

A APLICABILIDADE DO DANO MORAL POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À IMAGEM E À HONRA: UM ESTUDO DE CASO NA COMARCA DE LAJEADO/RS

Josiane Paula da Luz¹ e Beatris Francisca Chemin²

RESUMO: O artigo tem como tema a aplicabilidade do dano moral por lesão ao direito à imagem e à honra na Comarca de Lajeado/RS, utilizando-se de um estudo de caso. Inicialmente será feito levantamento histórico sobre os direitos de personalidade, utilizando-se especialmente o Código Civil de 2002, a Lei de Imprensa e a jurisprudência. Analisar-se-á o começo e o fim da personalidade e o conceito de direitos de personalidade. Em seguida, investigar-se-á sobre o direito à imagem e à honra, seguindo com a evolução do dano moral, sua conceituação e classificação e também a relação entre o dano moral e o direito à imagem e à honra. Por fim, será analisado um estudo de caso da Comarca de Lajeado/RS envolvendo um processo-tipo de dano moral e violação do direito à imagem e à honra, em que se fará o estudo da decisão de primeiro grau, do recurso de apelação cível e também do recurso especial sobre o mesmo fato, comparando-se os fundamentos decisórios judiciais com a fundamentação doutrinária, legal e jurisprudencial pesquisada sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos de personalidade. Direito à imagem e à honra. Dano moral.

THE APPLICABILITY OF THE MORAL DAMAGE FOR VIOLATION TO THE IMAGE AND OF THE HONOR: A CASE STUDY IN THE DISTRICT OF LAJEADO, RS

ABSTRACT: The present article is based on a case study about the applicability of the moral damage to the right of the image and honor in the District of Lajeado, RS. Firstly, a historical survey is carried out about the rights of personality, based on the Civil Code of 2002, the Press Law and jurisprudence. An analysis about the beginning and the end of the personality as well as the concept of the rights of personality is done. The right to the image and to the honor is investigated, following with the evolution of the moral damage, its definition and classification,

¹ Josiane Paula da Luz é formanda do Curso de Direito do Centro Universitário UNIVATES, Lajeado/RS, e professora da rede estadual de ensino em Santa Clara do Sul/RS. O artigo é baseado em pesquisa, sua monografia de conclusão de curso. josi@msbnet.com.br

² Beatris Francisca Chemin foi orientadora da monografia de Josiane; é professora e coordenadora adjunta do Curso de Direito da Univates, Lajeado/RS; especialista em Letras e em Direito Civil; mestre em Direito; advogada. bchemin@univates.br

the relationship between the moral damage and the right to the image and to the honor. Finally, a case study of the District of Lajeado is analyzed involving a process-type of moral damage and violation of the right to the image and to the honor, in which a study of first degree decision, of the recourse of civil appeal as well as of the special recourse about the same fact is developed comparing the judicial decisions foundations with the legal and jurisprudential doctrine base on the same subject.

KEY WORDS: Personality rights; Right to the image and to the honor; Moral damage.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos de personalidade, segundo doutrina majoritária, são prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de forma permanente, não sendo, em regra, passíveis de avaliação econômica. Dada a importância desses direitos, necessitam de uma tutela jurídica firme e eficaz, não só do ordenamento jurídico em geral, mas também da doutrina e da jurisprudência, para o caso de serem feridos, causando dano ao seu titular.

Nesse sentido, a proteção contra o dano moral, a partir da Constituição Federal de 1988 (CF), tornou-se efetiva no campo jurídico como norma geral. No caso do dano decorrente de violação do direito à imagem e à honra, a pessoa fica exposta a toda a sociedade, o que pode lhe causar inestimável constrangimento.

A proteção contra o dano moral é utilizada nos casos de violação do direito à dignidade humana, e hoje não mais se restringe apenas a situações de dor, tristeza, sofrimento, mas estende sua tutela a todos os bens personalíssimos, incluídos aqui o direito à imagem e à honra da pessoa. Assim, o presente artigo tem como tema a aplicabilidade do dano moral por lesão ao direito à imagem e à honra na Comarca de Lajeado/RS, utilizando-se de um estudo de caso.

Como problema, quer-se saber em que medida vem sendo utilizada a aplicação do dano moral em relação aos direitos de personalidade, especificamente nos casos de lesão ao direito à imagem e à honra.

Assim, buscar-se-á realizar um resgate histórico sobre os direitos de personalidade, ressaltando as primeiras notícias sobre o tema, utilizando-se especialmente o Código Civil de 2002 (CC), a Lei de Imprensa e a jurisprudência. Igualmente, analisar-se-á o começo e o fim da personalidade e o conceito de direitos de personalidade. Em seguida, investigar-se-á sobre o direito à imagem e à honra, seguindo com a evolução histórica do dano moral, sua conceituação e classificação e também a relação entre o dano moral e o direito à imagem e à honra. Por fim, como recorte empírico, será analisado um estudo de caso da Comarca de Lajeado/RS envolvendo dano moral e violação do direito à imagem e à honra, em que se fará o estudo da decisão de primeiro grau, do recurso de apelação cível e também do recurso especial sobre o mesmo fato, comparando-se os fundamentos decisórios judiciais com a fundamentação doutrinária, legal e

jurisprudencial pesquisada sobre o assunto. O estudo de caso será baseado em um processo-tipo, visto que existiam, nos últimos seis anos (1999-2005), somente três com sentença transitada em julgado envolvendo o tema nas duas Varas Cíveis da Comarca local, sendo este o único que tramitou por mais de uma instância de julgamento, revelando-se, portanto, o mais completo para uma análise.

2 DIREITOS DE PERSONALIDADE

2.1 Evolução histórica

Alguns preceitos individuais, que nascem com a pessoa humana, foram, ao longo dos anos, sendo reconhecidos pela doutrina e pelo ordenamento jurídico. Dentre eles, destacam-se os direitos de personalidade:

A concepção dos direitos de personalidade apóia-se na idéia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade (Gonçalves, 2003, v. 1, p. 153).

