposizione dell'art. 96 c.p.c. una natura giuridica diversa dal principio generale indicato dall'art. 2043 c.c., riconoscendo un danno diverso da quello efetivamente patito dal danneggiato, a fronte di un comportamento scorretto tenuto della controparte. In particolare, si è posta l'attenzione sul comportamento scorretto delle parti processuali, che ricorda l'atteggiamento di chi agisce in manera fraudolenta, in base a quello che i giuristi anglosassoni definiscono 'cynical disregard'. Non sono*

Processo Civil daquele país, uma possibilidade de norma autorizativa para o arbitramento de *punitive damages*:

> Recentemente, uma voz doutrinária pôs sua atenção sobre o primeiro parágrafo do art. 96 do CPC, que estabelece: "se a parte sucumbente agiu ou resistiu em juízo com má-fé ou culpa grave, o juiz, a requerimento da outra parte, a condenará, além das despesas processuais, ao pagamento dos danos, que liquidará, mesmo de ofício, na sentença". Em particular, Grassi sublinhou como parte da jurisprudência tem atribuído à disposição do art. 96 do CPC uma natureza jurídica diversa daquela do princípio geral insculpido no art. 2043 do CC, reconhecendo um dano diverso daquele efetivamente sofrido pela vítima, quando diante de um comportamento desleal tido pela outra parte no processo. Particularmente, concentrou-se a atenção sobre o comportamento processual desleal das partes processuais, que faz lembrar o comportamento de quem age de maneira fraudulenta, nas bases daquilo que os juristas anglo-saxões costumam chamar de *cynical disregard*. Não faltaram menções aos frequentes casos em que tais sujeitos resistem em juízo apenas para desencorajar a parte autora, levando em consideração a grande demora que caracteriza a justiça italiana. Este comportamento, mantido apenas com o interesse de chegar a acordos detrimentosos à parte lesada, não pode se não ser aquele sancionado pelo art. 96 do CPC. Com base nestas considerações, abrem-se sugestivos cenários. Em particular, sustentou-se que, para não se trair o espírito do dispositivo (art. 96 do CPC), a condenação do juiz deveria realizar também a função dissuasória com relação ao praticante do comportamento processual desleal. Para tanto, sugeriu-se aplicar uma sanção relacionada às condições econômicas do sujeito responsável (assim como acontece nos EUA). A esse propósito, foi objeto de aprofundado exame uma sentença proferida pelo Tribunal de Rimini, que decidiu sobre o pleito de condenação de uma companhia de seguros ao pagamento de uma cifra correspondente a 1% (um por cento) de seu capital social, devido a um seu comportamento de desleal, consistente em promover a liquidação de um dano somente após nove anos do momento em que se verificou o sinistro coberto pela apólice.

Para maior aprofundamento na análise do cabimento dos *punitive damages* no direito italiano – reflexão bastante útil para aquela sobre seu cabimento entre nós – recomendamos também a leitura de "Punitive Damages in Italy?" de Paolo Gallo[489].

---

mancati acceni a frequenti casi in cui taluni soggetti resistono in giudizio per scoraggiare la parte attrice, in considerazione dei lunghi tempi che caratterizzano la giustizia italiana. Tale atteggiamento, tenuto solo a fine di giungere a transazioni penalizzanti per la parte lesa, non può che corrispondere al comportamento sanzionato dall'art. 96 c.p.c. In base a queste considerazioni, si aprono suggestivi scenari. In particolare, è stato sostenuto che, per non tradire lo spirito della disposizione ex art. 96 c.p.c., la condanna del giudice dovrebbe realizzare anche la funzione di deterrente nei confronti del responsabile del comportamento scorretto. Pertanto, è stato suggerito di applicare una sanzione rapportata alle condizioni economiche del soggetto responsabile (così come accade negli U.S.A.). A questo proposito, è stato oggetto di approfondito esame una pronunzia emessa dal Tribunale di Rimini, che ha deciso sulla richiesta di condanna di una compagnia di assicurazione al pagamento di una cifra pari all'1% del capitale sociale, di fronte al comportamento scorretto della stessa, che aveva deciso di provvedere alla liquidazione del danno solo dopo nove anni dal momento in cui si era verificato il sinistro".

[489]GALLO, Paolo. Punitive damages in Italy? Disponível em http://www.jus.unitn.it/cardozo. Acesso em 26/09/2017

Resumindo a controvérsia experimentada em todos os países externos à *Common Law* acerca da possibilidade de adoção dos *punitive damages*, posiciona-se Maria Celina Bodin de Morais[490] dizendo que, nos ordenamentos de tradição romano-germânica a questão ganha foros de grande complexidade devido à perplexidade que causa a ideia de atribuir função punitiva fora do Direito Penal (que no sistema da *Civil Law* tem essa reserva para si). Diz Maria Celina que "na Alemanha, na França e na Itália, bem como em Portugal, argumentos de ordem ético-moral têm impedido a adoção dessa função como intrínseca à reparação dos danos morais. No Brasil, com frequência, a parcela punitiva parece mais alardeada do que efetivamente infligida, especialmente quando se a compara com o explosivo fenômeno americano dos *punitive damages*".

§ 63. Os *punitive damages* no direito norte-americano hoje

Há muito de "mitológico" sobre a magnitude, a frequência e o alcance do instituto dos *punitive damages* nos Estados Unidos da América nos dias de hoje. Alguns casos se tornaram famosos na crônica judiciária internacional e seguem contados e recontados, às vezes de forma caricatural e sempre de maneira a levar-nos - distantes que somos daquela realidade social, dos fatos concretos vivenciados e dos costumes daquele povo – a nos escandalizar com cifras e decisões que nos parecem verdadeiros casos de teratologia.

Um dos casos sempre usados entre nós para a crítica do instituto dos *punitive damages*, é costumeiramente contado (i) quase anedoticamente, (ii) com singeleza franciscana quanto aos detalhes, (iii) sem que se chegue ao desfecho real e (iv) numa forma resumida que beira a teratologia: "uma mulher vai comprar um café no *drive-through* de um restaurante do McDonald's. O café estava quente. Ele cai sobre ela e a queima. Ela processa a cadeia de lanchonetes e recebe USD 3 milhões (três milhões de dólares) a título de *punitive damages*".

Contada assim, a história realmente parece uma piada. Dirá o interlocutor: mas o café não é de ser consumido quente? Não foi ela quem optou por comprar o café para portar num carro em movimento? Não seria pior se servissem um café frio? Não foi ela própria quem derrubou o café sobre si?

---

[490] *Opus cit*., pp. 36-37

Bem, é aí que se deve interromper a crítica rasa e os "palpites" mal informados para que se pondere com um pouco mais de informação acerca do fenômeno. Estabeleçamos algumas premissas a envolver não só esse caso, mas o instituto dos *punitive damages* e toda a mítica que o envolve: a) este caso, da Sra. Stella Liebeck v. McDonald's foi um ponto fora da curva e, exatamente por isso, é sempre usado como a caricatura dos casos de *punitive damages* norte-americanos; b) mesmo este caso, especialíssimo, da Sra. Liebeck tem vicissitudes, que nunca são relatadas nos resumos quase anedóticos que dele se fazem como forma de criticar o instituto, que justificam uma ação mais enérgica das autoridades judiciárias contra a rede de *fast food*; c) casos de condenação em *punitive damages* dão-se numa proporção infinitesimal em relação às indenizações por danos (torts) regulares naquele país – muito menos do que aqui se propaga ou imagina e d) a Suprema Corte Norte-Americana já estabeleceu critérios para barrar indenizações desmedidas a título de *punitive damages*, limitando-as a uma relação de proporcionalidade com os danos emergentes efetivamente experimentados.

63.1 Caso Liebeck v. McDonald's

Comecemos por analisar mais detida e desapaixonadamente o caso ***Liebeck v McDonald's***:

Stella Liebeck, com 79 anos, dirigiu-se ao *drive-through* de uma das lojas da rede McDonald's de lanchonetes e comprou para levar consigo um café. Ao imprimir marcha ao seu veículo e tentar remover a tampa do copo, derramou seu conteúdo quente sobre si e teve queimaduras de segundo e terceiro graus nas nádegas, pernas e órgão sexual. Depois de sete dias hospitalizada, muito debilitada, ainda precisou da ajuda da filha em casa por três semanas até que se recuperasse dos ferimentos.

Procurou a rede de lanchonetes pedindo que reduzissem a temperatura da máquina onde se mantém o café – ajustada em 170 graus centígrados. Nessa oportunidade também pleiteou indenização pelas despesas médicas, num valor aproximado de USD 2 mil (dois mil dólares), acrescidos do que deixou de receber a filha em salários pelo tempo em que teve de ficar sem trabalhar para cuidar da mãe.

A rede de lanchonetes ofereceu singelos USD 800 (oitocentos dólares) por todos os danos, para nada mais reclamar.

Não tendo aceito a quantia ínfima oferecida, a Sra. Liebeck acionou o McDonald's perante um júri do Tribunal de Albuqurque, New Mexico, pleiteando USD 100

mil (cem mil dólares) pelos danos compensatórios (equivalentes aos nossos danos emergentes e lucros cessantes) e USD 300 mil (trezentos mil dólares) a título de *punitive damages*.

Durante o julgamento ficou comprovado – através de prova pericial - que o café, mantido a 170 graus por questões comerciais – relacionadas à sua maior durabilidade sem reposição – causa queimaduras de segundo grau em apenas 3,5 segundos após o contato com a pele, enquanto que, se reduzida a temperatura em apenas 10 graus (quase imperceptíveis), ou seja, para 160 graus centígrados, esse potencial danoso seria de queimaduras de segundo grau apenas após 8 segundos de exposição à pele. Comprovou-se ainda – desta feita através de depoimentos – que a ré não havia abaixado a regulagem da temperatura mesmo após ter recebido 700 (setecentas) queixas de queimaduras nos 10 anos anteriores. Ou seja, era uma prática deliberada e consciente da empresa, em detrimento da segurança de seus consumidores, com o potencial de atingir ainda um número imenso de pessoas e que odebedia apenas uma lógica comercial. Caso típico de aplicação de *punitive damages*.

Após deliberação, o júri atribuiu à Sra. Liebeck a indenização de USD 200 mil (duzentos mil dólares) por danos compensatórios, após o que deduziu 20% (vinte por cento) em virtude de ter havido culpa concorrente da vítima; e USD 2,7 milhões (dois milhões e setecentos mil dólares) a título de *punitive damages*.

O McDonald's apelou da sentença e chegaram em instâncias superiores a um acordo que reduziu drasticamente esse valor de *punitive damages*, com cláusula de confidencialidade. Especula-se que, em virtude do acordo se tenha chegado a algo entre 400 e 600 mil dólares.

Como se pôde ver, nem era tão descabida a hipótese de indenizar a cliente pelo café quente derramado sobre si – viu-se que se tratava de um café irresponsavelmente quente e sabidamente perigoso, em relação ao qual já houvera ocorrido 700 reclamações por acidentes. Também se pôde constatar que não foram 3 milhões de dólares ao fim e ao cabo e que o caso é tão incomum nos Estados Unidos como é aqui, e a prova disso é que lá virou notícia e ainda o é: sendo paradigma naquele país, onde é considerado um caso emblemático e antonomástico.

Maria Celina Bodin de Moraes[491], citando o entendimento do Ministro Anthony M. Kennedy no caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, diz que:

> De uma forma geral, são fatores que precisam ser considerados no processo de imposição e de quantificação dos *punitive damages*: o nexo entre o dano punitivo e o prejuízo sofrido; o grau de culpa do ofensor; a eventual prática anterior de condutas equivalentes; a lucratividade da conduta ofensiva – caso em que o valor dos danos punitivos deverá ser superior ao lucro obtido; a situação financeira do réu; o valor das custas judiciais, as quais devem estar abrangidas pelo valor da condenação, a fim de que as vítimas sejam estimuladas a recorrer à Justiça; a consideraçãodas sanções penais eventualmente já aplicadas, de forma que a indenização seja correspondentemente reduzida. Estes são alguns instrumentos – embora insuficientes – para que o Estado assegure decisões mais justas e racionais.

Não há balizamento legal ou constitucional para a aplicação dos punitive damages nos Estados Unidos da América. O que há, como se viu acima – da citação trazida por Maria Celina Moraes – é a jurisprudência tratando de definir critérios para sua quantificação, mas sem que um teto ou uma correlação máxima percentual com os danos compensatório tenha sido estipulada.

Ocorre que, abrem-se as portas da Suprema Corte Norte-Americana quando vulnerada, com relação à matéria, a 14ª Emenda, de 9 de julho de 1868, à Constituição Americana, que diz, *verbis*:

> 14ª Emenda (ratificada em 9 de julho de 1868), 1ª Seção. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e, portanto, sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estado Unidos e dos Estados nos quais residem. Nenhum Estado deverá legislar ou impor qualquer lei que possa diminuir privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá qualquer estado privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição a igual proteção das leis.[492]

Entende-se malferido o princípio constitucional do devido processo legal (*the Due Process Clause)* quando se verificar arbitramento desmedido ou irracional para os *punitive damages*, ou mesmo quando parcial a conduta dos julgadores – seja qual for o valor

---

[491] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dano à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed. revista, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 236

[492] Tradução livre de: "*Amendment XIV (ratified July 9, 1868), Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*".

da condenação. Nesses casos a Suprema Corte é chamada a avaliar o *an debeatur* e *quantum debeatur* dos *punitive damages*.

63.2 Caso BMW of North America, Inc. v. Gore

Caso emblemático da atuação da Suprema Corte sobre a matéria foi o ***BMW of North America, Inc. v. Gore***, cujos fatos resumem-se da seguinte forma: o Dr. Ira Gore Jr., um médico de Birmingham, Alabama, comprou um automóvel BMW 0KM em 1990 pelo valor aproximado de USD 40 mil (quarenta mil dólares). Pouco depois de tê-lo adquirido, apercebeu-se de que partes do veículo havia sofrido pintura reparadora, como se o veículo não fora novo, embora nessa condição tenha sido vendido. Convencido de que fora ludibriado pela distribuidora norte-americana da BMW, Mr. Gore ajuizou ação pleiteando a diminuição sofrida no valor do bem em face de sua condição de usado – que calculou em 10% sobre o valor do veículo – além de *punitive damages*. Assim, pedia USD 4 mil (quatro mil dólares) de danos compensatórios e USD 4 milhões (quatro milhões de dólares) de *punitive damages* – valor a que chegou por corresponder ao prejuízo de cerca de 1.000 consumidores lesados em iguais condições nos EUA pela empresa, que deveria, com isso, abster-se de novos comportamentos lesivos de vender carros recondicionados como novos.

Em sua defesa, alegou boa-fé a BMW of North America porquanto usava como critério (ou linha de corte) a insignificância dos reparos. Se pequenas avarias no transporte dos veículos determinassem reparos no valor de até 3% do valor do bem, estes eram feitos e o veículo vendido sem qualquer *discrimen* para o consumidor. No caso dos autos, os pequenos reparos na pintura do veículo do Dr. Gore corresponderam a 1,5% do valor do veículo, portanto mais do que abrangidos pela política da empresa.

Insensível aos argumentos esgrimidos pela parte ré, o júri do Tribunal de Birmingham acatou integralmente os pleitos de Ira Gore, condenando-a por omissão fraudulenta.

Examinando o recurso da BMW of North America, a Suprema Corte do Estado do Alabama se sensibilizou com o argumento da ré de que em 25 Estados dos EUA a legislação permitia que se ocultasse do comprador reparos feitos no veículo que não ultrapassassem os 3% de seu valor de venda (exatamente o critério da política adotada pela empresa) e **reduziu** o valor dos *punitive damages* para USD 2 milhões (dois milhões de dólares) com o fundamento de que o júri estabelecera o montante levando em conta o número

de consumidores lesados em todo o território nacional (mesmo nos Estados de legislação mais permissiva) e não apenas nos Estados em que a legislação era semelhante àquela do Alabama.

A controvérsia chega, por fim, à Suprema Corte Norte-Americana, no ano de 1995, e num julgamento paradigmático, a Corte entendeu que "A decisão de 2 milhões de dólares a título de *punitive damages* é enormemente excessiva e, portanto, ultrapassa o limite constitucional"[493]. Basicamente, amparou-se a Suprema Corte, além dos precedentes a tratar de casos semelhantes de arbitramento de *punitive damages*, em duas razões principais: a) o nível de reprobabilidade da conduta da BMW North America e b) a razão percentual entre os danos compensatórios e os *punitive damages*.