Vislumbra-se aqui o que também deve ser protegido, que são os direitos da personalidade, que compreendem, entre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem, à honra. Para Gagliano e Pamplona Filho (2002, v. 1, p. 143), "o homem não deve ser protegido somente em seu patrimônio, mas, principalmente, em sua essência". Conceituam esses autores o direito de personalidade como "aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais" (p. 144), os quais têm tido uma evolução lenta, mas mais significativa nos últimos anos, como se verá a seguir.

2.1.1 Primeiras notícias

Conforme retrata Gonçalves (2003), embora desde a antigüidade já houvesse preocupação com os direitos humanos, o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, como reflexo da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, das Nações Unidas de 1948, bem como da Convenção Européia de 1950.

O CC de 1916 não tratava sobre a matéria, apenas se referia ao direito de imagem, no art. 666, X, e preservava o direito de correspondência, no art. 671, § único³.

Para Bittar (1999), diferentes diplomas legais foram se preocupando com direitos da pessoa, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13/07/90); o Decreto n.º 24.559, de 03/07/34, para a proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas; a Lei n.º 3.133, de 29/12/92, sobre investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento; a Lei n.º 9.610, de 19/02/98, que regula os direitos autorais; a Lei n.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, conhecida como Lei de Imprensa, dentre outros. Para fins deste artigo, dar-se-á destaque ao exposto sobre a matéria na CF, CC de 2002, passeando pela Lei de Imprensa, doutrina e jurisprudência.

2.1.2 Constituição Federal

A CF de 1988 trouxe de maneira clara a contemplação dos direitos de personalidade, em seu título "Dos direitos e garantias fundamentais" (art. 5º), quando se destaca, dentre outros importantes⁴, o inciso X, que diz que "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".

Aqui analisa-se brevemente cada um dos direitos ali expressos:

a) **Intimidade:** toda pessoa tem o direito de ficar só (Benasse, 2003), o que, muitas vezes, é fundamental para o ser humano, além de ser fruto de sua vontade. Nesse sentido, ter a intimidade resguardada parece algo imprescindível.

³ CC, "Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor: X – a reprodução de retrato ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto. [...] Art. 671. Parágrafo único. As cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão dos seus autores ou de quem os represente, mas podem ser juntadas como documento em autos judiciais."

⁴ Na CF, também destaca-se o inciso V do art. 5º, que protege os direitos de personalidade em discussão e prevê ainda a indenização a ser paga por quem violar tais direitos: "É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;". Também dá-se proteção no art. 37, § 6º, que contempla esses direitos e reparação em relação às pessoas jurídicas: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa", dentre outros.

A jurisprudência manifesta-se nesse sentido, inclusive já prevenindo indenização decorrente desta violação, como se vê na decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VIOLAÇÃO. DIREITOS DA PERSONALIDADE. INTIMIDADE. VEICULAÇÃO. LISTA TELEFÔNICA. ANÚNCIO COMERCIAL EQUIVOCADO. SERVIÇOS DE MASSAGEM. A conduta da prestadora de serviços telefônicos caracterizada pela veiculação não autorizada e equivocada de anúncio comercial na seção de serviços de massagem viola a intimidade da pessoa humana ao publicar telefone e endereço residenciais. Recurso Especial nº 0045107-6. Quarta Turma. Recorrente: Anália Maria Patti Souza Varella. Recorrido: Telecomunicações de São Paulo S/A. Relator: Fernando Gonçalves. São Paulo, 16 de setembro de 2003 (Brasil, 2005).

Tem-se percebido que, com os avanços tecnológicos – câmaras digitais, monitoramento de ruas, etc. – muitas pessoas acabam por ter esse direito violado, principalmente na captação de imagens realizadas com o intuito de promover a segurança coletiva:

A complexidade da vida social e a escalada da violência, em especial nos grandes centros urbanos, têm imposto uma ação mais rigorosa por parte do Poder Público, principalmente quanto ao combate a drogas e a assaltos. Desenvolve-se, mesmo à luz do dia, cenas de inusitada agressividade, em ação policial intensa, onde as informações têm sido obtidas mediante a captação de dados por métodos sofisticados [...]. Entende a doutrina que, diante dos fins visados, é possível a ação interceptora, sacrificando-se os direitos individuais em prol do bem comum. Mas o perigo desses avanços pode conduzir a um domínio tecnológico do ser pelo aparato estatal, com conseqüências sociais e políticas imprevisíveis. Daí porque somos contrários a esse uso [...] (Bittar, 1999, p. 112-113).

Percebe-se que, ao mesmo tempo em que se tem o direito à intimidade, pode-se tê-la invadida quando se trata de algumas ações praticadas pelo Poder Público para conter a violência, conforme mostra Bittar (1999) acima. O debate acerca desse tema parece estar iniciando e não se esgota aqui⁵.

O direito à vida privada, consagrado também no texto constitucional em debate, parece confundir-se com o direito à intimidade:

⁵ Pode-se notar a instalação crescente de câmaras de monitoramento, inclusive em cidades como Lajeado/RS, para que se contenha a criminalidade e as infrações de trânsito: "A partir de segunda-feira, 28 quadras da cidade serão vigiadas por quatro câmaras de vídeo da prefeitura. O sistema, com o objetivo de oferecer maior segurança à população, funcionará em caráter experimental por três semanas. Será um período de testes e treinamento do pessoal que vai monitorar as imagens" (Weschenfelder, 2005, p. 11).

Ao assegurar o direito à intimidade, a norma constitucional aproxima-se ao direito à vida privada (art. 5º, X). Este direito oferece caráter dúplice: o direito de estar só, de não se comunicar; e simultaneamente de não ser molestado por outrem, como também pela autoridade pública, salvo quando um imperativo de ordem pública venha a determiná-lo (Pereira, 2004, p. 259).

A intimidade é, pois, algo extremamente importante na vida de uma pessoa, devendo o sistema jurídico protegê-la. Para Diniz (2004, v. 1, p. 132), "a intimidade é a zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa", o que reforça a importância do tema.

b) **Honra**: a honra é um dos mais significativos direitos de personalidade, acompanhando o indivíduo desde o nascimento até depois da sua morte (Gagliano; Pamplona Filho, v. 1, 2002).

A honra das pessoas está protegida na CF e no CC e recebe respaldo também na esfera penal, com os delitos próprios: calúnia, injúria e difamação. No Código Penal (CP), Capítulo V, estão descritos os crimes contra a honra e, nos artigos 138 a 140⁶, suas respectivas penas.

Assim, calúnia ocorre quando a alguém é imputado fato qualificado como crime e caracteriza-se pela falsidade da imputação; a difamação acontece quando se tratar de um fato que constitui motivo de reprovação ético-social, não importando se é verdadeira a informação, e na injúria há um fato propagado que representa menosprezo ou insulto a outra pessoa, devendo o fato ser percebido pelo atingido (Bittar, 1999).

A honra da pessoa também está protegida na Lei de Imprensa (Lei 5.250/67). Os crimes estão elencados nos artigos 20, 21 e 22, Capítulo III, que tratam "Dos abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação" e prevêm penas para a prática de calúnia, injúria e difamação, como se pode exemplificar com caso de repercussão na imprensa nacional⁷.

⁶ CP, "Art. 138 – Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena: detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa".

⁷ "O apresentador de televisão Jorge Kajuru compareceu, na manhã de ontem, à 12ª Vara Criminal de Goiânia (GO), onde recebeu ciência formal do trânsito em julgado da sentença de sua prisão em regime aberto. [...] A condenação foi por crime de difamação. A ação penal foi movida pelo presidente da Organização Jaime Câmara, Jaime Câmara Junior. A empresa é braço direito das Organizações Globo, em Goiânia. Quando tinha a Rádio K do Brasil, naquela cidade, Kajuru fez sérias críticas ao grupo OJC. Numa delas, Kajuru denunciou o que chamou de "tipo de relação cala a boca de governantes com a imprensa, onde o dinheiro público é gasto para grandes complexos de comunicação fecharem seus olhos e deixarem um político corrupto se perpetuar no poder". A sentença foi proferida em 23 de junho de 2003. A condenação foi confirmada pelo TJ-GO. Houve interposição de recurso especial, cujo trânsito não foi admitido.

Há de se observar que, com o avanço da tecnologia, tem-se a honra ferida também pela internet, um meio de comunicação que facilita muito a vida das pessoas, mas que pode gerar ilícitos como o de enxovalhar a honra de um indivíduo. Para Santos (2001b), a internet investiga a intimidade e pode ferir a honra das pessoas, como as responsáveis por outros meios de informação jamais imaginaram. A interação entre indivíduos faz desse meio um local propício para o cometimento dos mais variados agravos à honra.

Pela facilidade que a internet proporciona, não é difícil imaginar que uma pessoa pode ter sua honra exposta amplamente de forma equivocada, tendo como agravante o fato de ser de difícil identificação o causador do dano: ela não é pessoa jurídica, não tem conselho fiscal de administração, não existe juridicamente. É apenas um conjunto de computadores conectados por telefone ou por um cabo que utiliza linguagem comum para o envio e recebimento de informações (Santos, 2001b).

A jurisprudência está conseguindo proteger a honra, nos casos em que é possível identificar o causador do dano:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. UTILIZAÇÃO DESAUTORIZADA E INADEQUADA DE IMAGEM. ALTERAÇÃO DA IMAGEM. USO VEXATÓRIO, OFENSIVO À REPUTAÇÃO [...]. Hipótese em que a imagem, confiada a uma empresa gráfica, por primeiro foi modificada, transportando-se o rosto da autora para um corpo desnudo e posteriormente foi disponibilizada num site da Internet. Tudo isto, obviamente, sem a autorização e o conhecimento da dona da imagem. Inegável a ofensa à honra. Apelação Cível nº.70006826945. 9ª Câmara Cível. Apelante/Apelado: Livraria e Bazar Pampel Ltda, Rafael Quevedo Ottoni e Caroline Zanotelli. Porto Alegre, 14 de abril de 2004. (Rio Grande do Sul, 2005a, grifo nosso).

c) **Imagem**: a imagem trata da expressão sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica (Gagliano; Pamplona Filho, 2002), não só na Constituição Federal, mas também no Código Civil, como se vê no art. 20, que fala da possibilidade de proibição da divulgação de escritos, transmissão da palavra, publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa, quando atingida a sua honra.

Esse direito também está tutelado na Lei de Imprensa, nos artigos 1º e 49. Apesar de essa lei dar muitas garantias de liberdade para a imprensa, ela igualmente impõe limites. O art. 1º apresenta que a manifestação do pensamento é livre e que todas as informações ou idéias podem ser difundidas por qualquer meio, mas que cada pessoa responderá pelos abusos que cometer.

Os advogados do jornalista perderam o prazo para entrar com o recurso de agravo de instrumento, o que determinou o trânsito em julgado da condenação [...]". (Disponível em: <<http://www.espaçovital.com.br>>. Acesso em: 30 abr. 2005).

No art. 49 o legislador define a responsabilidade daquele que violar direito de outro, baseando-se na liberdade de manifestação de pensamento: fica obrigado a reparar os danos morais e materiais, independente se agiu com dolo ou culpa.

Então, conforme Caldas (1997), se qualquer direito ou garantia ficar comprometido no seu exercício, para atingir a dignidade humana, obviamente que o próprio sistema deve oferecer, como efetivamente oferece, a terapêutica jurídica necessária à sanção do mal causado.