Foram as palavras textuais do *Justice* John Paul Stevens[494], a tratar do nível de reprobabilidade da conduta lesiva:

> Nenhum dos fatores agravantes associados com o primeiro (e talvez mais importante) indício de exagero na reparação dos punitive damages – o grau de repreensão da conduta do réu – está presente aqui. A lesão causada pela BMW a Gore foi puramente econômica; a repintura do carro antes da venda não afetou suas performance, características de segurança ou aparência; e a conduta da empresa não demonstrou indiferença ou descaso para com a saúde e a segurança de outrem. O argumento de Gore, de que a não divulgação do ocorrido por parte da BMW era especialmente repreensível, pois ela faz parte de um seu padrão nacional de conduta lesiva, é rejeitado, porque um executivo da corporação poderia razoavelmente ter interpretado as leis estaduais como relevantes e seguras para não divulgar reparos presumivelmente pequenos, e porque não há evidência de que a BMW tenha agido de má-fé quando procurou diferenciar a pequena avaria da avaria que requer a divulgação para compradores, ou que ela tenha persistido nessa linha de conduta após a mesma ter sido julgada ilegal. Finalmente, não há evidência de que a BMW tenha deliberadamente se envolvido com declarações falsas, atos efetivos de conduta inidônea ou dissimulação de motivos impróprios.

---

[493] *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 116, S Ct. (1996). No original: "*The $2 million punitive damages is grossly excessive and therefore exceeds the constitutional limit*"

[494] Tradução livre de: "*None of the aggravating factors associated with the first (and perhaps most important) indicium of a punitive damage award's excessiveness – the degree of reprehensibility of the defendant's conduct – is present here. The harm BMW inflicted on Gore was purely economic; the presale repainting had no effect on the car's performance, safety features, or appearance; and BMW conduct evinced no indifference to or reckless disregard for the health and safety of others. Gore's contention that BMW nondisclosure was particular reprehensible because it formed part of a nationwide pattern of tortius conduct is rejected, because a corporate executive reasonable have interpreted the relevant state statutes as establishing safe harbors for nondisclosure of presumptively minor repairs, and because there is no evidence either that BMW acted in bad faith when it sought to establish the appropriate line between minor damage and damage requiring disclosure to purchasers, or that it persisted in its course of conduct after it had been adjudged unlawful. Finally, there is no evidence that BMW engaged in deliberate false statements, acts of affirmative misconduct, or concealment of evidence of improper motive"*.

Quanto à proporção observada entre os números a representar a indenização pelos danos emergentes e os *punitive damages*, assim se posicionou a Suprema Corte[495]:

> O segundo (e talvez o mais comumente citado) indício de excessividade – a razão entre os danos compensatórios da vítima e o montante dos *punitive damages* – também pesa contra Gore, porque seus 2 milhões de dólares de recompensa correspondem a 500 (quinhentas) vezes o montante do dano efetivamente experimentado, conforme determinação do júri, e não há nenhuma indicação de que ele ou qualquer outro comprador de automóveis BMW tenha sido ameaçado por qualquer outro potencial dano adicional resultante da política de não divulgação adotada pela BMW. Embora não seja possível traçar uma clara linha divisória matemática entre o que possa ou não ser aceitável do ponto de vista constitucional, para todos os casos, a proporção aqui detectada está claramente fora do limite aceitável.

Entretanto, na parte dispositiva do julgamento do caso, deixou a Suprema Corte de arbitrar novo valor, limitando-se a afastar a vulneração à 14ª Emenda (*Due Process Clause*) causada pela aplicação de uma sanção desmedida (*gross excessiveness* – grande excessividade na dosimetria dos *punitive damages*; devolvendo a cognição do feito à Suprema Corte do Alabama para que esta procedesse a novo julgamento.

Traz Maria Celina Bodin de Moraes, forte na lição de Cass Sunstein, Daniel Kahneman e David Schkade – autores de "*Assessing Punitive Damages*" – a notícia de que o quadro de imprevisibilidade no arbitramento dos *punitive damages* e a disparidade entre os montantes assinados a este título pelos júris populares, apontariam na direção da subtração desse tema da competência desses órgãos (ou, no mínimo, reduzí-la). Segundo a autora, que pesquisou o tema a fundo em seu erudito trabalho já aqui diversas vezes citado[496], "a crise no sistema de responsabilidade civil é tanto maior quanto maiores a autonomia e a competência conferidas ao júri popular, pelo que o problema seria significativamente minorado se fossem os juízes togados e não o júri, a determinar o montante a ser pago a título de danos punitivos: esta tese é sustentada por Cass SUSTEIN, Daniel KAHNEMAN e David SCHKADE".

---

[495] Tradução livre de: "*The second (and perhaps most commonly cited) indicium of excessiveness – the ratio between the plaintiff's compensatory damages and the amount of the punitive damages – also weighs against Gore, because his $2 million award in 500 times the amount of his actual harm as determined by the jury, and there is no suggestion that he or any other BMW purchaser was threatened with any additional potential harm by BMW's nondisclosure policy. Although it is not possible to draw a mathematical bright line between the constitutionally acceptable and the constitutionally unacceptable that would fit every case, the ratio here is cleary outside the acceptable range"*.

[496] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 245

63.3 Caso TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.[497]

A TXO ajuizou, perante um Tribunal do Estado de West Virginia, ação reparatória contra a Alliance Resources alegando conduta difamatória desta última. O júri popular acatou os argumentos da autora e condenou a parte ré a USD 19 mil (dezenove mil dólares) como danos compensatórios e à incrível quantia de USD 10 milhões (dez milhões de dólares) a título de *punitive damages*.

A quantia arbitrada para os *punitive damages* correspondia a 526 (quinhentas e vinte e seis) vezes o valor dos danos emergente, era 20 (vinte) vezes superior a qualquer indenização similar deferida no Estado de West Virginia e, ainda, 10 (dez) vezes superior à maior indenização a este título arbitrada, em qualquer jurisdição dos EUA, em face da mesma conduta lesiva. Irresignada, a ré apelou ao Tribunal Superior de West Virginia que, ao examinar a questão, estabeleceu os critérios que entende devam ser observados para a fixação dos *punitive damages*: a) existência ou não de má-fé; b) avaliação do dano que a conduta poderia ter causado e c) atingimento da função dissuasória da indenização, para inibir novas condutas lesivas.

Ao submeter o caso à Suprema Corte Norte-Americana, a Alliance Resources pugnou pela análise do *objective criteria of fairness*, algo como "critério objetivo de imparcialidade" ou "de justiça", pois alegava ter sofrido condenação a título de *punitive damages* bastante superior à média das condenações fixadas a este título naquela jurisdição (*West Virginia*). O que se seguiu na Suprema Corte, neste caso em particular, foi uma longa discussão de cunho processual quanto aos limites da revisão judicial de valores por parte daquela Corte Constitucional e também quanto ao argumento contraposto ao da apelante no sentido de que não é, realmente, a intenção do sistema criar uma média a ser observada e dela não fugir sob pena de, em face da previsibilidade do ônus a ser suportado, ficar prejudicado o intuito dissuasório dos *punitive damages*. Mas vale aqui a menção ao caso em face da celeuma provocada pela vultosa quantia envolvida.

Com relação à aplicabilidade dos *punitive damages* no Brasil, diz Maria Celina Bodin de Moraes[498] que "do ponto de vista prático, o caráter punitivo do dano moral cria muito mais problemas do que soluções. Nosso sistema não deve adotá-lo, entre outras razões,

---

[497] *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp*., 509 U.S. 443, 454 (1993)

[498] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2017, pp. 328-329

para: evitar a chamada loteria forense; impedir ou diminuir a insegurança e a imprevisibilidade das decisões judiciais; inibir a tendência hoje alastradiça da mercantilização das relações existenciais". Para a autora essa tão decantada função punitiva seria, hoje em dia, um incentivo à malícia, até porque (i) não há critério algum para sua fixação ficando tudo a cargo da "maior ou menor sensibilidade de cada magistrado" e (ii) os títulos condenatórios não discriminam a parcela que corresponde à reparação, daquela que atende à "função punitiva", não sendo razoável para Maria Celina que alguém venha a sofrer uma condenação a uma pena pecuniária, sem saber o valor da penalidade infligida.

Diante de todo o aqui exposto em relação aos *punitive damages*, entendemos que:

(i) mesmo nos Estados Unidos da América, onde o instituto teve o seu maior desenvolvimento e adesão nas cortes judiciais, inúmeras são as adaptações a ser feitas no sentido de aprimorar sua conformação, capaz de causar enormes distorções e injustiças;

(ii) sua aparente "inadequação absoluta para o direito brasileiro", no entanto, deve-se mais à desinformação e ao preconceito, bem como aos casos caricaturais sempre usados para demonstrar as falhas na estrutura do instituto e na falta de balizamento legal (típica do sistema da *Common Law*);

(iii) muitas das mazelas experimentadas pelo sistema norte-americano – segundo a abalizada opinião de Cass Sunstein, Daniel Kahneman e David Schkade[499] - devem-se mais à sistemática processual daquele país, com a submissão dessas questões à competência de júris populares, do que ao próprio instituto dos *punitive damages*;

(iv) o Brasil já flerta desde há muito com as ideias de função dissuasória ou sancionatória da "indenização" dos danos morais e até mesmo de sua natureza jurídica concomitante de pena privada;

(v) a jurisprudência majoritária no Brasil (vide o entendimento pacificado da 4ª Turma do STJ, inaugurado pelos votos do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira) sempre orientou o juiz a levar em conta "o grau de culpa e as condições econômicas das partes" na fixação das "indenizações" por dano moral para desestimular o ofensor a novos ataques;

---

[499] Trazida por Maria Celina Bodin de Moraes, de cuja obra "Danos à Pessoa Humana", aqui já múltiplas vezes citada, recomendamos enfaticamente a leitura para os que quiserem se aprofundar sobre o tema

(vi) a sistemática do nosso Código Civil em vigor – art. 944 – impede que o critério para a fixação do *quantum* indenizatório tenha outro parâmetro que não a extensão do dano;

(vii) nada impede seja alterado o dispositivo do código, com a modificação do parágrafo único do art. 944, que já permite a redução do *quantum*, para permitir também sua majoração com essa explícita função dissuasória da prática dos atos lesivos para casos em que mais gravemente lesada a vítima em virtude de conduta especialmente reprovável do autor do ilícito e

(viii) sendo esta uma espécie de "penalização" (e não há nenhuma perplexidade em se tratar de "penas civis" porque estas há às mancheias em nossa jusprivatística), para maior segurança, sugerimos sejam as hipóteses em que a majoração da "indenização" (mitigação, no caso dos danos morais) sejam previamente dispostas em lei.

São, portanto, os itens "vii" e "viii" supra as nossas sugestões de *lege ferenda* no sentido de equacionar a questão da dúplice função das condenações em mitigação dos danos morais, estabelecendo uma versão tropicalizada do instituto anglo-saxão dos *punitive damages* para os casos em que não verificadas pretensões bagatelares e onde presente grande reprobabilidade da conduta lesiva.

§ 64. Teoria do dano social de Antonio Junqueira de Azevedo – nossa posição

Em seu artigo "Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social"[500] publicado na obra de sua autoria "Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado" de 2009, Antonio Junqueira de Azevedo lembra que, com a edição do CC/2002 e de seu art. 944 ("A indenização mede-se pela extensão do dano"), *primo ictu oculi*, fica impossível o acréscimo de qualquer outro valor à indenização com os sentidos de exemplaridade, de punição, de dissuasão, desencorajamento do lesador etc. Em seguida, no entanto, acrescenta, no estilo que fez inconfundíveis as eruditas lições do eminente civilista: "À moda medieval, depois de posta a seguinte proposição: '*a indenização visa cobrir o dano e somente pode ser fixada no limite do dano, o que impede acréscimos de verbas punitivas e de quantias devidas a título de desestímulo*', passaremos a expor dialeticamente um novo ponto de vista, no

[500] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377

sentido de que é cabível o que parecia proibido. Isto se fará pela admissão de uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social".

Em primeiro lugar, tece o autor suas considerações acerca das insuficiência e inadequação, no que respeita à pacificação social e à plena reparação das vítimas de dano, da velha dicotomia entre o direito civil a cuidar apenas das reparações e o direito penal ocupando-se da punição. Para Junqueira de Azevedo "**não é verdade** que o direito civil não puna" (grifos originais) e, em seguida, elenca uma série de situações em que o CC traz punições, inclusive, por vezes, com o *nomen iuris* de **pena**. Assim, menciona (i) a pena de sonegados do art. 1.992 imposta ao herdeiro; (ii) as penas dos arts. 939 e 940 imposta ao credor que cobra dívida não vencida ou já adimplida; (iii) a multa que os §§ do art. 1.336 impõem ao condômino faltoso (independente de mora e perdas e danos – ficando claro o caráter punitvo); (iv) a exclusão da sucessão por indignidade, do art. 1.814; (v) a deserdação do art. 1.962; (vi) as consequências de perda patrimonial relacionadas às benfeitorias apliadas ao possuidor de má-fé pelo art. 1.220; (vii) a responsabilidade pela impossibilidade da prestação até nas hipóteses de caso fortuito e força maior aplicada ao devedor em mora pelo art. 399 etc.

A propósito, cabe aqui lembrar que San Tiago Dantas, em seu "Programa de Direito Civil II – Os Contratos"[501], já dizia, ao tratar do dano moral, que "as indenizações são consideradas **penas** que se reputam em proveito da parte ofendida, mas constitui uma **pena** para o ofensor. Portanto, deve subsistir, por isso que os indivíduos que causam um dano moral, devem ser **punidos** e as indenizações constituem essa **pena**" (grifos nossos).

Junqueira de Azevedo assevera que a pena na sistemática civil não está sujeita à tipificação exaustiva e rígida do direito penal e completa afirmando que:

> Admitida a ideia de punição no direito civil e, assim, quebrando eventual preconceito sobre a radical separação das áreas jurídicas, cumpre voltarmos ao cabimento da pena na responsabilidade civil. O agravamento da indenização, no nosso atual direito positivo, põe dois problemas: a) a punição somente seria possível nos casos de responsabilidade subjetiva, eis que somente nela o juiz examina o dolo ou a culpa; seria, pois, incabível, à primeira vista, na responsabilidade objetiva; e b) a pena, representada pelo aumento da indenização, estaria, como já dissemos, impedida pelo art. 944 do novo Código Civil.
> (...)

---

[501] DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de direito civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, vol. II, Contratos, p. 48

> Quanto, pois, à primeira objeção, relativa à limitação da punição aos casos de responsabilidade subjetiva, cumpre dizer que até mesmo nos casos de responsabilidade objetiva o juiz pode perfeitamente fazer o exame do dolo ou da culpa grave (a culpa simples, para as nossas considerações, aqui não importa). É sabido que a adoção da responsabilidade objetiva pela legislação não "eliminou do mapa" a responsabilidade subjetiva; esta continua a atuar em todas as brechas em que não cabe responsabilidade objetiva e, além disso, pode ser cumulada como causa de indenização nos casos de responsabilidade objetiva. Por outro lado, convém não esquecer, se a finalidade da indenização for a de dissuasão, nem é preciso examinar dolo ou culpa grave; o desestímulo é cabível ainda que se fique exclusivamente no campo da responsabilidade objetiva.
>
> A segunda questão é mais importante e representa o ponto central das presentes considerações: é que um ato, se doloso ou gravemente culposo, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, **atinge toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social**. Isto é particularmente evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida. (grifos do original)

A brilhante e novidadeira ideia desenvolvida pelo autor relativamente ao dano social justifica-se pelo fato de que a conduta lesiva reiterada, por mais que a vítima imediata deste dano seja reparada (ou seja o dano mitigado, em sendo moral) sob a lógica do art. 944 CC/2002, gera no conjunto da sociedade uma angústia permanente, um rebaixamento no nível coletivo de vida, porquanto todos sentem-se vítimas iminentes de comportamento idêntico do lesador contumaz. Junqueira de Azevedo dá, inclusive, o exemplo de uma empresa aérea que atrasa sistematicamente seus voos, "não basta, na ação individual de um consumidor, a indenização pelos danos patrimoniais e morais da vítima. É evidente que esta empresa – ou outra que a imite – está diminuindo as expectativas de bem-estar de toda a população. É muito diferente o passageiro sair de casa confiante quanto ao cumprimento dos horários de seus compromissos ou, nas mesmas condições, sair na angústia do imprevisível".

Acrescentaríamos, inclusive, à irretocável tese do eminente professor, que a depender da incidência estatística de casos levados aos tribunais e da quantificação – historicamente irrisória – desse tipo de indenização nos casos particulares, quase sempre é economicamente mais viável persistir na prática da conduta ilícita, arcando com as condenações, do que implementar medidas – que implicam gastos e modificações gerenciais – tendentes a evitá-la.

Arremata Antonio Junqueira de Azevedo, à guisa de conclusão de sua teoria, dizendo que:

> Portanto, a nossa tese é bem clara: a responsabilidade civil deve impor indenização por danos individuais **e por danos sociais**. Os danos individuais são os patrimoniais, avaliáveis em dinheiro – danos emergentes e lucros cessantes – e os morais, - caracterizados por exclusão e arbitrados como compensação para a dor, para lesões de direito de personalidade e para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de evida. Os danos sociais são causa, pois, de **indenização punitiva** por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de **indenização dissuasória**, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.