Faz pouco tempo, pôde-se observar um exemplo de projeção na mídia nacional, o do compositor e cantor Chico Buarque, de como as pessoas, especialmente as consideradas públicas, têm sua imagem, às vezes, utilizada contra a sua vontade, violando-se, conseqüentemente, a sua intimidade:

Veja-se, para ilustrar, o recente episódio das fotografias de um afogueado encontro, em certa praia carioca, do compositor Chico Buarque com alguém a quem, sob licença poética, qualificou de 'amiga'. [...] De mais a mais, e para agravar, no caso o relacionamento envolvia uma terceira, senhora anônima e não notória, casada até, relativamente a quem os direitos à privacidade e à imagem eram absolutos (Ferreira, 2005).

O autor ainda argumenta que a moça que aparece nas fotografias com Chico Buarque não poderia ter sua imagem divulgada, visto que é uma cidadã normal, já as pessoas famosas estão mais expostas e sabem que podem ter sua imagem tornada pública com mais freqüência.

Defende Ferreira (2005) que o fator excludente da ilicitude e que ocasiona a exposição da vida privada é o interesse público na divulgação, não a mera curiosidade popular, embora às vezes possam coincidir o interesse e a bisbilhotice. Reforça também que, para que seja lícita a divulgação, é necessário que haja o nexos causal entre a função desempenhada e a pertinência funcional do sigilo afrontado. Atendidos esses requisitos, o órgão de imprensa não apenas podia, mas devia propagar a ocorrência íntima. Para finalizar sua contribuição, o autor refere que existe um conflito permanente entre o direito de informar e a inviolabilidade da vida privada, e que o desafio juristas é harmonizar esses dois direitos.

2.1.3 Código Civil

É com o advento do CC de 2002 que os direitos de personalidade se formalizam na esfera civil, atendendo orientação constitucional, com um capítulo especial (arts. 11 a 21). O tratamento dado a eles no Código é considerado por Gagliano e Pamplona Filho (2002) uma grande inovação, cuja previsão legal dignifica o homem.

O CC traz, no *caput* do art. 12⁸, os principais meios de proteção aos direitos descritos no capítulo II, as medidas cautelares que as pessoas podem utilizar se se sentirem lesadas e a reclamação por perdas e danos, que será discutida oportunamente, qual seja, o dano moral e até danos patrimoniais:

Os direitos de personalidade destinam-se a resguardar a dignidade humana, mediante sanções, que devem ser suscitadas pelo ofendido (lesado direto). Essa sanção deve ser feita através de medidas cautelares que suspendam os atos que ameacem ou desrespeitem a integridade físico-psíquica, intelectual e moral, movendo-se, em seguida, uma ação que irá declarar ou negar a existência da lesão, que poderá ser cumulada com ação ordinária de perdas e danos a fim de ressarcir danos morais e patrimoniais (Diniz, 2003, p. 29).

No capítulo previsto para a proteção aos direitos de personalidade, destacam-se a proteção à honra do morto, ao nome, ao corpo, à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à publicação, à exposição ou à utilização da imagem das pessoas e a proteção à vida privada.

O direito ao corpo tem sido objeto de discussão na doutrina conforme proteção do art. 13 do CC⁹. Para Bittar (1999, p. 79), é necessário que se obedeça à vontade da pessoa quanto à disposição do seu corpo, mas não perdendo de vista a preservação da unidade. Segundo o autor, existem limites que devem ser respeitados, como o direito à vida e à integridade física, observando-se que um direito limita o outro. "Daí, não se permite disposição que redunde em inviabilização de vida ou saúde, ou importe em deformação permanente, ou, ainda, que atente contra os princípios norteadores da vida em sociedade".

⁸ CC, "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direitos de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."

⁹ CC, "Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial".

Sobre a disposição do corpo, tem-se o art. 14 do CC¹⁰, no qual se observa o princípio do consenso afirmativo, em que, segundo Diniz (2003), fica visível que a pessoa capaz deve manifestar sua vontade de dispor gratuitamente de seu corpo, total ou parcialmente, para depois de sua morte, com fins científicos ou terapêuticos. De qualquer forma, sabe-se que, por força de lei específica de doação de órgãos (Lei nº 9.434/97), ainda assim a família do doador será consultada sobre a doação.

Outro direito de personalidade que está protegido no CC, em seu art. 16, é o direito ao nome: "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome". Qualquer pessoa tem direito de usar o nome, pessoal e familiar, que lhe pertence de acordo com a lei. Constitui atentado ao nome alheio o uso que dele se faça em jornais, publicações e conferências se ultrapassar os limites e constituir um abuso prejudicial à reputação do ofendido (Benasse, 2003). Para Diniz (2003, p. 33), "o nome integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade". Segundo a autora, os elementos constitutivos do nome são o prenome, próprio da pessoa, e o sobrenome ou patronímico, que indica a sua procedência.

Esclarece-se que o elenco dos direitos de personalidade não se esgota aqui, pois sob esta perspectiva agrega-se à teoria civilista um número cada vez maior de direitos subjetivos. Na verdade, segundo Coelho (2003), os direitos de personalidade são um catálogo de faculdades jurídicas cuja extensão varia de acordo com o estudioso e suas preferências.

2.2 Começo e fim da personalidade

Enquanto o homem é gerado, o que existe é uma expectativa de direito, que só vai se concretizar após o nascimento com vida. Afirma Benasse (2003, p. 6) que, "se ele não nasce com vida, parece-nos que não se aperfeiçoou o direito de personalidade de que era detentor, e, enquanto que vivo biologicamente, pode usufruir de sua condição de nascituro". Wald (2002, p. 118) assinala que "a proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver", acrescentando, ao concordar com os autores citados sobre o início da personalidade, que "todo indivíduo que chegou a se desvincular do corpo materno, tendo vida própria, é sujeito de direito, mesmo

¹⁰ CC, "Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo".

se vier a falecer algumas horas depois, ou se a sua constituição não for normal” (p. 118).