A nossa posição é de adesão quase integral à tese esposada por Junqueira de Azevedo, com apenas um *bemol* que ousaríamos apôr de discrepância. O eminente professor, de quem tivemos a honra de ser aluno nas Arcadas do largo de São Francisco, defende, a exemplo do que ocorre no direito anglo-saxão, que a verba relativa ao **dano social** – a englobar, nesta rubrica, a **indenização punitiva** e aquela **dissuasória** – seja entregue à vítima particular do dano que tenha ajuizado a ação. Por nosso turno, acreditamos que, por se tratar de dano **social** – que tem, por óbvio, toda a **sociedade** como vítima - e, também, para melhor conformar o instituto com o princípio que veda o enriquecimento sem causa, a verba obtida a tal título deva ser destinada a um fundo ou a fundos específicos (a depender do tema relacionado) de direitos difusos, criados por lei e administrados por comissão paritária a envolver o Ministério Público a Administração e a sociedade civil organizada, com destinação vinculada à implementação de políticas públicas de prevenção e/ou mitigação de danos sociais nas mais diversas áreas.

Quer nos parecer que se os **danos morais** forem arbitrados com descortino, destemor e sem preconceitos por parte do Judiciário, evitadas as condenações bagatelares - que são o reflexo da recalcitrância secular no reconhecimento da possibilidade de se mitigar danos morais *in pecunia* – e se os **danos materiais** forem bem liquidados, não há razão para que à vítima seja dirigida nenhuma outra verba cuja intenção, na verdade, é outra e voltada mais a surtir efeitos sobre o lesador. Dar-se-ia um excesso, um enriquecimento, se não **sem** causa, ao menos depois de **já ultrapassada e contemplada** (indenizada) a causa.

Assim, somos pela alteração legislativa com a criação de um § 3º do art. 944 do Código Civil (além do § 1º a permitir a redução, tal qual faz hoje o parárafo único, e o § 2º a permitir a majoração em casos de conduta de grande reprovabilidade a agravar os danos sofridos pela vítima) que preveja a possibilidade de arbitramento de danos sociais (quando a

reiteração, o poder ofensivo, a alta reprovabilidade e a injustiça da conduta lesiva acarretem menoscabo à qualidade de vida da Comunidade e intranquilidade geral), as situações-tipo – apenas genericamente – em que cabentes e sua destinação.

CAPÍTULO 7 - O MÉTODO BIFÁSICO APLICADO PELO STJ

O arbitramento por equidade a ser exercido pelo juiz é uma ferramenta tão útil quanto combatida nos meios jurídicos. Há sempre vozes a se levantar contra o excessivo arbítrio que se dá ao magistrado quando da quantificação de condenações, dizem "o prudente arbítrio é sempre o arbítrio". No entanto, a função do juiz é a jurisdição, é dizer o direito, e nos parece ser a técnica do "prudente arbítrio do juiz, levando em consideração as circusntâncias do caso concreto" um mal necessário, tendo em vista a impossibilidade de previsão pelo ordenamento de todas as situações fáticas que possam se apresentar em juízo. Cabe aqui lembrar a lição de Jorge Shiguemitsu Fujita[502], quando diz "podemos, assim, concluir que a equidade é um instrumento colocado à disposição do magistrado para mitigar a frieza da aplicação da norma jurídica aos diversos casos concretos, evitando, deste modo, o brocardo de Cícero: *summum ius, summa iniuria*".

Ocorre que, mesmo a magistratura se ressente da falta de parâmetros mínimos – lembremo-nos da retirada do ordenamento jurídico – desnecessária, na nossa opinião, pois bastavam-lhe ajustes pontuais - da antiga Lei de Imprensa, *v.g.*, que algum balizamento e critérios conferia aos julgadores para o mister de arbitrar as condenações por ofensa à honra, à imagem ou à privacidade – e, então, em que pese ter o próprio Judiciário invalidado por inconstitucionais dispositivos que promoviam "tabelamentos" ou "tarifação" dos danos morais, o STJ decidiu criar o assim chamado **Método Bifásico** de fixação do quantum mitigatório.

§ 65. O Acórdão paradigmático inaugural da Colenda 3ª Turma do STJ – Min. Paulo de Tarso Sanseverino

Paradigmática foi a decisão da Colenda 3ª Turma em Recurso Especial[503] sob relatoria do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, onde se reafirma, com base na disposição geral do parágrafo único do art. 953 – que manda o juiz fixar por equidade o valor

---

[502] FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Responsabilidade civil: indenização por equidade no novo código civil. in Ensaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). Porto Alegre: Magister, 2007, p. 229

[503] STJ, REsp nº 1.152.541/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 13/09/2011, DJe 21/09/2011

da indenização nos casos de dano moral por ofensa à honra, quando não puder o ofendido provar dano material – o arbitramento judicial por equidade como "o melhor critério para a quantificação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais em geral, no atual estágio do Direito brasileiro". Em seguida, afirma o aresto que a autorização legal para o arbitramento equitativo não é a outorga pelo legislador ao juiz de um poder arbitrário, pois "a indenização, além de ser fixada com razoabilidade, deve ser devidamente fundamentada com a indicação dos critérios utilizados". E passa a tentar uma sistematização de tais critérios que, por sua clareza e completude, pedimos licença para aqui transcrever, ao menos em parte:

> III – Valorização das circunstâncias do evento danoso (elementos objetivos e subjetivos de concreção)
> O arbitramento equitativo da indenização constitui uma operação de "concentração individualizadora" na expressão de Karl Engisch, recomendando que todas as circunstâncias especiais do caso sejam consideradas para a fixação das suas consequências jurídicas (ENGISCH, Karl, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia juridica actuales*. Tradução de Juan José Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968, p. 389).
> No arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais, as principais circunstâncias valoradas pelas decisões judiciais, nessa operação de concreção individualizadora, têm sido a gravidade do fato em si, a intensidade do sofrimento da vítima, a culpabilidade do agente responsável, e eventual culpa concorrente da vítima, a condição econômica, social e política das partes envolvidas.

E segue o erudito voto fazendo menção ao IX Encontro dos Tribunais de Alçada, realizado em 1997 e, em seguida, à autorizada doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, trecho que deixaremos de transcrever por serem manifestações da doutrina já aqui citadas alhueres. Arremata o aresto, no que respeita às circunstâncias do evento danoso a ser observadas:

> Assim, as principais circunstâncias a serem consideradas como elementos objetivos e subjetivos de concreção são:
> a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano);
> b) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente);
> c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima);
> d) a condição econômica do ofensor;
> e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).
> (...)
> IV – Interesse jurídico lesado
> A Valorização do bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade física, liberdade, honra) constitui um critério bastante utilizado na prática judicial, consistindo em fixar as indenizações por danos extrapatrimoniais em conformidade com os precedentes que apreciaram casos semelhantes.

> Na doutrina, esse critério foi sugerido por Judith Martins-Costa, ao observar que o arbítrio do juiz na avaliação do dano deve ser realizado com observância ao "comando da cláusula geral do art. 944, regra central em tema de indenização" (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1-2, p. 351). A autora remete para a análise por ela desenvolvida acerca das funções e modos de operação das cláusulas gerais em sua obra A boa-fé no direito privado (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 330).
> Salienta que os operadores do direito devem compreender a função das cláusulas gerais de molde a operá-las no sentido de viabilizar a ressistematização das decisões, que atomizadas e díspares em seus fundamentos, "provocam quebras no sistema e objetiva injustiça, ao tratar desigualmente casos similares".
> Sugere que o ideal seria o estabelecimento de "grupos de casos típicos", "conforme o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou a similitude da *ratio decidendi*, em torno destes construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que possam atuar, pela pesquisa do precedente, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial". Ressalva que esses "tópicos reparatórios" dos danos extrapatrimoniais devem ser flexíveis de modo a permitir a incorporação de novas hipóteses e evitar a pontual intervenção do legislador.
> Esse critério, bastante utilizado na prática judicial brasileira, embora sem ser expressamente reconhecido pelos juízes e tribunais, valoriza o bem ou interesse jurídico lesado (vida, integridade física, liberdade, honra) para fixar as indenizações por danos morais de acordo com os precedentes que apreciaram casos semelhantes.
> **A vantagem** desse método é a preservação da igualdade e da coerência nos julgamentos pelo juiz ou tribunal. Assegura igualdade, porque casos semelhantes recebem decisões similares, e coerência, pois as decisões variam na medida em que os casos se diferenciam.
> **Outra vantagem** desse critério é permitir a valorização do interesse jurídico lesado (v.g. direito de personalidade atacado), ensejando que a reparação do dano extrapatrimonial guarde uma razoável relação de conformidade com o bem jurídico efetivamente ofendido.
> Esse método apresenta **alguns problemas de ordem prática**, sendo o **primeiro deles** o fato de ser utilizado individualmente por cada unidade jurisdicional (juiz, câmara ou turma julgadora), havendo pouca permeabilidade para as soluções adotadas pelo conjunto da jurisprudência.
> **Outro problema** reside no risco de sua utilização com excessiva rigidez, conduzindo a um indesejado tarifamento judicial das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais, ensejando um engessamento da atividade jurisdicional e transformando o seu arbitramento em uma simples operação de subsunção, e não mais de concreção.
> O tarifamento judicial, tanto quanto o legal, não se mostra compatível com o princípio da reparação integral que tem, como uma de suas funções fundamentais, a exigência de avaliação concreta da indenização, inclusive por prejuízos extrapatrimoniais. (grifos nossos)

Depois de explicar a **valorização das circunstâncias do evento danoso** e a **apreciação, em grupos de casos típicos, do interesse jurídico lesado**, partiu o

paradigmático *decisum* para a explanação, posto que breve, muito elucidativa, do método bifásico em si, *verbis*:

> VI – Método bifásico para o arbitramento equitativo da indenização
> O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tando das circunstâncias como do interesse jurídico lesado).
> Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.
> Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.
> Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. de um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial.

§ 66. Aplicação pela Colenda 4ª Turma do STJ em casos a envolver nosso objeto de estudo

Outro Acórdão, desta vez da 4ª Turma do STJ, de 4 de outubro de 2016, sob a relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, adotou o método bifásico para analisar a adequação das quantificações da mitigação de danos morais que vão dar àquela Corte; e o trazemos por conta da pertinência com relação ao nosso tema de estudo no presente trabalho. Sendo já jurisprudência pacífica daquele sodalício que o STJ só altera valor de condenação fixada a tal título, se se tratar de quantia que fuja da razoabilidade, alcançando valores abusivamente altos ou limitando-se a quantias ínfimas.

A sistemática, como já vimos do acórdão-paradigma consistiu em percorrer duas etapas distintas para a fixação do *quantum* mitigatório dos danos morais: em primeiro lugar, atribuindo um valor básico para a "indenização", considerado o interesse jurídico lesado e com base em grupo de precedentes que apreciaram casos semelhantes e, em segundo lugar,

analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto para a fixação do *quantum* definitivo - circunstâncias como: a gravidade do fato em si e suas consequências; a intensidade do dolo ou o grau da culpa do agente; a eventual participação culosa do ofendido; a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima.

Assim, com a finalidade prosseguir no exame de perto do método bifásico inaugurado entre nós nas 3ª e 4ª Turmas do E. Superior Tribunal de Justiça, escolhemos Recurso Especial[504] da relatoria de um dos artífices da técnica, o Ministro Luis Felipe Salomão, porquanto trata exatamente do tema sob exame no presente trabalho e, sobre o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade – uma vez reconhecida a ocorrência de vulneração destes últimos e de dano moral – aplica o método bifásico para fixação o *quantum* mitigatório a ser pago pelo lesador. Mereceu o V. Acórdão a seguinte ementa:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE INFORMAÇÃO, EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITOS NÃO ABSOLUTOS. COMPROMISSOS COM A ÉTICA E A VERDADE. VEDAÇÃO À CRÍTICA DIFAMATÓRIA E QUE COMPROMETA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO.
> 1. A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; por seu turno, a liberdade de expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano.
> 2. A liberdade de imprensa, por sua vez, é manifestação da liberdade de informação e expressão, por meio da qual é assegurada a transmissão das informações e dos juízos de valor, a comunicação de fatos e ideias pelos meios de comunicação social de massa.
> 3. As liberdades de informação, de expressão e de imprensa, por não serem absolutas, encontram limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade; e a vedação de veiculação de crítica com fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*).
> 4. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, devendo ser considerado abusivo o exercício daquelas liberdades sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão aos direitos da personalidade, legitimando-se a intervenção do Estado-juiz para por termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade.

---

[504] STJ, REsp nº 1.627.863/DF (2016/0187442-4), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Recorrente: Sérgio Barboza Menezes; Recorrido: Paulo Henrique dos Santos Amorim; DJe 12/12/2016

> 5. No caso dos autos, após a informação de um fato verdadeiro, que, por si só, não seria notícia, desenvolveu-se uma narrativa afastada da realidade, da necessidade e de razoabilidade, agindo o autor da publicação, evidentemente, distante da margem tolerável da crítica, transformando a publicação em verdadeiro escárnio com a instituição policial e, principalmente, em relação ao Superintendente Regional da Polícia Federal, condutor das atividades investigativas, que foram levianamente colocadas à prova pelo jornalista.
> 6. Detectado o dano, exsurge o dever de indenizar e a determinação do *quantum* devido será alcançada a partir do método bifásico de arbitramento equitativo da indenização: numa primeira etapa, estabelece-se o valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes e, na segunda etapa, as circunstâncias do caso serão consideradas, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.
> 7. Recurso especial provido.

Posto que muito rica e elucidativa a argumentação esgrimida pelo culto ministro relator em seu voto, no que tange ao mérito, – o conflito entre a liberdade de expressão e informação do jornalista Paulo Henrique Amorim e a honra do Superintendente Regional da Polícia Federal, Sergio Menezes, que daquele sofreu crítica ácida e que teria ultrapassado os lindes da mitigação dos direitos de personalidade do ocupante de função pública, ao dizer, v.g., "O que a PF quer? Ludibriar o Ministro da Justiça" etc. – o foco deste capítulo do presente trabalho é a quantificação da mitigação dos danos morais, em especial, o método bifásico utilizado hodiernamente pelo E. STJ. Dessa forma, remetemos o leitor à íntegra do voto, para as questões de mérito do recurso, e pedimos *venia* para transcrever a parte final, quando trata da fixação do *quantum* condenatório:

> Nessa linha de raciocínio, esta Colenda Quarta Turma concluiu, à unanimidade, que o referido método bifásico parece ser o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.
> Assim, tendo em mira os parâmetros utilizados em julgamentos de dano à liberdade de expressão e informação, inclusive com utilização da mesma plataforma de divulgação (*blog conversa afiada*), citados neste voto, REsp 1500676/DF e AgRg no AREsp 606415/RJ, observadas as circunstâncias do caso e das partes envolvidas, tenho por razoável a condenação neles fixada (R$ 30.000,00 – trinta mil reais), não destoando da proporcionalidade e da razoabilidade, tampouco dos critérios adotados pela jurisprudência desta Corte.
> Na *segunda fase*, para a fixação definitiva da indenização, ajustando-se às **circunstâncias particulares do caso**, deve-se considerar, em primeiro lugar, a **gravidade do fato em si**, caracterizada pela ofensa à honra e reputação da vítima, a partir de insinuações sem comprovação respectiva, a

> **responsabilidade do agente**, que, como salientado pelo preclaro relator, Ministro Raul Araújo, no AgRg no AREsp 606415/RJ, é jornalista talentoso, profissional experiente, capaz de identificar termos ofensivos e a repercussão das notícias que propaga e a **condição econômica do ofensor**. Considere-se, ainda, como particularidade deste caso, a reiteração da conduta do ofensor, já tantas vezes repreendida e reiteradamente praticada. Por tais razões, fixo a indenização em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), corrigidos monetariamente a partir da publicação do acórdão, com juros de mora a contar do evento danoso.
> O recorrido pagará os ônus da sucumbência, fixando-se os honorários de advogado em vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação. É o voto. (grifos do original)

Algumas observações há que se fazer em relação ao venerando acórdão *sub examine*, (i) começando pelo que deva ter sido, seguramente, uma falha material que passou despercebida ao ilustre prolator do voto condutor: trata-se da afirmação constante do segundo parágrafo acima transcrito de que se estaria a tratar de "dano à liberdade de expressão e informação", quando, na verdade, a exemplo do objeto de nosso estudo, o aresto trata de **dano a direito de personalidade** por **abuso no exercício da liberdade de expressão e informação** (liberdade que não sofreu qualquer dano); (ii) uma outra observação importante diz com o fato de que a **"responsabilidade do agente"** e a **"condição econômica do ofensor"** foram usadas como critério de fixação do *quantum*, em que pese a determinação do art. 944 do CC/2002, sem que qualquer ressalva tenha sido produzida pelo julgador, aplicando-se, portanto, *punitive damages* ao caso concreto; (iii) da mesma forma a **"reiteração da conduta do ofensor"** foi critério de quantificação, agravando a mitigação pecuniária por aplicação da **exemplaridade**, novamente à mingua de previsão legal autorizativa e sem qualquer explicação produzida pelo i. prolator em face de tal descompasso e (iv), por fim, talvez a mais importante das observações ao nosso sentir: como diz o adágio popular, no frigir dos ovos "a montanha pariu um rato"... Reconheceu-se uma série de situações agravantes da conduta do agente; se o considerou merecedor de punição por "reiteração da conduta do ofensor, já tantas vezes repreendida e reiteradamente praticada"; colacionou-se uma série de julgados anteriores condenatórios do *blog* do lesador, mas se chegou ao resultado de majorar, na segunda fase do método bifásico, uma já tímida fixação de 30 mil reais em apenas 30% (trinta por cento), chegando à igualmente baixa condenação ao valor de 40 mil reais. Isso tudo porque o mais importante, que é a condição da vítima e o efeito balsâmico que a mitigação precisaria ter, não foram sequer cogitados. A condenação representa aproxidamente um mês do salário da vítima e a ele esta chega após anos a fio de

complicada tramitação de uma ação que lhe custou, certamente, mais que isso em honorários advocatícios, se pretendia a vítima contar com patrono que soubesse manejar os recursos e agravos necessários para fazer com que sua ação chegasse a merecer exame do STJ, pois a tendência, quase inescapável, é não ser recebido o Recurso Especial no Tribunal de Justiça de segunda instância.