Fiuza (2004, p.116) confirma a idéia do início da personalidade com a vida e do fim dela com a morte:

A personalidade das pessoas naturais ou físicas começa no momento em que nascem com vida. Permanece por toda a existência da pessoa, que só a perde com a morte. Todo ser humano é pessoa, do momento em que nasce até o momento em que morre. Nunca uma pessoa poderá perder sua personalidade, a não ser que se torne escrava, o que, em nossos dias, seria inconcebível.

Para Diniz (2003), o término da personalidade jurídica acontece com a morte, deixando o indivíduo de ser sujeito de direitos e obrigações, o que é confirmado pelo CC, art. 6º. No art. 12, o Código admite a possibilidade de exigir-se que cesse ameaça de lesão, ou a lesão, ao direito da personalidade e de reclamar-se perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei e, em se tratando de morto, os parentes até o quarto grau possuem legitimação para requerer o que for necessário.

2.3 Conceituação de direitos de personalidade

No CC, a personalidade é mencionada logo no art. 1º: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Para que haja capacidade de direitos, é necessário que exista o sujeito, e, para que exista o sujeito, o CC exige apenas dois requisitos: o nascimento e a vida, afirma Ruggiero (1999).

A personalidade não é um direito, de modo que seria incorreto afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam:

A personalidade [...] é objeto de direito é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como de primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (Telles Jr. *apud* Diniz, v.1, 2004, p. 118).

Fiuza (2004, p.115) afirma que a personalidade é uma característica essencial dos sujeitos de direito e defende que existam dois entendimentos para o termo personalidade: primeiro, é um atributo jurídico conferido ao ser humano e a outros entes (pessoas jurídicas), “em virtude do qual se tornam capazes, podendo ser titulares de direitos e deveres nas relações jurídicas”; num segundo entendimento, diz que a personalidade é um valor fundamental do ordenamento jurídico e que está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessante e mutável exigência da tutela:

De qualquer forma, num primeiro momento a personalidade é invenção do Direito. Por isso dizemos que personalidade é atributo ou valor jurídico. A personalidade, em tese, não é natural. Tanto não é natural, que atribui-se personalidade a entes não humanos, a pessoas jurídicas, que podem ser meros patrimônios, como as fundações. Quanto à personalidade humana a questão é um pouco mais complexa. [...] podemos afirmar que todo ser humano é pessoa pela simples condição humana. Sendo assim, se a personalidade humana se adquire pela simples condição humana, podemos dizer que é atributo natural, inato (Fiuzza, 2004, p. 115-116).

Para Wald (2002, p. 117), todas as pessoas são capazes de ter direitos e de contrair obrigações, o que seria a capacidade de direito ou de personalidade. Mas explica o autor que nem sempre foi assim, pois os escravos não eram considerados como pessoas, não tinham personalidade. De igual modo, os estrangeiros, em algumas épocas, não eram considerados como titulares de direito. O estudioso completa: "por muito tempo, consagrou-se a identificação do estrangeiro com o inimigo e constituiu-se uma conquista gradativa, lenta, penosa e sempre ameaçada: a da igualdade entre nacionais e estrangeiros em matéria de direito civil".

Importante diferenciar a capacidade jurídica, de direito, da capacidade de agir, de exercício, sendo esta, na visão de Ruggiero (1999, p. 437), a faculdade que o sujeito tem de praticar atos jurídicos e exercer seus direitos". Explica o referido autor que, nesses casos, deve haver a representação:

Provê a esses casos o instituto da representação, em virtude da qual outrem age em nome e no interesse do sujeito incapaz, adquirindo ou transmitindo assim os seus direitos. Estão nessas condições, por exemplo, os menores não emancipados, os interditos por demência e os interditos por condenação penal, quanto aos quais a representação é feita pelos pais ou pelo tutor (Ruggiero, 1999, p. 437).

"Com a teoria dos direitos de personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica" (Miranda, 2000, t. VII, p. 30). Pontes de Miranda faz essa observação muito tempo antes de se criar um capítulo específico sobre esses direitos na legislação civil vigente. Nota-se aqui a relevância do tema em questão. Bittar (1999), antes da vigência do novo CC, também já conceituava os direitos de personalidade:

Considera-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos (Bittar, 1999, p. 1).

Assim, os direitos de personalidade "são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta" (Diniz, v.1, 2004, p. 119). A autora menciona, ainda, que, por exemplo, a vida humana é um bem anterior ao direito, devendo ser respeitada pelo ordenamento jurídico; que a vida não é uma permissão do ordenamento jurídico do Estado, nem um direito a uma pessoa sobre si mesma. Na verdade, completa ela:

[...] o direito à vida é o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos. Logo, os direitos da personalidade são direitos subjetivos '*excludendí alios*', ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial (Diniz, v.1, 2004, p.120).

Esses direitos de personalidade possuem um conjunto de características que os identificam como tais, como serem intransmissíveis, irrenunciáveis, absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios. Para Gagliano e Pamplona Filho (2002), além dessas características, ou apenas com variação de nomes para sentidos semelhantes, eles são genéricos e extrapatrimoniais.

3 DIREITO À IMAGEM E À HONRA

Os direitos de personalidade assumem um papel importante na vida das pessoas em geral, principalmente após o advento da CF de 1988 e do CC, em 2002. A doutrina majoritária, a qual Lôbo (2005) se filia, dispõe que os tipos previstos de direitos de personalidade são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade, podendo vir a surgir novos direitos de personalidade com o passar do tempo. Entretanto, no presente artigo serão analisados apenas dois direitos fundamentais: direito à imagem e à honra.

3.1 Direito à imagem

Antes de falar sobre o direito à imagem, deve-se fazer referência àquilo que originou esse direito. Observa-se que o surgimento da imprensa ocasionou a tutela em torno do tema, gerando as primeiras discussões. Para uma melhor compreensão, faz-se necessário um apanhado histórico acerca do direito à imagem e da própria imprensa.

3.1.1 Histórico

Em 1436, Gutenberg inventou os caracteres tipográficos, que possibilitou o surgimento e a evolução rápida dos impressos. Essa invenção

chegou ao Brasil no ano de 1706, em Pernambuco, conforme pesquisa realizada por Miranda (1995). De forma ampla, regulando sobre a imprensa, teve-se no Brasil, em 1822, no dia 19 de janeiro, uma Portaria baixada pelo então ministro José Bonifácio de Andrada e Silva:

Porquanto algum espírito mal-intencionado poderá interpretar a Portaria expedida em 15 do corrente pela Secretaria de Estado dos Negócios do Reino, à Junta Diretora da Tipografia Nacional e publicada na Gazeta de 17, em sentido inteiramente contrário aos liberalíssimos princípios de S.A.R., manda o Príncipe Regente, pela mesma Secretaria de Estado, declarar à referida junta, que não deve embaraçar a impressão dos escritos anônimos; pois, pelos abusos que contiverem, deve responder o autor, ainda que o seu nome não tenha sido publicado (Caldas, 1997, p. 42-43, grifo nosso).

A Constituição Republicana (1891) também regulava a imagem por meio da inviolabilidade de domicílio. Miranda (1995, p. 45) destaca o art. 72, § 2º: “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” (grifo nosso).

No ano de 1967, entra em vigor a Lei n.º 5.250, conhecida como Lei de Imprensa, que revogou a Lei de 1953. Para Miranda (1995), a lei atual (5.250), embora elaborada e aprovada em regime revolucionário, apresenta melhor técnica legislativa e mais aprimorado sistema na repressão aos abusos da imprensa, embora que ainda não consiga evitar os abusos por parte da imprensa livre.

Nas Constituições anteriores à de 1988, o direito à imagem era basicamente regulado pela proteção do domicílio, não existindo proteção maior referente ao tema. Com o advento da Carta Magna em vigor, o direito à imagem ficou protegido de forma expressa e efetiva, fazendo-se uma distinção nítida entre o direito à imagem e o direito à intimidade. O texto reza sobre esse assunto em três incisos do artigo 5º, que garante os direitos fundamentais¹¹.

¹¹ CF, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-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, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XXVIII – São assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas”.

No CC de 1916, não havia menção sobre o direito à imagem, mas atualmente essa proteção existe no artigo 20, ao falar que, salvo 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 por ela.

Aqui aparece a intenção do legislador em regular e proteger a imagem dos cidadãos de forma expressa. Gonçalves (2003) diz que esse artigo traz duas ressalvas: a primeira, permitindo o uso da imagem, se necessário; a segunda, restringindo a proibição às hipóteses de divulgação da palavra ou de a imagem atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se se destinar a fins comerciais.

Caracteriza-se violação ao direito de imagem, devendo o infrator ser civilmente responsabilizado, não só a utilização indevida da imagem (não autorizada) mas também o desvio de finalidade do uso autorizado, como, por exemplo, caso em que se permite a veiculação da imagem em *outdoor*, e o anunciante a utiliza em informes publicitários (Gagliano; Pamplona Filho, 2002).

Não se compreende, também, que a divulgação seja proibida somente quando atinja a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo, ou para fins comerciais. A divulgação é proibida sempre, salvo autorização, e o indivíduo tem o direito de coibi-la. No caso de atentar contra aqueles atributos, sujeita-se o infrator às sanções que couberem. Haverá necessidade de demonstrar a lesão, no caso de postular ao interessado uma indenização (Pereira, 2004).

Na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) existe proteção ao direito de imagem nos artigos 1º e 49, com a respectiva consequência no caso de violação¹².

Mais uma vez demonstra-se que, ao passo que é livre a manifestação de pensamento, é também imposto um limite a isso, não podendo os indivíduos agirem livremente, transpondo direitos dos seus semelhantes. Como visto, o direito à imagem deve ser protegido. A seguir, trabalha-se mais especificamente o conceito desse direito.

3.1.2 Conceito

¹² Lei de Imprensa, "Art. 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. [...] Art. 49 Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar: I – os danos morais e materiais [...]".

Para que se conceitue o direito à imagem, é necessário que se tenha claro que, assim como atualmente se conquistou a liberdade de expressão, é também imposto um limite, para que a pessoa não entre em contradição toda vez que usar indevidamente esta liberdade e ferir a liberdade de seu semelhante - sobre isso já se pensava há muito tempo:

Bem por isso dizia Thiers, quando da discussão da lei de 1849: 'Na minha opinião, e espero que na opinião de todos quantos me escutam, é uma verdade incontestada e incontestável, que não pode haver liberdade ilimitada. A liberdade ilimitada...é a sociedade bárbara'.[...] e Chassan (1851) assinalava:[...] 'de resto, a liberdade ilimitada da palavra e da imprensa, isto é, a autorização de tudo dizer e tudo publicar, sem expor-se a uma repressão ou a uma responsabilidade qualquer, é, não uma utopia, porém, uma absurdidade que não pode existir na legislação de nenhum povo civilizado'(Miranda, 1995, p. 60).

Também se discute a questão atualmente, quando se compartilha com a idéia de Miranda (1995) de ser um desafio equilibrar o direito à imagem com o direito à informação:

[...] A matéria envolve uma grande polêmica, exatamente por encerrar um gritante antagonismo entre dois direitos, a saber: o direito de todo e qualquer cidadão a preservar sua imagem, sua intimidade, e o direito que tem a imprensa de informar, vale dizer, de levar ao grande público toda e qualquer informação interessante de que disponha (Habib, 2002, p. 14).