Melhor apreciação do *quantum* mitigatório teve, ao nosso sentir, Recurso Especial[505], em que pese julgado sob o mesmo método bifásico, nos mesmos mês e ano e pelo mesmo culto ministro relator e que recebeu a seguinte ementa no Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PROGRAMA TELEVISIVO. TRANSMISSÃO DE REPORTAGEM INVERÍDICA (CONHECIDA COMO "A FARSA DO PCC"). AMEAÇA DE MORTE POR FALSOS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EFETIVO TEMOR CAUSADO NAS VÍTIMAS E NA POPULAÇÃO. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. *ACTUAL MALICE. QUANTUM* INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.
> 1. A liberdade de informação, sobretudo quando potencializada pelo viés da liberdade de imprensa, assume um caráter dúplice. Vale dizer, é direito de informação tanto o direito de informar quanto o de ser informado, e, por força desse traço biunívoco, a informação veiculada pelos meios de comunicação deve ser verdadeira, já que a imprensa possui a profícua missão de "difundir conhecimento, disseminar cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade".
> 2. Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial e judicial.
> 3. Nesta seara de revelação pela imprensa de fatos da vida íntima das pessoas, o digladiar entre o direito de livre infomar e os direitos de personalidade deve ser balizado pelo interesse público na informação veiculada, para que se possa inferir qual daqueles direitos deve ter uma maior prevalência sobre o outro no caso concreto.
> 4. A jurisprudência do STJ entende que "não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação ('actual malice'), para ensejar a indenização" (REsp 680.794/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010).
> 5. Apesar do aparente interesse público, inclusive por trazer à baila notícia atemorizando pessoas com notoriedade no corpo social, percebe-se, no caso, que, em verdade, o viés público revelou-se inexistente, porquanto a matéria

[505] STJ, REsp nº 1.473.393/SP (2013/0356806-4). Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Recorrente: A A de M L; Recorrido: O R G. DJe: 23/11/2016

> veiculada era totalmente infundada, carreada de conteúdo trapaceiro, sem o menor respaldo ético e moral, com finalidade de publicação meramente especulativa e de ganho fácil.
> 6. Na hipótese, verifica-se o abuso do direito de informação na veiculação da matéria, que além de não ser verdadeira, propalava ameaças contra diversas pessoas, mostrando-se de inteira responsabilidade dos réus o excesso cometido, uma vez que – deliberadamente – em busca de maior audiência e, consequentemente, de angariar maiores lucros, sabedores da falsidade ou, ao menos, sem a diligência imprescindível para a questão, autorizaram a transmissão da reportagem, ultrapassando qualquer limite razoável do direito de se comunicar.
> 7. Na espécie, não se trata de mera notícia inverídica, mas de ardil manifesto e rasteiro dos recorrentes, que, ao transmitirem reportagem sabidamente falsa, acabaram incidindo em gravame ainda pior: percutiram o temor na sociedade, mais precisamente nas pessoas destacadas na entrevista, com ameaça de suas próprias vidas, o que ensejou intenso abalo moral no recorrido, sendo que o arbitramento do dano extrapatrimonial em R$ 250 mil, tendo em vista o critério bifásico, mostrou-se razoável.
> 8. O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano, trazendo um ponto de equilíbrio pelo qual se consegue alcançar razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, bem como estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.
> 9. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos).
> 10. Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz.
> 11. Recurso especial não provido.

Este caso *sub examine* ficou tristemente célebre por tratar-se de farsa engendrada por programa de televisão (Programa "Domingo Legal" de Gugu Liberato, no SBT, edição de 7 de setembro de 2003), que fez finta de estar entrevistando criminosos da temida facção conhecida como PCC, que, armados e encapuzados, dentre outras coisas ameaçaram o aqui recorrido de morte (que era apresentador de programa policial apelativo e sensacionalista em outra emissora e tinha razões para acreditar que os bandidos realmente não lhe quisessem o bem). Ameaçavam também, os "supostos" criminosos, o então vice-prefeito de São Paulo e recentemente falecido Hélio Bicudo.

Descoberta a farsa, que rendeu a instauração de inquérito policial, ajuizamento de ação civil pública pelo *Parquet* e, ao final, um pedido de desculpas em rede nacional no

programa de grande audiência da apresentadora Hebe Camargo; soube-se se tratar de tentativa desesperada de incrementar os números da audiência, em busca de melhores resultados comerciais.

O apresentador que, no acórdão cuja ementa acima transcrevemos, figura como recorrido, ajuizou contra a emissora o apresentador Augusto Liberato ação de indenização por danos morais pleiteando a quantia de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em vista do forte abalo emocional que teria experimentado com as supostas ameaças de morte. O juízo de 1ª instância julgou procedente a ação, mas condenou os réus a uma mitigação pecuniária equivalente a 10% (dez por cento) daquela pleiteada, ou seja, a R$ 100 mil. Tendo a vítima apelado para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aquele sodalício houve por bem de majorar o *quantum* mitigatório para R$ 250 mil. Irresignados, tanto o apresentador Augusto Liberato quanto a emissora SBT recorreram ao E. STJ, o que deu origem à decisão sob comento.

Seguindo a lógica e o protocolo do método bifásico, o eminente relator elencou os precedentes que serviriam para valorizar o bem da vida lesado no caso concreto, apontando diversos casos a envolver publicação de notícia inverídica em âmbito nacional, causando no alvo da publicação abalo sobre direitos da personalidade – o relator identifica vida, honra, imagem e dignidade – e identificando-lhes o valor arbitrado para cada qual[506]. Em seguida, passando para a segunda fase, verificou a **culpa grave dos Recorrentes**, a **sua grande capacidade econômica**, bem como a **repercussão gravíssima dos fatos sobre a vida vítima**, chegando à conclusão de que não haveria razão para a minoração do *quantum* mitigatório arbitrado pelo Tribunal de segunda instância, negando provimento aos recursos especiais. Note-se que não havia recurso da parte lesada, apenas dos corréus, de forma que as possibilidades eram a minoração ou manutenção do *quantum* fixado na origem.

---

[506] REsp 731.593/SE, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma (R$ 300.000,00); REsp 351.779/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Franciulli Netto, 2ª Turma (R$ 250.000,00); REsp 438.696/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma (R$ 300.000,00); REsp 295.175/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma (R$ 100.000,00); AgRg no Ag 1.151.052/SP, Rel. Min Massami Uyeda, 4ª Turma (R$ 375.000,00); REsp 838.550/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma (R$ 200.000,00); AgRg no AREsp 768.560/MT, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma (R$ 300.000,00); AgRg no AREsp 313.672/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma (R$ 150.000,00).

§ 67. Análise do cabimento do método bifásico em face do Ordenamento Brasileiro e sua utilidade

É fato que, de início, experimentamos alguma resistência em relação ao método bifásico de fixação do *quantum* mitigatório dos daos morais aplicados pelo E. STJ. Chegamos até mesmo a imaginá-lo contraditório com a vedação pelo próprio Poder Judiciário da tarifação na espécie e pensâmo-lo **bipolar**, ao invés de **bifásico**, porquanto pudesse trazer em si a marca dessa contradição: ora não se pode tarifar o *quantum*, ora tarifa-o o próprio Estado-juiz. Não temos a menor dificuldade em admitir que estávamos equivocado no que pertine à natureza e à utilidade do método.

Na verdade, não se trata de um "tabelamento judicial", mas de colher, na primeira fase, junto aos precedentes semelhantes na *fattispecie*, os valores que foram **praticados livremente** pelos juízes, sem amarras, tetos, pisos ou tabelas, em conduta de estipulação equitativa pura, conforme norma autorizativa do parágrafo único do art. 953, utilizado de forma analógica para casos que não apenas os de vulneração do bem da vida **honra**.

E o melhor: empreende-se, a partir do exercício da segunda fase, à necessária fundamentação da decisão com base em critérios mais objetivos, sabendo-se que o quanto mais se afasta da subjetividade pura do juiz, mais republicana, isonômica e segura se torna a atividade jurisdicional.

Assim, vemos apenas vantagens no emprego desse protocolo que dá **segurança às partes**, **estabilidade ao sistema** e, seguramente, **conforto aos magistrados** que com certeza não se aprazem com a tarefa de fixar "salomonicamente" e à mingua de qualquer balizamento, quer legal, quer da jurisprudência, as condenações mitigatórias de danos morais, expondo-se, invariavelmente, à crítica do reú pela exorbitância e do autor pela insignificância do *quantum* arbitrado. O método traz, portanto, esta contribuição no sentido de promover esses valores acima descritos (segurança, estabilidade e conforto ao prolator da sentença), mas **não poderia prescindir, ao nosso ver, de uma adequação legislativa que permita incluir na equação os elementos (ou circunstâncias) do fato concreto que o método leva em conta para chegar ao valor final**.

Como já dito quando analiamos o cabimento, entre nós, dos *punitive damages* e do dano social, circunstâncias como o grau de cupabilidade (maior reprovabilidade da conduta) do agente, a condição sócio-econômica das partes envolvidas e a eventual reincidência do lesador, por exemplo, são elementos que apontam para função punitiva ou

exemplaridade da “indenização”, aspectos da natureza deste instituto não previstos ou autorizados pelo nosso ordenamento jurídico. É sempre bom recordar que a norma geral atinente à espécie é aquela do art. 944 do CC/2002 que diz eu “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Assim, faremos, a final, proposta *de lege ferenda* a contemplar o que entendemos necessário para tornar possível o albergamento em nosso sistema de responsabilidade civil, da aplicação dos *punitive damages* em casos especiais, dos **danos sociais** voltados à exemplaridade da indenização ou mitigação e também do **método bifásico**, a incluir a consideração das circunstâncias nele previstas como determinantes para a segunda fase, vale dizer: a) a gravidade do fato em si e sua consequências para a vítima (dimensão do dano); b) a intensidade do dolo ou grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); d) a condição econômica do ofensor e e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica). Quanto à letra “c” descrita no acórdão paradigma, “a eventual participação culosa do ofendido (culpa concorrente da vítima)”, esta prescinde de nova previsão, dado que já se encontra estatuída em nosso sistema de responsabilidade civil como elemento mitigador ou excludente da responsabilidade (culpa concorrente ou exclusiva da vítima).

CAPÍTULO 8 - O PROBLEMA DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* MITIGATÓRIO: ARBÍTRIO JUDICIAL E TENTATIVA DE BALIZAMENTO LEGAL

§ 68. Critérios a ser levados em conta para a fixação do *quantum* mitigatório segundo diversos autores

Wilson Melo da Silva[507], o precursor da doutrina da "reparação" dos danos morais no Brasil, traz excelente reflexão quanto à sensibilidade (ou suscetibilidade) da vítima como elemento a ser observado **em primeiro lugar** pelo juiz para a fixação do *quantum* mitigatório:

> Para a fixação, em dinheiro, do *quantum* da indenização, o julgador haveria de atentar para o *tipo médio* do homem sensível da classe. E, tipo médio do homem sensível de cada classe, seria o daquele cidadão ideal que estivesse a igual distância do *estóico* ou do *homem de coração seco* de que fala Ripert, e do homem de sensibilidade extremada e doentia. E isto porque, se certo é que existem os indiferentes, não menos verdade é, também, que o tipo usual do *exagerado*, do extremamente sensível, é bastante encontradiço.
> E como, de um modo comum, há estalões na sensibilidade dos grupos (o intelectual ou o artista tem uma sensibilidade bem diversa da do simples homem da rua), é mister estabelecer-se uma diferenciação, para tal fim, dos grupos sociais. A gravidade do dano moral proveniente da injúria, por exemplo, variaria de conformidade com o grupo social do ofendido e do ofensor. No *jus romanum* já se ensinava que: "*nam secundum grandum dignitatis, vitoeque honestatem crescit aut minuitur aestimatio injuriae*" (*Inst., De Injur., § 7º*).
> E as sensibilidades doentias, capazes mesmo das cenas espetaculares dos prantos copiosos e dos desmaios por danos de pequena monta, teriam, na referência com o tipo médio, sensível da classe, elemento de cotejo para o equitativo e justo *quantum* da compensação.

Prossegue Wilson Melo da Silva, discorrendo sobre os critérios a nortear a fixação do *quantum* mitigatório, com a alusão ao comportamento do autor do evento danoso ao ensejo de sua perpetração: "maior ou menor parcela, aí, de culpa, ou, mesmo, maior ou menor intensidade de dolo da parte do agente, sempre haveria de determinar maior ou menor graduação no montante do ressarcimento a ser outorgado". Para o autor não apenas os aspectos volitivos do comportamento do autor do dano são importantes, mas também a maneira como se portou a vítima, não só para perscrutar sobre a real ressonância que a ofensa terá em seu espírito, mas também para saber se não houve algum grau de culpa concorrente desta.

---

[507] SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969, pp. 513-514

Já em 1944, outro de nossos precursores no estudo do tema, Ávio Brasil, em seu "O Dano Moral, no Direito Brasileiro"[508], propunha um conjunto de 5 (cinco) regras, cujo estudo esmiuçava ao longo de um inteiro capítulo, que chamou de *Regras para o Critério Arbitral*:

> **1ª Regra**: Que a satisfação pecuniária não produza um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio.
> **2ª Regra**: Equilíbrio entre o caso em exame e as normas gerais, de um caso em equivalência, tendo em vista:
> I – curva de sensibilidade:
> a. em relação à pessoa que reclama a indenização;
> b. em relação ao nível comum, sôbre o que possa produzir, numa pessôa normal, tal ou qual incidente;
> c. gráo de educação da vítima;
> d. seus princípios religiosos;
> II – influência do meio, considerando:
> a. repercussão pública;
> b. posição pessoal da vítima do dano.
> **3ª Regra**: Considerar-se a espécie do fáto, se é de ordem puramente civil, se comercial, ou se envolve matéria criminal.
> **4ª Regra**: Que a extensão da repercussão seja em triplo à repercussão da notícia que resultou o dano.
> **5ª Regra**: Constatar-se, nos casos de simples acidente, se, além do prejuízo físico da perda do órgão ou membro, há prejuízo de ordem estética. Procurar-se:
> a. o gráo provável de diminuição da atividade da pessoa relacionando a lei de acidente no trabalho, cujo valôr indenizável poderá ser alterado tendo em consideração a condição social da vítima;
> b. o valôr do dano estético deve ser apurado levando-se em conta a condição social da pessoa, olhando-se o emprego exercido ou que ela poderia exercer, de acordo com os seus conhecimentos e habilidades, dobrando-se ou levando-se ao quadrado ou ao cubo, conforme o sexo, a idade e a extensão do prejuízo: se mulher e solteira, póde acarretar impossibilidade de conseguir casamento ou vir a exercer trabalho vantajoso; se homem, a sua profissão, idade, saúde, temperamento, resto de vida provável e a sua provável diminuição de atividade.

Comentando a primeira das regras, Ávio Brasil assevera que o enriquecimento da vítima, para ter-se por ilícito deve estar sempre acompanhado do empobrecimento da parte contrária. "O enriquecimento, em si, pela simples circusntância de ser a representação de um certo bem-estar não é, ao nosso vêr, um fáto a que possa atribuir-se ilícito", diz o autor. Para ele o que se deve considerar não é jamais o enriquecimento isolado, "mas quando êle reverta em empobrecer o contrário".