Deve-se levar em conta que, para algumas pessoas, a preservação de sua imagem é algo extremamente importante, tanto para a sua vida pessoal como para a vida profissional, e uma lesão nesta imagem, por menor que seja, pode gerar danos irreversíveis àquela pessoa. Estes danos podem ser de ordem pessoal (subjetivos) como também no plano material.

A jurisprudência auxilia na definição do direito à imagem:

O direito ao uso da própria imagem se integra na personalidade da própria pessoa. Direito de não querer qualquer pessoa que se lhe divulgue a imagem, visando proveito, ou mesmo que da divulgação não se tire proveito. Pode o dono da imagem reclamar a reparação pelo uso não autorizado da mesma, sobretudo se a utilização objetivou fins comerciais. [...]. Ação Indenizatória. Apelação Cível nº890200750-2. Apelante: Departamento Nacional de Estradas e Rodagem – Dnaer. Apelado: Iara Dias de Campos Goes. Relator: Celso Passos. Rio de Janeiro. 11 dez. 1991 (Santini, 2002, p. 246).

O direito à imagem, para Lôbo (*apud* Leite, 2002), possui dois elementos: o moral e o patrimonial. O primeiro oportuniza indenização pela exposição que cause vexame, ridicularize, ou mesmo seja ofensiva ao indivíduo

cuja imagem foi indevidamente utilizada; o segundo dá pretexto a um pagamento pelo uso indevido da imagem, ou seja, prestação pecuniária:

O direito à imagem é um direito a retrato, cuja exposição não autorizada é repelida. Como já foi ponderado, poderá haver danos materiais, mas sempre há dano moral, para tanto bastando a revelação ou a publicação não autorizadas. Quando a divulgação ou exposição do retrato, filme ou assemelhado danifica a reputação da pessoa efigiada, viola-se o direito à honra e, quase sempre, à intimidade (Lôbo *apud* Leite, 2002, p. 347).

Quando se refere ao direito de imagem, é bom ter presente que, com os avanços tecnológicos, inclui-se também a representação externa da pessoa em *internet*, através de *sites*, filmes, revistas e jornal. Todos esses meios requerem a devida permissão do titular, porque expõem a um público variado, e não a um certo grupo de pessoas, podendo exigir um contrato escrito, ou verbal, externando o consenso para a divulgação onerosa, ou gratuita, de traços de um dos contratantes em favor de outro, estipulando a maneira e o local de sua veiculação, os meios de comunicação nos quais a sua imagem será exibida, o prazo de duração da exposição da imagem, a possibilidade, ou não, de dublar sua voz, a forma de montagem, em caso de filmes, o pagamento pela comercialização da imagem, dentre outros (Bittar e Chinelato, 2002).

Para Diniz (2004), existem dois tipos de imagem a considerar: a imagem-retrato, que é a representação física de pessoa, em que se reconhece o seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, televisão, *sites*, etc., e a imagem-atributo, que é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente, como habilidade, competência, lealdade.

3.2 Direito à honra

3.2.1 Conceito

A honra também está inserida dentro dos direitos de personalidade. Para Bittar (1999), ela é inerente à natureza humana e acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda a vida e mesmo depois de sua morte, em virtude dos efeitos já mencionados. No direito à honra, o bem tutelado é a reputação, ou a consideração social que cada pessoa conquista, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a preservação da dignidade humana.

Todas as pessoas têm, a respeito de si mesmas, considerações: pontuais, sociáveis, justas, interessadas, responsáveis, etc. E todos os conhecidos atribuem conceitos às pessoas - consideram-nas desleixadas, imprudentes, injustas, fracassadas, etc. Os conceitos positivos que cada um se

atribui ou que são reconhecidos socialmente formam a honra da pessoa, segundo Coelho (2003).

Ainda para Coelho (2003, p. 211), toda informação que se tem sobre uma pessoa que possa desabonar sua honra não deve ser divulgada, por maiores que sejam os motivos e por mais verdadeiros que sejam os fatos:

Em termos de regra geral de convivência, ao direito à honra corresponde o dever de reserva quanto a opiniões desabonadoras. Quer dizer, se desaprecio alguém por qualquer motivo, não devo manifestar o despreço, por maiores que sejam as razões para nutrir a impressão desfavorável. A ordem jurídica trata de impedir o trânsito de opiniões negativas sobre quem quer que seja, abstraindo os seus fundamentos.

É considerada por Santos (2001a, p. 341) a honra como sendo a homenagem às ações boas, o crédito, a reputação, a qualidade moral que induz alguém ao mais severo cumprimento dos deveres que dizem respeito ao próximo e a si mesmo. Explica o autor que a honra é um dos bens mais preciosos do ser humano, e que todos fazem qualquer coisa para protegê-la: "há todo um sacrifício pessoal para a manutenção da reputação, que não pode ser derruída por aqueles que se comprazem em denegrir alguém, desde a fofoca jocosa entre amigos, num círculo estreito, até o ataque projetado por órgão de comunicação, que atinge todo o país".

O direito à honra dos indivíduos sofre uma limitação apenas quando o fato ocorrido for de interesse público e se tratar de um crime:

A narração dos fatos só é de interesse público quando pertinentes a delito que a lei tipifica como crime. Nessa hipótese, o agravo à honra da pessoa sobre quem se fala é desconsiderado e se privilegia o interesse público na efetivação da repressão penal. Se sei que fulano estuprou beltrana, convém não comentar o fato entre conhecidos comuns ou estranhos, porque isso é potencialmente lesivo à reputação dele, mas posso levá-lo ao conhecimento da autoridade policial, para que o Estado investigue e, se for o caso, puna o estuprador. O interesse público na apuração de fatos criminosos e na punição do agente limita o direito à personalidade deste (Coelho, 2003, p. 212).

Explica o autor que, nesses casos, não se deve comentar com pessoas comuns, mas sim levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.