---

[508] BRASIL, Ávio. *O dano moral, no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1944, pp. 103-104

Em seguida, traz notícia sobre a resistência dos "negativistas" exatamente quanto ao teor da 2ª Regra, já que aqueles negam a possibilidade de reconhecimento dos danos morais por não ser possível padronizar o grau de emotividade de cada indivíduo, sendo que a decisão "justa" não seria jamais alcançada. Ávio Brasil rebate a crítica, afirmando que a psiquiatria estaria muito avançada e teria técnicas "para precisar os vários estados psicóticos dos seus pacientes, atribuindo-lhes sensações diversas, precisando-lhes as espécies parafrênicas e a estruturação da personalidade"[509]. Como argumento final para validar a sua proposição, o autor cita o Código Penal que para um homicida estabelecia, de modo geral, pena de seis a vinte anos, para, em seguida abrandá-la de um sexto ou de um terço se o crime fosse cometido por motivo de relevante valor social, ou sob domínio de violenta emoção. Perscrutar desses valores sociais ou dessas emoções seria a mesma tarefa proposta pela 2ª regra proposta pelo autor.

Também Alcino de Paula Salazar, ainda na primeira metade do século XX, em seu "Reparação do dano moral"[510], já dizia que "como não é possível encontrar-se um critério objetivo e uniforme para a avaliaão dos interesses morais afetados, a medida da prestação do ressarcimento deve ser fixada a arbítrio do juiz, levando em conta **as circunstâncias do caso**, **a situação econômica das partes** e **a gravidade da ofensa**" (grifos nossos).

Na exata mesma época, na Itália, mas ainda lutando entre seus conterrâneos contemporâneos que assumiam forte postura **negativista** em relação à "reparabilidade" dos danos morais, Adriano De Cupis[511], em seu clássico "Il Danno – Teoria Generale della Responsabilità Civile", de 1946, defende (i) a plena reparabilidade dos danos morais e (ii) o prudente arbítrio do juiz, baseado na equidade, como única forma de se chegar à fixação do *quantum respondeatur*, mas não se aprofunda – ocupado que está em negar a impossibilidade de se fazer equivalentes a dor e o dinheiro – ao nível de propor critérios para que o magistrado possa afastar-se da subjetividade extrema. Diz apenas o insigne professor da Università di Palermo que "é muito verdadeiro que o ordenamento jurídico não pode se manter insensível aos interesses não patrimoniais; mas é também verdade que a apreciação destes , embora

---

[509] idem, p. 107

[510] SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1943, p. 167

[511] DE CUPIS, Adriano. *Il danno – teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1946, p. 338. Tradução livre de: "*Verissimo che l'ordinamento giuridico non può mantenersi insensibile agli interessi non patrimonial; ma è pur vero che la stima di questi, per quanto effettuabile, lo è solo in virtù dell'arbitrio equitativo del giudice, e che l'equivalenza del denaro rispetto ad essi non si presenta, come si è già detto, con quella stessa spontanea evidenza che si riscontra rispetto agli interessi patrimonial"*.

factível, só o é em virtude do arbítrio equitativo do juiz, e que a equivalência do dinheiro em relação a esses interesses não se apresenta, como já dissemos, com aquela mesma evidência espontânea que ocorre quando se está a tratar dos interesses patrimoniais".

Carlos Alberto Bittar, na obra "Reparação Civil por Danos Morais"[512] defende que ha diversos fatores a influenciar o magistrado na fixação da reparação devida, por vezes, inclusive, inseridos nas normas; sendo os principais fatores – subjetivos e objetivos – seriam: (i) a análise do grau da culpa do agente causador do dano; (ii) a eventual culpa concorrente – ou exclusiva – da vítima; (iii) a situação econômica das partes envolvidas e (iv) a proporcionalidade entre a situação econômica do autor do dano e o eventual proveito obtido com o ilícito. Prossegue o autor dizendo que "deflui daí a consequência de que, por uma parte, pode haver definição imediata do juiz quanto à existência do dever de reparar e à exacerbação do valor a pagar, quando pecuniária a reparação, e haver concorrência de culpas, ou, ao menos, mitigação da responsabilidade do agente, por força de culpa do lesado; de outra parte, pode-se guiar o juiz pelas condições em que se apresentam os litigantes, para a redução, ou o revés, a ampliação do gravame devido e, ainda, a manutenção de uma certa relação entre o ilícito praticado e o resultado auferido pelo lesante, na fixação da indenização devida".

Em seu "Programa de Responsabilidade Civil", Sergio Cavalieri Filho[513], dá notícia de que uma das objeções que se fazia à reparabilidade dos danos morais era exatamente esta dificuldade de fixação de seu *quantum* mitigatório. Para o autor, caberá ao juiz essa difícil missão de proceder, mediante seu prudente arbítrio, à quantificação tendo em vista (i) a repercussão do dano e (ii) a possibilidade econômica do ofensor. Cavalieri Filho menciona a situação brasileira anterior à promulgação da CF/1988, em que diversos dispositivos estabeleciam critérios mais ou menos objetivos a auxiliar o juiz na tarefa da fixação (embora resvalassem, no mais das vezes, dizemos nós, para um puro e simples tabelamento – razão pela qual foram tidos como não recepcionados pela nova ordem constitucional). Lembra o autor o Código Brasileiro de Telecomunicações, que, em seu art. 84, § 1º, mandava fixar a indenização por crimes contra a honra entre 5 e 100 salários mínimos; ou, ainda, a Lei de Imprensa que, em seus arts. 51 e 52, limitava a uma determinada quantia de salários mínimos as responsabilidades civis do jornalista e da empresa que explora o meio de informação.

---

[512] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1994, p.209

[513] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p.90

Mais adiante, contribui Cavalieri Filho com o desenvolvimento de sua ideia quanto aos critérios a ser observados pelo juiz na tarefa de fixar o *quantum* mitigatório dos danos morais:

> Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o *princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro*. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.
> Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da *lógica do razoável* deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.
> Não me parece, *data venia*, haver a menor parcela de bom-senso, a menor parcela de razoabilidade, na fixação de uma indenização por dano moral em valor muito superior à indenização pelo dano material a que faria jus a vítima, durante toda a sua sobrevida, caso lhe resultasse a morte ou incapacidade total. Não vejo como uma indenização pelo dano moral possa ser superior àquilo que a vítima ganharia durante toda a sua vida.

Youssef Cahali, em seu "Dano Moral"[514] desenvolve alguns critérios a ser observados para o arbitramento do *quantum* mitigatório de danos morais especificamente relacionados à morte de parente próximo. Em que pese ser interessante o valioso esforço doutrinário tendente a conferir um balizamento aos juízes para a fixação do *quantum* mitigatório, escapando, assim, do puro subjetivismo, não nos parece seja seu estudo pertinente ao tema do presente trabalho que trata dos danos morais pelo abuso da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento.

O autor alemão Hans Fischer[515] fazendo um apanhado das normas contidas no BGB, tenta elencar algumas balizas conferidas pelo direito daquele país no sentido da fixação do *quantum* mitigatório pelos juízes:

---

[514] CAHALI, Youssef Said. *Dano moral*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, pp. 172-184

[515] FISCHER, Hans Albrecht. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid: Libreria General de Victoriano Suarez, 1928, pp. 265-266. Tradução livre de: "*La indemnización que deba asignarse ha de señalarla el juez, con arreglo a las exigencias de la equidade, ajustándose en un todo a su convicción y teniendo en cuenta todos los*

A indenização que se deve determinar há de arbitrá-la o juiz, com a observância das exigências do princípio da equidade, ajustando-as à sua convicção e tendo em conta todos os elementos imponderáveis que aqui intervêm e que não se podem aquilatar por normas externas ou reduzir-se a leis materiais de causalidade. O julgador deverá, pois, descontar dos prejuízos imateriais os eventuais benefícios que deles se façam acompanhar. Quando, como nos casos estudados, os danos extrapatrimoniais se indenizem em dinheiro, cabe perfeitamente uma *compensatio lucri cum damno*, ainda que não seja muito frequente. Tome-se como exemplo o caso de uma cirurgia empreendida abusivamente e que, embora tenha produzido ao paciente grandes sofrimentos, alivia bastante seu estado geral. Às vezes, uma sensação psicológica forte, de terror ou de desgosto, pode provocar uma reação orgânica favorável, devolvendo a fala perdida ou fazendo recobrar a mobilidade a um paralítico. Estes momentos favoráveis, parece claro que não se podem reduzir a números, para descontá-los matematicamente da indenização, nos casos do § 847; porém devem ser levados em conta ao se proferir a sentença.

A invocação da equidade nos §§ 847 e 1300 obriga também o juiz – sem que para os danos materiais tivesse sido necessário o § 254 – a levar em consideração a culpabilidade que possa existir por parte do lesionado. O que acontece se este consente com relação ao dano que lhe foi causado? A aquiescência do interessado não influi no conceito de dano nem na sua extensão, mas pode neutralizar a falta do agente, retirando de seu ato o caráter ilícito e excluindo, portanto, a indenização. Pode acontecer, sem embargo, que o consentimento não prive a ação de sua ilicitude – sobretudo no caso a que se refere o inciso 2 do § 847 – ou que não se exija como requisito da indenização a existência de um ato ilícito (§ 1300); mas pode este consentimento significar uma certa culpa por parte da mulher, que, se não destrói de todo, ao menos atenua a culpa do homem, diminuindo em consequência seu dever de indenização.

Assim o exige a equidade. É uma notável diferença em relação ao dano material em que, uma vez comprovado o dever de indenizar, o alcance da responsabilidade se atém exclusivamente à extensão do dano.

---

elementos imponderables que aquí intervienen y que no pueden aquilatarse por normas externas ni reducirse a leyes materiales de causalidade. El juzgador deberá, pues, descontar de los perjuicios inmateriales los beneficios que lleven aparejados. Cuando, como en los casos estudiados, los daños no patrimoniales se indemnicen en dinero, cabe perfectamente una compensatio lucri cum damno, aunque no sea muy frecuente. Sirva de ejemplo el caso de una operación quirúrgica emprendida abusivamente y que, si bien produce al paciente grandes sufrimientos, alivia bastante su estado general. A veces, una sensación psicológica fuerte, de terror o de disgusto, puede provocar una reacción orgánica favorable, devolvendo el habla perdida o haciendo recobrar la movilidad a un paralítico. Estos momentos favorables claro está que no pueden reducirse a números, para descontarlos matemáticamente de la indemnización, en los casos del § 847; pero deben ser tomados en cuenta al sentenciar. La invocación de la equidad en los §§ 847 y 1300 obliga también al juez – sin que para los daños no patrimoniales hubiese sido necesario el § 254 – a tomar en consideración la culpabilidad que pueda existir de parte del lesionado. Qué ocorre si éste consiente en el daño que se le causa? El asentimiento del interesado no influye en el concepto del daño ni en su extensión, pero puede neutralizar la falta del causante, quitando al acto su carácter ilícito y excluyendo por tanto la indemnización. Puede acontecer, sin embargo, que el consentimiento no prive a la acción de su ilicitud – sobre todo en el caso a que se refiere al ap. 2º del § 847 – o que no se exija como requisito de la indemnización la existencia de un acto ilícito (§ 1300); mas puede este consentimento significar una cierta culpa por parte de la mujer, que si no destruye del todo, al menos atenúe la culpa del hombre, disminuyendo en consecuencia su deber de indemnización. Así lo exige la equidad. Es una notable diferencia respecto al daño patrimonial, en que, una vez comprovado el deber de indemnizar, el alcance de la responsabilidad se atiene exclusivamente a la extensión del daño.

Para o jurista italiano Antonino Scalisi, em seu "Il Diritto Alla Riservatezza"[516], o ressarcimento do dano consiste em atribuir ao lesado uma soma em dinheiro que corresponda ao valor pecuniário do bem suprimido ou prejudicado. Para o autor, por via de consequência, o dano à pessoa (ou dano moral), por ser lesão a um bem fundamental à pessoa do homem, **seria** substancialmente irresarcível, por não ser exprimível *in pecunia* o valor do bem atingido. No entanto, não foi bem assim que a doutrina evoluiu ao longo do tempo e, forte na lição de Giannini, diz Scalisi que diante dessa realidade, as reações do ordenamento jurídico podem ser três: (i) considerar o fato lesivo apenas como uma violação penal e deixar o lesado privado de uma "compensação" financeira; (ii) adotar a antiga pena de talião, inflingindo ao responsável o mesmo dano causado a aspecto da personalidade da vítima, que experimentaria uma satisfação emotiva (vingança), restando, no entanto, também nessa hipótese, privada de uma "compensação" pelo prejuízo psíco-físico sofrido e (iii) com ou sem a aplicação de pena correlata, estabelecer a cargo do autor da conduta lesiva uma responsabilidade de pagar à vítima uma soma que, posto não seja **o equivalente pecuniário do bem lesado**, represente, na prática, uma utilidade substitutiva daquela perda.

Prossegue Antonino Scalisi num trecho de grande valia para o tema ora em discussão e que, por sua clareza e precisão, pedimos licença para aqui transcrever[517]:

> A nosso sentir, também o "dano à pessoa" pode ser traduzido por uma soma em dinheiro que represente – conforme uma apreciação equitativa – uma justa compensação pelo comprometimento da felicidade pessoal.
> Mas, mesmo que deixada ao poder discricionário do juiz, a liquidação do dano deve seguir alguns critérios de balizamento que, essencialmente, se relacionam à gravidade do fato e, sem que se tornem uma pena privada, tenha o condão de desencorajar novos ataques ao mesmo bem da vida por parte do mesmo agente.
> Em geral, a ressarcibilidade do dano à pessoa é, a par da ressarcibilidade de outros tipos de dano, condicionada à comprovação do evento danoso, e da injustiça do dano em relação a um interesse da pessoa tutelado pelo ordenamento jurídico, qualquer que seja a forma dessa tutela.

---

[516] SCALISI, Antonino. *Il diritto alla riservatezza – il diritto all'imagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pp. 540-541.

[517] idem. Tradução livre de: "*A nostro avviso, anche il 'danno alla persona' può essere tradotto in una somma di denaro che rappresenti – secondo una valutazione equitativa – un giusto compenso della compromessa felicità personale. Ma anche se rimessa al potere discrezionale del giudice, la liquidazione del danno deve seguire alcuni criteri di massima ed essenzialmente va rapportata alla gravita del fato e, senza divenire una pena privata, sia di entità tale da scoraggiare ulteriori lesioni dello stesso bene da parte dello stesso autore. In generale, la risarcibilità del danno alla persona è al pari della risarcibilità di altro danno condizionato all'accertamento dell'evento danoso, e dell'ingiustizia del danno in relazione ad un interesse della persona tutelato dall'ordinamento giuridico, qualunque sia la forma di tutela"*.

Outro moderno Jurista italiano de nomeada a ocupar-se da quantificação dos danos morais foi Mauro Sella, em seu "*La Responsabilità Civile - I Danni Morali*"[518], obra pertencente a uma coleção maior sob coordenação de Paolo Cendon que tem como mote "*Il Diritto Italiano Nella Giurisprudenza*", portanto, todo pontuado o trabalho por acórdãos da Corte Suprema de Cassação Italiana (Corte di Cassazione) – o Tribunal de maior hierarquia na jurisdição italiana. Ali Sella elenca seis princípios fundamentais a serem observados na tarefa de fixação do *quantum* mitigatório dos danos morais, quais sejam: 1) O ressarcimento do dano moral deve ser integral, ou seja, representar a efetiva reparação de todo o sofrimento experimentado pela vítima em consequência do ilícito; 2) Devem ser evitadas as duplicações, através de liquidações de importâncias a título de ressarcimento de danos a que se atribua *nomen iuris* diverso, mas que sejam, substancialmente, idênticos; 3) É necessário evitar desigualdades, certificando-se de que o ressarcimento do dano leve a montantes análogos em casos similares; 4) A quantificação do dano moral, cumprindo com a função de compensar *in pecunia* o sofrimento de que padece a vítima em consequência do ato ilícito, pode ser levada a efeito pelo juiz somente através da valoração equitativa; 5) Dado que a função do ressarcimento do dano moral é compensatória do sofrimento experimentado, para o fim de liquidação deste item de prejuízo, é necessário respeitar a exigência de uma correlação racional entre a entidade objetiva do dano e o equivalente pecuniário, de forma a este último não representar um mero simulacro de ressarcimento e 6) A valoração da intensidade do sofrimento experimentado pela vítima pode ser efetuada assumindo como úteis – embora não exclusivos ou taxativos – os parâmetros: (i) de gravidade do ilícito; (ii) da natureza e do grau da culpa ou dolo do autor do ilícito; (iii) da natureza do menoscabo anímico provocado; (iv) das condições econômicas e sociais das partes; (v) das relações do lesador com a vítima

---

[518] SELLA, Mauro. *La responsabilità civile - I danni morali*. Torino: UTET, 2013, p. 37. Nas palavras do autor: "*Principi:* * *Il risarcimento del danno morale deve essere integrale, vale a dire rappresentare l'effettiva riparazione di tutte le sofferenze patite dalla vitima in conseguenza dell'illecito.* * *Devono essere evitate duplicazioni, liquidando più importi a titolo di risarcimento di pregiudizi nominalmente diversi ma sostanzialmente identici.* * *Occorre evitare sperequazioni, preoccupandosi che il risarcimento del danno conduca ad importi analoghi in casi simili e, viceversa, ad importi diversi in presenza di casi differenti.* * *La quantificazione del danno morale, assolvendo alla funzione di compensare con il denaro il dolore che la vittima subisce in conseguenza del fatto illecito, può essere effettuata dal giudice solo con valutazione equitativa.* * *Posto che la funzione del risarcimento del danno morale è satisfattoria delle sofferenze patite, ai fini della liquidazione di tale voce di pregiudizio, occorre rispettare l'esigenza di una razionale correlazione tra l'entità oggettiva del danno e l'equivalente pecuniario, in modo che questo non rappresenti un mero simulacro di risarcimento.* * *La valutazione dell'intensità delle sofferenze subite dalla vittima può essere effetuata assumendo quali utili – ma non esclusivi o tassativi – parametri di riferimento la gravità dell'illecito, l'entità ed il grado della colpa o del dolo dell'autore dell'illecito, l'entità del patema d'animo, le condizioni economiche e sociali delle parti, i rapporti con la vittima principale, il grado di sensibilità della vittima, la natura dei diritti violati, la condotta della vittima*.

principal; (vi) do grau de sensibilidade da vítima; (vii) da natureza dos direitos violados e (viii) da conduta da vítima.

Nehemias Domingos de Melo[519] defende sejam observados os seguintes aspectos para que o juiz arbitre o *quantum* mitigatório dos danos morais:

> a) a angústia e o sofrimento da vítima: de tal sorte a lhe propiciar uma indenização que possa lhe compensar os sofrimentos advindos da injusta agressão;
> b) a potencialidade do ofensor: para que não lhe impinjauma condenação tão elevada que signifique sua ruína, gerando por via de consequência a impossibilidade de cumprimento da medida, e nem tão pequena que avilte a dor da vítima;
> c) a necessidade de demonstrar à sociedade que aquele comportamento lesivo é condenável e que o Estado juiz não admite e nem permite que sejam reiterados tais ilícitos sem que o ofensor sofra a devida reprimenda;
> d) e, finalmente, fixar o valor da indenização com prudência, severidade e coragem, fugindo dos extremos dos valores irrisórios ou dos montantes exagerados, para não colocar em descrédito o Poder Judiciário e o instituto do dano moral.

Defensora da tese da mudança de perspectiva em direção ao conceito da proteção da dignidade da pessoa humana, Maria Celina Bodin de Moraes[520] propugna pela exclusão de quaisquer critérios relacionados à situação econômica e nível social da vítima, dado que a noção de dignidade não se coaduna com critérios patrimoniais para fins de quantificação da reparação, pois é essencialmente extrapatrimonial. Segundo a autora, são as condições **pessoais** da vítima e não as econômicas ou sociais que devem ser examinadas, voltando-se a atenção ao *status quo ante* e *post facto* de forma a saber a repercussão do evento danoso sobre a pessoa a vítima e poder estimar-lhe a necessária reparação. Depois de examinada a condição pessoal da vítima, passar-se-ia ao exame objetivo do dano em si quanto à sua magnitude, podendo "ser considerado, sempre em relação à pessoa da vítima, **pequeno**, **médio**, **grande**, **infinito** (morte); quanto à duração, o dano poderá ser **temporário**, de **curto**, **médio** e **longo prazo**, ou **permanente**; enfim, quanto à repercussão social do dano, esta poderá ser **reduzida**, **média** ou **ampla**" (grifos nossos).

Em seguida, Maria Celina Bodin de Moraes elenca aqueles que a seu juízo seriam os critérios que **não deveriam ser utilizados na quantificação**, pois são próprios de um juízo

---

[519] MELO, Nehemias Domingo de. *Dano moral problemática do cabimento à fixação do quantum*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 120

[520] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed., 2017, Rio de Janeiro: Ed. Processo, pp. 332-333

de punição ou retributivo, vale dizer: as condições econômicas do lesante e a gravidade da culpa. Diz a autora que esses elementos "dizem respeito ao dano causado, e não ao dano sofrido. Há outros critérios que tampouco são relevantes no sistema de reparação integral porque se referem, no fundo, à conduta em si mesma. Assim, a proporcionalidade entre a vantagem de quem praticou o ato lesivo e o prejuízo causado a terceiro; a presença ou a ausência de intenção, previsibilidade, ou boa-fé; a utilidade (interesse) para quem o praticou ou a mera intenção de prejudicar o outro".

Não se poderia deixar de trazer à presente discussão os argumentos esgrimidos por Gilberto Haddad Jabur em sua Tese de Doutoramento intitulada "Efeitos jurídicos da ameaça ou lesão a direitos personalíssimos por fato de comunicação social"[521], onde afirma o autor que se "não há fórmula segura e uniforme, nem por isso critério absoluto e estanque, livre de deficiências ou relativismos, há, doutra borda, consoante louvável remissão à própria Lei de Informação, contingências e circunstâncias por virtude das quais o árbitro pode melhor equacionar o dificílimo *quantum respondeatur*". De se observar, neste ponto, antes de prosseguirmos no exame das percucientes e eruditas formulações produzidas por Jabur em sua tese, que, por ocasião de sua elaboração, ainda não havia o Egrégio Supremo Tribunal Federal julgado não recepcionada a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967) através da ADPF nº 130/DF sob relatoria do eminente Ministro Ayres Britto. Julgamento que se deu em 30 de abril de 2009, retirando do sistema, em sua integralidade, a Lei de Imprensa. Mesmo assim, permanece o interesse sobre critérios, naquele diploma estabelecidos, para a quantificação da mitigação do dano moral, como sugestões *de lege ferenda*.

Jabur dedica-se, em determinado momento de seu alentado trabalho, ao que chamou de "Indicadores normativos e proposta de uma fórmula" e neste ponto defende que para a árdua tarefa da quantificação dos danos morais sejam examinados (i) os elementos subjetivos e objetivos ligados à vítima (respectivamente, *v.g.*, intensidade da incidência da ofensa e posição social, política, bem como repercussão da ofensa) e (ii) os elementos também subjetivos e objetivos ligados ao causador do evento danoso (respectivamente, gradação da culpa; capacidade financeira ou eventual reincidência). Esta bipartição serviria a atender a finalidade didático-educativa da condenação, segundo o autor. Diz Jabur, a respeito do tema, *verbis*:

---

[521] JABUR, Gilberto Haddad. *Efeitos jurídicos da ameaça ou lesão a direitos personalíssimos por fato de comunicação social*. Tese defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz, São Paulo, 2005, p. 570

> Ditas contingências não se inçaram ex abrupto ou por obra exclusivamente pretoriana, tampouco doutrinal. São, antes e em verdade, fruto da evolução legiferante, que, a despeito de revelada pela Lei de Informação – sobremodo riticada pela velocidade com que editada e pelos defeitos nela enxergados – brindou-nos com critério que hoje se vê indisputavelmente espraiado e aproveitado em múltiplas contendas em que se apuram danos imateriais.
> O art. 53 da Lei de Informação desdobrou em três incisos circunstâncias subjetivas e objetivas merecedoras de atenção do magistrado, que "terá em conta", segundo o *caput*: o impacto da conduta do comunicador social sobre a vítima e seu círculo relacional ou social (inciso I); a culpabilidade do comunicador social, sua capacidade econômica e vida pregressa, representada pela presença ou ausência de conduta reincidente também motivada pelo exagero no exercício da atividade jornalística (inciso II); e o comportamento reativo espontâneo do comunicador social incontinenti à lesão que provocou (retratação eficaz) ou, provocado pela vítima, a publicação da retificação por ela endereçada, de modo a permitir avaliação da extensão que uma ou outra ocorrência possa ter adquirido como elemento redutor da reparação civil (inciso III).

Com relação aos critérios elencados expressamente pela Lei de Imprensa e também a outros – pois lembra o autor que aquele diploma não os arrola de forma taxativa, mencionando que o juiz considerará "**notadamente**"... – formula Gilberto Jabur, sendo esta sua mais novidadeira contribuição, um complexo sistema de notas individuais a ser atribuídas a cada critério pré fixado que, submetidas a médias aritméticas chegarão a um número final a balizar a fixação do *quantum* mitigatório dos danos morais pelo juiz.

Tentaremos resumir o sistema proposto, remetendo o estudioso interessado no detalhamento deste interessante método de quantificação à leitura da Tese do Professor Gilberto Jabur[522]. Trata-se de fixar como maxi-critérios de quantificação: 1) a gravidade do dano; 2) a anterior e eventual reparação *in natura* (retratação espontânea ou publicação da resposta) ou por equivalente distinto de pecúnia e a extensão da parcial reparação por meio dela obtida e 3) duração da afetação (passageira ou permanente, averiguada com preferente auxílio técnico).

O primeiro dos maxi-critérios, vale dizer, a **gravidade do dano**, por seu turno, dividir-se-ia em seis sub-critérios, a saber: 1.1) a sensibilidade ou vulnerabilidade da vítima de acordo com suas idade e lucidez; 1.2) o perfil valorativo, psicológico, ético e moral da vítima; 1.3) o grau de instrução da vítima; 1.4) a atividade desenvolvida pela vítima; 1.5) o

[522] Infelizmente ainda não disponível no mercado editorial, mas acessível junto à Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

perfil social da vítima (relações profissionais, comunitárias, projeção política, etc) e 1.6) a penetração do veículo de comunicação social.

A sugestão do autor prossegue no sentido de que se atribua uma nota de 0 a 4 para cada qual dos maxi-critérios, bem como nota de 0 a 4 para cada um dos 6 (seis) sub-itens do primeiro maxi-critério relativo à gravidade do dano (o autor lhes empresta a denominação de *modalidades* e *submodalidades*). Cada qual dos sub-itens da **gravidade** terá o mesmo peso, de forma que a somatória das seis notas passará por uma média ponderada (dividindo-se o total por seis) de forma a se chegar à nota única para o maxi-critério **gravidade**.

Prossegue Jabur[523], depois de encontrado um índice para o balizamento da fixação do *quantum* mitigatório dos danos morais, sugerindo que se avance em técnica semelhante, no sentido de se estabelecer outro índice que auxilie o magistrado na fixação da parcela da condenação que atenda às suas finalidades dissuasória e didática. Diz o autor, *verbis*:

> O cálculo do valor correspondente à finalidade dissuasória e ao mesmo tempo didática, com o escopo de fazer o lesante enxergar que o direito não se compraz com sua conduta, acentuadamente reprovável (porque alcança direitos de superlativa envergadura), há de contemplar a (1) gradação da culpa, quando – frise-se bem – relevante o elemento psíquico, (2) anterior e eventual condenação do lesante por virtude de similar ou idêntica implicação judicial, sua (3) situação econômica e o (4) enriquecimento ou vantagens que auferiu através da violação do direito da vítima.
> (...)
> A nota final, também de 0 a 4, então colhida à vista do exame desses quatro componentes da avaliação pecuniária da parcela condenatória dissuasiva, que se ajunta àqueloutra consolatória, é produto da soma das modalidades logo acima examinadas e indicativa da referência a partir da qual o magistrado deverá desenvolver o dificílimo cálculo pecuniário a que corresponde o *plus* embutido na sentença para, demovendo, reeducar o lesante. O número resultante da equação atrás formulada, que considera as quatro vertentes para aquilatação da dimensão pedagógica da parcela de condenação, jamais será, como à frente se reencarecerá, elemento suficiente para remover a aguda dificuldade para transformar contingências fatuais em valor pecuniário. Mas auxiliará o magistrado, ao tempo em que lhe fornece um ponto menos incerto numa linha idealizada, no exame de aspectos que poderão amparar o cálculo do pagamento em dinheiro. É daí que se espera a adequada mensuração da aptidão morigerante desse acréscimo condenatório.[524]

Sem dúvida é primoroso o esforço acima descrito de estabelecimento de uma ferramenta de auxílio – e diminuição do extremado subjetivismo – na árdua tarefa de fixação

---

[523] idem, p. 579

[524] idem, p. 583

do quantum mitigatório. Em que pese não elimine o problema, dado que a nota obtida terá ainda de passar (como aliás reconhece o próprio autor no trecho acima transcrito) pela parte mais difícil que é sua conversão *in pecunia*, o intrincado sistema proposto seria, sem dúvida, de grande auxílio. Dizemos **seria** pois entendêmo-lo hoje obstaculizado pela falta de amparo legal – que antes lhe conferia a revogada, assim chamada, Lei de Imprensa – e até mesmo pela vedação legal do art. 944, *caput*, ao determinar como medida única para a indenização a extensão do dano. Adiante, ao expressar a nossa posição acerca do tema voltaremos à utilidade que votamos à contribuição de Gilberto Jabur, bem como àquelas que citamos precedentemente neste capítulo.

§ 69. Nossa posição quanto aos critérios a presidir a fixação do *quantum* mitigatório dos danos morais

Na atual circunstância de (i) revogação da Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa) e (ii) de inequívoca disposição do Código Civil (art. 944, *caput*) no sentido de que o critério único para fixação das indenizações é a extensão do dano, não vemos como seja possível defender, por maior acatamento que tenhamos aos respeitabilíssimos juristas que defendem a tese oposta, um conjunto de critérios para a quantificação da mitigação do dano moral que não seja voltado exclusivamente ao evento lesivo, à vítima e à repercussão daquele sobre esta.

Qualquer proposta de critério de fixação que desvie o olhar do árbitro para qualidades do lesante ou para elementos estranhos ao dano e sua extensão, estará divorciada da baliza legal dada pela lei civil que é quem – e não a doutrina ou o fraseado constante das fundamentações das decisões judiciais – aponta a escolha da sociedade quanto a forma de deslinde dos conflitos de determinada natureza. Não me parece possível a interpretação *contra legem*, como já dissemos acima, ao citar Humberto Ávila quando tratávamos da inaplicabilidade automática dos *punitive damages* entre nós. Se "a indenização mede-se pela extensão do dano" (art. 944/CC), **ela não se mede** (i) pela culpa do lesante, (ii) pela eventual reincidência deste, (iii) pelo benefício auferido pelo autor do ilícito, (iv) pelas condições econômicas das partes envolvidas etc. É questão de pura lógica.

Tal circunstância, no entanto, não impede, a exemplo do que já sugerimos com relação aos *punitive damages* e ao dano social – que podem cumprir a tão decantada função dissuasória e pedagógica – que uma simples mudança legislativa, consistente no mero acréscimo de um § 2º e um § 3º ao art. 944, passe a autorizar uma majoração do *quantum*

mitigatório (a exemplo da redução já autorizada pelo hoje parágrafo único do mesmo dispositivo), em presença dos critérios x, y ou z. E, nessa hipótese, aderimos integralmente ao conjunto de critérios oferecidos por Gilberto Haddad Jabur e acima transcritos. A única ressalva que fazemos é retirar dos danos morais qualquer função de exemplaridade ou dissuasória/pedagógica, deixando tal mister – dado tratar-se de comportamentos ilícitos que afetam toda a sociedade, como ensinou Antonio Junqueira de Azevedo – para a indenização (*rectius*, mitigação) do dano social.

Por outro lado, mesmo antes de que se promova referida reforma legislativa – se é que esta sobrevirá em futuro próximo – quer nos parecer que (i) a simples certeza de que irá arcar com uma soma justa a fim de mitigar o mais completamente possível os danos causados, já será para o lesante uma medida dissuasória e (ii) o fato de as condenações não serem ínfimas por passarem a levar em conta que o descaso do lesante e a grande reprovabilidade de sua conduta – em que pesem não estejam previstas em lei, de per si, como critério para a quantificação da "indenização" – **aumentam sim o dano** experimentado pela vítima por gerar nesta um sentimento de desamparo e indignação insuportáveis; **já funcionam como uma sanção para o lesante, independentemente do estabelecimento de punitive damages ou do reconhecimento dos danos sociais**. Isto porque a ninguém apraz um desembolso significativo de dinheiro, mesmo aos mais abastados.

Mesmo à mingua de norma autorizativa, como já vimos em capítulos anteriores, a jurisprudência do STJ já tem posto em prática critérios distanciados da singela extensão do dano determinada pelo art. 944 do CC/2002 e tem desviado seu olhar para circunstâncias ligadas, não à vítima ou ao dano sofrido, mas ao ofensor. Peço licença para transcrever trecho das conclusões, fruto da profunda pesquisa a que empreendeu Maria Celina Bodin de Moraes[525]:

> O STJ, de modo especial nos votos do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, tem sustentado sistematicamente que, na fixação do quantum reparatório, devem ser considerados os seguintes critérios objetivos: a moderação, a proporcionalidade, o grau de culpa, o nível socioeconômico da vítima e o porte econômico do agente ofensor. No espaço de maior subjetividade, estabelece, ainda, que o juiz deve "calcar-se na lógica do razoável, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso".
> Recentemente, como já se viu, inclinou-se o STJ em direção à tese do caráter punitivo, considerando que cumpre ao magistrado estipular uma quantia que

[525] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2017, pp. 290-291

> sirva como desestímulo à repetição – ou à imitação – da prática do ato. Assim, por exemplo, ocorreu em um caso de constrangimento ilegal, com detenção por longo período, praticado por seguranças de uma loja de departamentos. Ao confirmar o valor de 300 salários mínimos a título de dano moral, o relator, o Ministro Sálvio de Figueiredo, assim se manifestou: "Sopesadas as circunstâcias, e levando em consideração ainda o porte econômico da ré; o abalo físico, psíquico e social sofrido pela autora; o grau das agressões, e, *principalmente, a natureza punitiva e inibidora que a indenização na espécie deve ter*, sobretudo em se tratando de estabelecimento comercial frequentado diariamente por milhares de pessoas e famílias, tenho como compreensível o valor fixado no tribunal de origem".

A prática dos arbitramentos tímidos – menos pela pusilanimidade do árbitro do que pela banalização das pretensões bagatelares e das tentativas de se locupletar com pedidos de dano moral em situações fáticas onde estes não havia – contribui para um total esvaziamento de conteúdo da tutela dos direitos da personalidade, o que é um déficit civilizatório de enormes proporções. Um *quantum* mitigatório irrisório é uma segunda ofensa, além de fazer letra morta das normas de grande relevo a proteger os **essenciais** direitos que compõem a personalidade. Por esta razão defendemos que o descaso do ofensor com a Justiça, a certeza de sua impunidade, a grande reprovabilidade de sua conduta sejam sim elementos a ser considerados, não como critérios – pois "a indenização mede-se pela extensão do dano" – mas como circunstâncias que fizeram maior o dano e, portanto, aconselham o cuidadoso exame deste, pois ele é mais extenso do que aparenta.

Da crônica romana vem a história, muito citada por diversos autores[526], do nobre patrício Nerácio que se aproveitava do valor irrisório de 25 asses, estipulado pela Lei das XII Tábuas pelo crime de *iniuria* em sua versão mais branda (lesões que não fossem *fractum* – fratura de osso – ou *membrum ruptum* – perda de um membro), e se divertia a esbofetear os transeuntes que por ele passassem nas ruas de Roma. Atrás dele ia seu escravo com as bolsas contendo as indenizações de 25 asses já adrede separadas e prontas a encontrar seu destino de "indenizar" aqueles em quem vibrava sádicas, sonoras e **impunes** bofetadas.

Ainda hoje há muitos Nerácios a aproveitar-se das sentenças tímidas e econômicas na mitigação dos ataques aos direitos da personalidade e acreditamos de forma muito convicta que, ao "separar o joio do trigo", delimitando o que **realmente é dano moral**, afastando-se os meros aborrecimentos e as jogadas dos "maganões", teriam os juízes muito maior descortino em arbitrar com mão forte condenações aptas a mitigar esses ataques

---

[526] Por todos, LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1942, vol II, p. 204

injustos aos mais valiosos direitos dentre todo o arcabouço de direitos que traz uma pessoa ao longo de sua vida.

Talvez as raízes históricas para a recalcitrância mostrada pelo direito brasileiro em aceitar a plena mitigabilidade *in pecunia* dos danos morais sejam duas que conseguimos identificar a partir da observação ds discussões travadas pela doutrina e nos tribunais pátrios ao longo de fins do Séc. XIX e durante três quartos do Séc. XX: (i) a influência do direito romano que em fase anterior não previa a indenização pecuniária por ofensas corporais entre cidadãos, indenizando apenas os danos físicos provocados sobre escravos[527] - fragmento do Dig., 9.3.7 de Gaio dizia "o corpo do homem livre não pode receber nenhuma estimativa" (*liberum corpus nullam recipit aestimationem*) - e (ii) a tradição fortemente católica na formação da sociedade e do Estado Brasileiro (de se lembrar a tendência ultramontana da Família Real e, depois, Imperial Brasileira durante colônia, reinado, 1º e 2º Impérios) que implica uma repulsa ao lucro e uma conotação pecaminosa no relacionar afeições e dinheiro; o que inexiste, por exemplo, nos países de tradição reformista/protestante.

Seja como for, o fato é que a relutância foi muito grande em se reconhecer a possibilidade e a "moralidade" do *pretium doloris* e isso se reflete, ainda hoje, num preconceito atávico em relação ao instituto que faz com que condenações surjam, mas sempre com uma preocupação do magistrado, ao nosso sentir, no sentido de estar num terreno perigoso, limítrofe à pactuação com o locupletamento da vítima.

---

[527] cf. a obra cuja citação já fizemos em outro capítulo, MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. O dano estético (responsabilidade civil). São Paulo: RT, 1980, p. 68

CONCLUSÃO DA PARTE III

"Você está louco, meu filho! Meter-se com aquela gente! São todos uns mafiosos e trapaceiros. Um Falconeri deve sempre permanecer conosco, pelo Rei".

Os olhos voltaram a sorrir. "Pelo Rei, com certeza, mas por qual Rei?"

O rapaz teve uma de suas crises de seriedade, que o tornavam impenetrável e adorável. "Se não nos envolvermos nisso, os outros implantam a república. Se quisermos que tudo continue como está, é preciso que tudo mude. Fui claro?"

(diálogo entre o Príncipe de Salinas e seu sobrinho Tancredi – Il Gattopardo, Giuseppe Tomasi di Lampedusa)

Como no diálogo acima transcrito, entre o Príncipe Salinas, de Donnafugata, e seu jovem e impetuoso sobrinho – o falido Príncipe Tancredi Falconeri – na Sicilia conflagrada à espera da chegada dos Garibaldinos que deporiam o Rei das Duas Sicilias (com trono em Napoli) para unificar a península em torno do Rei da Lombardia e Sardegna – a Casa de Saboia –, parece que o Código Civil de 2002 teve, no que respeita à Responsabilidade Civil, a missão de "mudar tudo" para que "tudo continue como está"! O novo Código perdeu a chance de inovar, de uma vez por todas, adaptando o direito brasileiro às legislações mais modernas quanto à Responsabilidade Civil e manteve anacronismos como o aqui já criticado art. 953 a mencionar apenas três delitos tipificados no Código Penal em que o bem da vida tutelado é um direito da personalidade, a honra, olvidando-se de todas as demais hipóteses de danos morais por ofensa a direito da personalidade neste ponto e ainda exigindo que "o ofendido não possa provar prejuízo material" para que o juiz, só então, esteja autorizado a arbitrar por equidade o valor da "indenização".

Dá a impressão de voltar às discussões do começo do século XX ao atrelar o dano moral à existência ou não de prejuízos materiais que aqui não deveriam ter qualquer significação.

Também é anacrônico e "mudou todo aquele monumento que era o Código de Beviláqua, para que tudo permanecesse como estava" ao dispor, da forma **engessada** como o fez, no art. 944, que "a indenização mede-se pela extensão do dano". Mesmo sabendo que, desde 1975 – de quando remonta o projeto que no CC/2002 resultou – vêm os juízes arbitrando "indenizações que cumprem sua dúplice função de reparar a vítima e dissuadir e punir o ofensor, para que não proceda a novos ataques". Bem, vê-se que pouco avançou o Código – exceção feita aos avanços operados em todo o mundo na direção do incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva – e os problemas continuam na seara da responsabilidade civil – em especial na da mitigação dos danos morais – a ser deixados para que a jurisprudência os resolva.

Nesta Parte III, relacionada à **tutela** do Estado-juiz em face do **dano** (Parte II) perpetrado sobre os **direitos** da personalidade (Parte I), vimos que é perfeitamente possível que se utilize da norma autorizativa do art. 12 do Código Civil, para que aquele que ameaçado ou lesado em seu direito da personalidade, peça ao juiz tutela preventiva ou inibitória que faça cessar a ameaça ou a lesão, sem prejuízo da fase posterior de reclamação das perdas e danos.

Demonstramos, ao nosso sentir, de forma satisfatória, no § 49, que a tutela preventiva dos danos morais no que atine ao conflito que aqui nos interessa – entre liberdade de expressão e direitos da personalidade – não se confunde com a censura prévia vedada pela CF/1988, mas, ao contrário, encontra supedâneo no próprio inciso XXXV do art. 5º da mesma Carta Política. Além de ser teratológica a solução de se exigir do potencial ofendido a concretização da iminente ofensa – com consequências deletérias e de dificílima reparação – para somente depois disso ter franqueado o acesso ao judiciário (e não a um órgão administrativo censor, como nos tempos sombrios de ditadura militar) para que este faça cessar a ameaça do mal injusto prestes a ocorrer.

Vimos que o mais desafiador dos problemas a envolver este tema é a **quantificação** da mitigação dos danos morais, pois deve o magistrado proceder a esta tarefa sem qualquer balizamento legal, envolvendo um alto grau de subjetividade que traz, conseguintemente, decisões muito díspares. Isto porque as leis que pretendiam balizar a

missão da fixação do *quantum*, com atribuição de critérios, traziam também pisos e tetos para as condenações, criando verdadeira "tarifação" ou "tabelamento" dos danos morais o que não se coaduna com a diretriz constitucional de (i) ampla reparabilidade dos danos dessa natureza e com (ii) a individualidade das vítimas e (iii) as extensões que os danos (e sua repercussão sobre a vítima), por conta das circunstâncias do fato, podem ter.

Assim, reconhecemos as indiscutíveis utilidade e contribuição trazidas pelo método bifásico que vem sendo aplicado desde 2014 pelo Egrégio STJ na fixação da mitigação dos danos morais, dependendo, ao nosso sentir, no entanto, de uma adequação legislativa que permita a consideração dos inúmeros critérios previstos por esse protocolo para a segunda fase da fixação, que é a que define a condenação final. Lembrando que hoje vige a ortodoxia do art. 944 do CC/2002 que determina que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Reconhecemos igualmente válida a consideração da aplicação dos *punitive damages* para casos especialíssimos em que haja severa reprovabilidade da conduta do agente causador do dano, reincidência na conduta lesiva, grande potencial lesivo ou conduta lesiva deliberada em vista de finalidade lucrativa – casos em que a majoração, por intermédio dos *punitive damages,* teria o condão de desfazer essa equação econômica favorável à conduta lesiva. Conforme asseveramos, também no que atine à aplicação deste instituto – "tropicalizado", em virtude das profundas diferenças sistêmicas entre as tradições da *Civil Law* e da *Common Law* – ter-se-ia de providenciar adequações legislativas, especialmente no texto do art. 944 do CC/2002 de forma a permitir a majoração da indenização (mitigação, quando se tratar de danos morais) em presença de circunstâncias que deverão estar previstas.

Também os Danos Sociais, defendidos por Antonio Junqueira de Azevedo, são ideia a que aderimos, com a única ressalva de que teríamos dificuldade em reconhecê-lo **social** atribuindo, ao mesmo tempo, o produto da condenação ao particular que tenha ajuizado a ação. Advogamos, portanto, a tese de que a condenação deva ser destinada a um fundo, ou a um entre diversos fundos – a depender do direito vulnerado na lesão de fundo – de direitos difusos e coletivos, aproveitando-se dos já existentes e criando-se por lei aqueles que sejam necessários para receber tais aportes. Devendo a administração desses fundos dar-se por comissão paritária a contar com membros da Administração Pública, do Ministério Público e da Sociedade Civil.

As propostas de lege ferenda que ousamos fazer, após verificar as dificuldades que a atual legislação impõe ao aperfeiçoamento do deslinde das questões de que se ocupa do presente trabalho seriam:

1) Alteração no Art. 944 do Código civil e criação de parágrafos, de forma a terem a seguinte redação:

> **Art. 944**. A indenização dos danos materiais mede-se pela extensão dos danos; enquanto que mitigação dos danos morais dar-se-á mediante arbitramento judicial por equidade, nos termos do art. 953.
>
> **§ 1º.** Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz, reduzir, equitativamente, a indenização.
>
> **§ 2º.** Presentes as circunstâncias previstas nos incisos deste parágrafo, poderá o juiz majorar o valor da indenização dos danos materiais para além do limite constante do *caput* deste artigo, bem como usá-las como agravantes para o arbitramento da mitigação dos danos morais, como forma de conferir à condenação função punitiva e dissuasória de novas ofensas:
>
> I – alta reprovabilidade da conduta do agente causador do dano e seu grau de culpa ou intensidade do dolo;
>
> II – grande repercussão da conduta lesiva sobre a vida ou o patrimônio da vítima;
>
> III – reincidência do agente lesante no mesmo tipo de conduta;
>
> IV – eventual repercussão social em detrimento da vítima do fato lesivo;
>
> V – condições sócio-econômicas e política das partes envolvidas;
>
> VI – eventual vantagem que tenha auferido o lesante por força da conduta lesiva;

> **§ 3º.** Se o dano perpetrado for de tal monta e frequência que chegue a gerar uma intranquilidade social, diminuindo a qualidade de vida geral da população através do medo de ser vitimada por tal conduta lesiva e frequente, não importando se material ou moral, ele configurará dano social e poderá ser reconhecido, a pedido da parte ou de ofício pelo juiz, nas ações que julguem indenização de dano material ou mitigação de dano moral.
>
> **§ 4º.** A condenação pelo dano social de que trata o parágrafo anterior, que visa a conferir a exemplaridade às decisões e promover o bem estar social, levará em conta as circunstâncias elencadas nos incisos de I a VI do § 2º deste artigo, além do contingente estimado de pessoas afetadas pela conduta lesiva e será seu valor destinado a fundo específico de direitos difusos e coletivos administrado de forma paritária por representantes da Administração Pública, do Ministério Público e da Sociedade Civil.

2) Alteração no Art. 953 do Código Civil, que passaria a ter a seguinte redação:

> **Art. 953.** A mitigação dos danos morais, que resultam da ofensa a direitos da personalidade, será sempre fixada equitativamente pelo juiz, observadas as circunstâncias do caso concreto conforme previsão do § 2º do art.944.

Acreditamos que, com essas alterações legislativas ora propostas – que não são de grande monta e já povoam, na prática, nossa jurisprudência há décadas – o "Código Salinas", que *mudou tudo para que tudo permanecesse igual*" em termos de responsabilidade civil por danos morais (inclusive mantendo os dispositivos do Código de Beviláqua sobre as consequências do homicídio e da lesão à saúde sem mencionar a locução **danos morais**), poderá fazer justiça a este instituto tão presente no quotidiano das lides civis e, ao mesmo tempo, tão mal disciplinado por nosso ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Não obstante já produzidas as conclusões parciais, a primeira delas (PARTE I) voltada ao **direito**, a segunda (PARTE II) ao **dano** e a terceira (PARTE III) à **tutela** em face da perpetração do dano – sendo que o cerne dos textos ali produzidos deixaremos de aqui reproduzir de forma a evitar tautologia e cansar mais do que o necessário a prestigiosa banca, em virtude da extensão do presente trabalho que, infelizmente, **se fez necessária** por conta da complexidade dos temas envolvidos – entendemos conveniente elencar pontualmente as mais emblemáticas conclusões a que chegamos ao final deste estudo:

1. Em que pese o paralelismo no conteúdo dos direitos da personalidade, dos direitos fundamentais e das liberdades públicas; é o Direito Civil o *locus* do nascedouro e da disciplina dos direitos da personalidade e o foro onde encontrar-se o deslinde dos conflitos a envolvê-los – mesmo que a constitucionalização de algum desses direitos obrigue o civilista a manejar as técnicas de Direito Constitucional para aplicação de seus princípios.

2. A distinção entre dano moral e dano material (extrapatrimonial ou patrimonial) se dá em virtude da natureza do bem onde repercute a lesão (dano-prejuízo) e não em virtude daquela do bem que sofre o ataque (dano-evento).

3. **Dano moral** é a lesão – *dano-prejuízo* – que injustamente repercute no patrimônio ideal de pessoa física ou jurídica, onde compreendidos os seus direitos da personalidade, e que, em geral, provoca menoscabo anímico pelo abalo de suas afeições legítimas ou de seu equilíbrio psicológico, inocorrente no caso das pessoas jurídicas e presumido com relação às pessoas naturais privadas de discernimento; não possuindo tal lesão caráter patrimonial, mas podendo ter sido originada de um ataque - dano-evento – a bem da vida de natureza patrimonial ou extrapatrimonial.

4. O conceito de imagem-atributo se sobrepõe ao conceito de honra subjetiva e a noção de **imagem** deve limitar-se à identificação biotípica da pessoa, deixando **reputação e**

atributos de natureza social para o conceito de **honra**. A lei não traz palavras inúteis e o artigo 5º, X da CF/1988 traz os dois vocábulos como bens da vida distintos a merecer proteção autônoma.

5. Não existe uma maior valoração **apriorística** da liberdade de expressão, fundada numa suposta "supremacia do interesse púbico", em confronto com a inviolabilidade dos direitos da personalidade dos particulares. A ponderação far-se-á em condições estritas de paridade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

OBRAS GERAIS

ALBERDI, Juan Bautista. Obras Completas. Buenos Aires: Ed. Tea, 1886, t. IV

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1916

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Cadastros de restrição do crédito. Conceito de dano moral. in Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; BARDE, Louis *et alteram*. *Tratatto teorico pratico di diritto civile. Delle Obligazioni.* Tomo IV. Milano: Dott. Francesco Villardi, 1925

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, v. I

BORDA, Guillermo. *Tratado de derecho civil – obligaciones*. 7ª ed., Buenos Aires: Perrot, 1994

BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte especial*. São Paulo: Forense, 1966

BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato italiano*. Torino: UTET, 1974

CALMON, Pedro. *História do Brasil*. Rio de Janeio: José Olympio, 1959

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: PUF, 1969, v. 1

CARREJO, Simón. *Derecho civil*. Bogotá: Ed. Themis, 1972

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

_____. *Lições de direito civil. Parte geral*. São Paulo: Buschatsky/USP, 1972, vol. 3

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (orgs.). *Código Civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7ª ed., São Paulo: Manole, 2014

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1953, vol. I e II

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso elementar de direito romano*. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999

_____, *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de direito civil. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, vol. I, Parte Geral e vol. II, *Obrigações e Contratos*

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 3ª edición española. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1966, Tradução: GONZALEZ, Blas Perez e ALGUER, José.

FERRARA, Francesco. *Tratatto di diritto civile italiano*. Roma: Atheneum, 1921, v. I

FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. 13ª edição, CARVALHO SANTOS, J. M. de (org.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., v. 14, 1984

GABBA, Carlo Francesco. Questioni di diritto civile. 2ª ed. Torino: UTET, 1911

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. 4ª ed., Paris: LGDJ, 2017

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1956

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VI

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Tomo I, vol. I. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1950, trad. Santiago Cunchillos y Manterola

LACERDA, Paulo M. de. *Manual do código civil brasileiro*, v. II, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1930

LALOU, Henry, Traité Practique de la responsabilité civile. Paris, 1949

LOMONACO, Giovanni. *Istituizioni di diritto civile italiano*. Milano: Giuffrè, 1894, v. III

MALUF, Carlos Alberto Dabus e MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1995, 8ª ed.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal constitucional federal alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2018, vols. I e II

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed, São Paulo: Saraiva, 2016

MENEZES CORDEIRO. *Teoria geral do direito civil*. Lisboa: Associação Académica da Fac. de Direito de Lisboa, v. 1, 1994

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 9ª edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, v. secondo

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus e SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. 39ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código civil comentado e anotado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

ORGAZ, Alfredo. *Derecho civil argentino – Personas individuales*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1999

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, Tomos I, II,VII e XXVI

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. V. 4. Responsabilidade civil*. 32ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

_____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 13ª edizione, Padova: CEDAM, 1962

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – parte geral*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, v. 1, 2009

VON TUHR, Andrea. Tratado de las obligaciones. Madrid: Reus, 1934

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1989, v. 2

ZEA, Arturo Valencia. *Derecho civil*. Bogotá: Ed. Themis, 1973

OBRAS MONOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidade civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996

ARAMENDIA, José Pedro. *A reparação do dano moral na doutrina e no código civil uruguaio*. RF 105:38

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

ARENHART, Sérgio Luiz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999

ASSIS NETO, S. J. *Dano moral – aspectos jurídicos*. São Paulo: Bestbook, 1998

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed, São Paulo: Malheiros, 2015

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2011,

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 2nd ed., 2005

BARROSO, Luiz Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed, Rio de janeiro: Renovar, 2008

BENUCCI, Edoardo. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1955

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª ed, atualizada por Eduardo C. Bianca Bittar. São Paulo: Forense Universitária, 2006

_____. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

BITTAR, Eduardo C. Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11ª ed., Rio de Janerio: Editora Campus, 1992. Trad. Carlos Nelson Coutinho

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra. Uma nova abordagem no direito brasileiro*. Joinville: Bildung, 2010

BRASIL, Avio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1944

BREBBIA, Roberto H.. *El daño moral*. Buenos Aires: Bibliografia Argentina, 1950

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Coimbra: Almedina, 1995

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. e GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2015

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

CARETTI, Paolo. *Diritto dell'informazione e della comunicazione – Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*. 5ª edizione. Bologna: Il Mulino, 2013

CARNEIRO, Maria Francisca. *Pesquisa jurídica – metodologia da aprendizagem, aspectos, questões e aproximações*. 7ª ed., Curitiba: Juruá, 2011

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *A defesa da honra e o direito à informação*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002

CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. Biblioteca de estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. 6ª ed. revista e atualizada, Curitiba: Juruá, 2015

CASSANO, Giuseppe (org.) et. alt.. *Il danno ala persona*. Milano: Giuffrè, 2016

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007

CENDON, Paolo. *I danni non patrimonial oggi*. Milano: Key Editore, 2015

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

CHIRONI, Gian Pietro. *La colpa nel diritto civile odierno – Colpa extra-contrattuale*, 2ª ed., 2 vol. Torino: UTET, 1903

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires-Córdoba: Ed. Lerner, 1974

_____. *El daño moral y la persona jurídica. in Derecho de daños*. *Primera parte*. Buenos Aires: La Rocca, 1996

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986

DE CUPIS, Adriano. *Il danno*. Milanno: Giuffrè, 1946

_____. *I diritti della personalità*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987

DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli. *La riparazione dei danni ala persona*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: RT, 1980

DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ESTEVES, Paulo (org.). *Dano moral – observações sobre a ação de responsabilidade civil por danos morais decorrentes do abuso da liberdade de imprensa*. São Paulo: Fisco e Contribuinte, 1999

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil – sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015

FISCHER, Hans A.. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid: Libreria General de Victoriano Suarez, 1928, Tradução espanhola por W. Roces

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução de Gustavo Birembojm e Caio Mario da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

FLORIAN, Eugenio. *L'ingiuria e la diffamazione*. Torino: UTET, 1939

FRUET, Gustavo Bonato. *Direito à informação: limites entre informação, comunicação e democracia*. São Paulo: Atlas. 2012

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. *Liberdade de imprensa e a mediação estatal*. São Paulo: Atlas, 2015

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015

GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2013

GONZÁLEZ, Matilde Zavala. *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993, vol. 2c

GROGNET, Diego Ortiz. *La injuria y el daño moral*. Buenos Aires: Imprenta Mercatali, 1932

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada – conflito entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Moritz. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2011

LEVENEUR, Laurent. *Réforme du droit des contrats, du régime general et de la preuve des obligations*. Paris: LexisNexis, 2018

LIRA, Rafael de Souza. *Mídia sensacionalista – o segredo de justiça como regra*. Rio de Janeiro: Forense, 2014

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético (responsabilidade civil)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano moral, dano material e reparação*. 3ª ed, Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997

MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

_____. *Erro médico e o judiciário: teoria e prática da responsabilidade civil médica e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Academia Olímpia, 2015

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral – Problemática do cabimento à fixação do quantum.* 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida. Um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo: LTr, 2009

_____, *Personalidade jurídica dos grandes primatas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*. 3za ed., Milano: Soc. Editrice, 1917

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

MONTEL, Alberto. *Problemi della responsabilità e del danno*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1952

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed. revista, Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2017

MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. *A pessoa jurídica consumidora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto; CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: saraiva, 1999

_____. *Manual da monografia jurídica*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Manual da monografia jurídica*. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2013

ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible (actos ilícitos)*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1952

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes, Bauru: EDUSC, 2005

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil.* 3ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1992

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito publico brazileiro e analyse da constituição do imperio*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857

PIZARRO, Ramon Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1991

POTIGUAR, Alex. Liberdade de expressão e o discurso de ódio – A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença. Brasília: Ed. Consulex, 2012

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998

RIGAMONTE, Paulo Arthur Germano; SILVEIRA, Daniel Barile da. *Liberdade de expressão e humor*. Curitiba: Juruá, 2018

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937. Tradução da 3ª ed. francesa por Osório de Oliveira

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, Trad.: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda

_____, *Il mondo nella rete – Quali i diritti, quali i vincoli*. Roma: Editori Laterza, 2014

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação. Limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá Editora, 2009

SAINT-PAU, Jean-Christophe (org.) *et. alt. Droits de la personnalité*. Paris: LexisNexis, 2013

SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1943

SANTINI, José Raffaelli. *Dano moral – doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: Led, 1997

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 6ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2003

SCALISI, Antonino. *Il diritto alla riservatezza. Il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*. Milano: Giuffrè Editore, 2002

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014,

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2015

_____. KONDER, Carlos Nelson (orgs.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016

SELLA, Mauro. *La responsabilità civile – I danni morali*. Torino: UTET GIURIDICA, 2013, in Il diritto italiano nella giurisprudenza, CENDON, Paolo (org.)

SERRANO JUNIOR, Odoné. *Introdução à contemporânea teoria dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955

_____. *O dano moral e sua reparação*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1969,

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral.* 6ª ed., São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2009

VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. São Paulo: EV Editora, 1997

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. *Reparação do dano moral – controvérsias e perspectivas*. 3ª ed, Porto Alegre: Síntese, 1998

VENTURINI, Beatriz. *El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado*. 2ª edicion corregida, actualizada y ampliada, Montevideo: FCU, 1992

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*. 4ª ed., Paris: LGDJ, 2013

_____. *Les effets de la responsabilité*. 4ª ed., Paris: LGDJ, 2017

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 6ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1997

CAPÍTULOS DE LIVROS

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos da personalidade: o art. 20 do c.c. e a biografia das pessoas notórias*, in CASSETARI, Cristiano (org.). 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002. Estudos em homenagem ao prof. Carlos Alberto Dabos Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. *Da responsabilidade civil no código de 2002: aspectos fundamentais. Tendências do direito contemporâneo*, in TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao prof. Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

DEDA, Artur Oscar Oliveira. *Dano moral (reparação). in Enciclopédia Saraiva do direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, v. 22

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. v. 14, 11ª ed., CARVALHO SANTOS, J.M. (coord.), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade I, in Enciclopédia Saraiva do direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 28

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Responsabilidade civil: indenização por equidade no novo código civil. in Ensaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade.* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (orgs.). Porto Alegre: Magister, 2007

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. CASSETARI, Christiano (coord.). *Alguns apontamentos sobre o dano moral, sua configuração e o arbitramento da indenização. in 10 anos de vigência do código civil de 2002 – estudos em homenagem ao prof. Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013

LOPEZ, Teresa Ancona. *Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo, in* AZEVEDO, Antonio Junqueira *et. alt*. (orgs.). *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas. Homenagem a Tulio Ascarelli.* São Paulo: Quartier Latin, 2008

MATOS, Eneas de Oliverira. *Direito à integridade física e direito à saúde nas relações entre particulares*, *in* MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira. Florianópolis: Conceito Editorial, v. 1, p. 189-211, 2008

_____. *Considerações sobre os danos morais reflexos no caso de ofensa à integridade física de terceiro e sua reparação na jurisprudência brasileira*, *in* CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; SMANIO, Gianpaolo Poggio (org.). 60 desafios do direito – direito na sociedade contemporânea. São Paulo: Atlas, v. 1, 2013

MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade – II, in Enciclopédia Saraiva do direito*, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), v. 28, São Paulo: Saraiva, 1977

MAZUR, Maurizio. *A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais*, *in* MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, p. 25-64, 2002

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato. *Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado*, *in Direitos da personalidade*. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). São Paulo: Ed. Atlas. 2012.

MORAES, Walter. *Direito da Personalidade, in Enciclopédia saraiva do direito*, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), São Paulo: Saraiva, 1977, v. 26

MORATO, Antonio Carlos; DE CICCO, Maria Cristina. *Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (orgs.), São Paulo: LiberArs, 2015, pp. 77-102

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Manual do código civil brasileiro. Do direito das obrigações*. LACERDA, Paulo de (coord.). Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Do príncipe Bismarck à princesa Caroline de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no direito civil*, *in* CASSETARI, Christiano (org.). *10 anos de vigência do c.c. de 2002. Estudos em homenagem ao prof. Carlos Alberto Dabos Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013

SIDOU, J. M. Othon. *Personalidade II*, *in Enciclopédia Saraiva do direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.) São Paulo: Saraiva, 1977, v. 58

SILVA, Wilson Melo da. *Dano moral, in Enciclopédia Saraiva do direito*, São Paulo: Saraiva, 1977, FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), v. 22

VERCELLONE, Paolo. *Diritti della personalità, in Novissimo digesto italiano*. 3ª edizione, Torino: UTET, 1957, v. XII

ARTIGOS

ARAMENDIA, José Pedro. *A reparação do dano moral na doutrina e no código civil uruguaio*, Revista Forense 105:38, out-dez 1946

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, *in* RTDC, ano 2, vol 9, jan/mar 2002

BARRETO, Wanderley de Paula. *Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea*, *in* Revista Trimestral de Direito Civil, v. 41, p. 135-159, 2010

BARROSO, Luiz Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada ao código civil e da lei de imprensa, in* Revista Trimestral de Direito Civil, v. 10. Rio de Janeiro: Padma, 2003

BOYLE, Kevin. *Hate speech. The United States versus the rest of the world?* Maine, Maine Law Review, v. 53:2, 2001

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Biografias não autorizadas: liberdade de expressão, outros direitos de personalidade e direito do autor*, *in* Cadernos de Pós-graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v. 30, 2014

_____. *Liberdade de expressão: direitos da personalidade e as biografias não autorizadas*, *in* Revista Brasileira de Direito Comparado, v. 44/45, 2014

DE MATTIA, Fábio Maria. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, *in* Revista Forense, São Paulo, v. 262, n. 898/900, abr/jun. 1978

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Os direitos da personalidade e a liberdade de expressão*, *in* Revista Forense. Rio de Janeiro. v. 98, n. 363, p. 29-37, set/out 2002

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, v. 1. nº 1, out/dez 1992

FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito civil como direito constitucional*. São Paulo:RT. Revista de Direito Civil, RDCiv 54/189, out-dez/1990

_____. *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*, *in* Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 72, n. 567, p. 9-16, jan/1983

GRASSI, Aldo. *Il concetto di danno punitivo*, *in* Tagete, VI, fasc. 1, março de 2000

LIMA, Zulmira Pires de. *Responsabilidade civil por danos morais*. RF 83:219

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*, in RTDC, v. 6, abr-jun/2001

MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais. Liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*, *in* Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 31, n. 122, p. 297-302, abr/jun, 1994

MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. São Paulo: RT 443/64, set/1972

MORATO, Antonio Carlos. *Quadro geral dos direitos da personalidade*. *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, jan/dez 2011/2012

SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas*. São Paulo: RT 657/25, jul/1990

TESES E DISSERTAÇÕES

FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. Tese de Doutorado sob orientação do Professor Doutor Calixto Salomão Filho, defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação de Mestrado sob orientação do Professor Titular Doutor Antônio Junqueira de Azevedo, defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009

JABUR, Gilberto Haddad. *Efeitos jurídicos da ameaça ou lesão a direitos personalíssimos por fato de comunicação social*. Tese de Doutorado sob orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz, defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2005

LÉCUYER, Guillaume. Liberté d'expression et responsabilité – Étude de droit privé. Thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris: présentée et soutenue publiquement le 4 octobre 2004.

TEXTOS EM MEIO ELETRÔNICO

GALLO, Paolo. Punitive damages in Italy? Disponível em http://www.jus.unitn.it/cardozo. Acessado em 26/09/2017

GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Brevi note in tema di "danni punitivi"*. 2008. Disponível em http://www.studiosirottigaudenzi.it acessado em 25/09/2017

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *O conceito de dano moral nas relações de trabalho*. Civilistica.com. Rio de Janeiro: a.3, n.1, jan-jun/2014. Disponível em http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/ acessado em 10.08.2017

MUSY, A. M., Il mobbing ed il danno esistenziale: profili comparatistici, Atti del Convegno A.G.A.N. – 6 dicembre, 2000 http://www.agatavvocati.it/doc/Conferenza_mobbing_Novara.doc; acessado em 26/09/2017

STRECK, Lênio Luiz. *Os presos da "lava jato", os índios, o voyeurismo e a atriz global – subtese: "voyerar" presos é o mesmo que fazer selfie em velório*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2017-mar-16/senso-incomum-presos-lava-jato-indios-voyeurismo-atriz-global acessado em 20 de agosto de 2018