3.2.2 Classificação

Segundo alguns doutrinadores pesquisados, a honra pode ser classificada de duas maneiras: honra objetiva e honra subjetiva. Caldas (1997, p. 24) contribui dizendo que "não seria uma ironia 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". Passa-se a analisar essa classificação:

a) **Honra objetiva:** trata-se da reputação desfrutada pelo homem ou mulher no meio (social, profissional, científico, etc.) em que vive e trabalha, explica Coelho (2003);

b) **Honra subjetiva:** é aquela que atinge o sentimento pessoal de estima ou consciência da própria dignidade, explica Bittar (1999). Coelho (2003, p. 211) tem o mesmo raciocínio: "a honra [...] subjetiva reúne os conceitos que a pessoa tem de si mesma. É a estima que cada homem ou mulher nutre em relação à respectiva pessoa". Como se pode perceber, por muitas vezes o conceito de imagem e de honra da pessoa entrelaçam-se, misturam-se, e não se consegue falar de um direito sem mencionar o outro.

O desejo é que se efetive a tutela jurídica para esses dois direitos de personalidade sempre que necessário. É preciso punir quem violar os direitos à imagem e à honra das pessoas. Nesse caso, segundo o entender da maioria da doutrina pesquisada, o remédio jurídico passa a ser uma ação de indenização por danos morais, na área civil.

4 DANO MORAL POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À IMAGEM E À HONRA

4.1 Evolução histórica do dano moral

Percebe-se o início de noção do dano moral no Código de Ur-Nammu, criado pelos Sumerianos, da Baixa Mesopotâmia (2050 a 2032 a.C.); o fundador provinha da terceira dinastia de Ur, e sua intenção era afastar a violência e a vingança por meio de multa pecuniária. Essa multa estava limitada aos casos de pura dor física e é considerada por Schonblum (2000) como o nascedouro da reparação do dano moral.

Os norteadores da legislação brasileira com relação às reparações devidas por dano moral, segundo Schonblum (2000), foram os direitos romano, lusitano, canônico, francês, italiano e o moderno direito português.

No Brasil Colônia, não se possuía legislação própria, aplicando-se as regras advindas da legislação portuguesa. Nesse sentido, tem-se a seguinte contribuição: "No Brasil Colonial, aplicavam-se, é obvio, as Ordenações do Reino de Portugal que, como vimos, não continham regras expressas sobre o ressarcimento do dano moral" (Carmignani *apud* Schonblum, 2000, p. 35).

Após a independência do Brasil, explica Schonblum (2000, p. 36), aos poucos, foram se editando leis brasileiras que trataram sempre de uma forma

positiva as reparações amplas e genéricas. No Código Criminal de 1830, havia interpretação favorável ao princípio da reparação do dano moral. O Código Criminal de 1850 também tratava a matéria, sendo favorável ao ressarcimento por dano moral. Em 1890, surge um novo CP, que determinava que “nos defloramentos, bem como nos estupros de mulher honesta, a sentença que condenasse o criminoso também o obrigaria a dotar a ofendida.”

Quando surgiu o CC de 1916, este optou por omitir qualquer disposição legal expressa sobre o tema, no sentido da reparação por dano moral.

Com o debate acerca do CC antigo, entretanto, este passou a ser interpretado no sentido de se aceitar, paulatinamente, o dano moral. Assim, iniciaram-se as divergências doutrinárias e jurisprudenciais:

O Direito brasileiro autoriza a reparação do dano moral, como se vê do art. 76 do CC. Embora desperte controvérsia sua admissão, poderosa corrente doutrinária e jurisprudencial a defende, com prestigiosa argumentação' (TJRJ – 1.º Gr Cms – Embs. Infrs. – Rel. Costa e Silva – j. 21.10.1981 – RT 559/180) (Schonblum, 2000, p. 38).

O art. 159 do antigo CC também gerava dúvidas, quanto a se indenizar ou não o dano moral: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. A idéia de que não existia uma verdadeira regra geral era a premissa que pairava entre os doutrinadores, e que gerava muitas controvérsias.

Antes da promulgação da CF de 1988, a reparação do dano moral era objeto de investigações acadêmicas, nem sempre recepcionadas pelos Tribunais. O novo texto constitucional, em seu art. 5º, X, já referido, tornou indubitosa a sua reparação.

Nos dias de hoje, tem-se o dano moral aceito com tranqüilidade pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência, especificamente amparado pela CF de 1988. Contudo, o dano moral encontrou grandes resistências para impor-se, chegando a ser negado por célebres autores, que partiam de basicamente dois argumentos, conforme Bittar e Chinelato (2002): a) a dor não admite compensação pecuniária; b) não é possível avaliar o dano moral. Quando superados definitivamente os mencionados argumentos, iniciou-se, então, a construção da teoria do dano moral individual.

4.2 Conceituação do dano moral

A conceituação do dano moral é bastante diversificada entre os doutrinadores, por se tratar de algo muito subjetivo. Nesse sentido:

Dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento de afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou

imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor, ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações (Iturraspe *apud* Schonblum, 2000, p. 3).

Nota-se que o dano moral, inserido nos princípios éticos e morais que norteiam nossa sociedade, alcança violações a direitos não-patrimoniais, a exemplo da imagem, da honra, da privacidade, da auto-estima, da integridade psíquica, do nome, etc.

Para Lôbo (2005), não se deve referir ao dano moral somente no sentido de ser uma dor. A dor é uma consequência, não um direito violado. O que está ligado à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor, corresponde a aspectos intelectuais essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos de personalidade.

4.3 Relação do dano moral com o direito à imagem e à honra

O direito à imagem é direito personalíssimo cuja importância é tão grande, que a sua ofensa vem a ser elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizáveis, dando legitimidade para que o lesado ingresse em juízo, contra o lesante, com ação de responsabilidade civil para repará-los (Bittar; Chinelato, 2002).

O dano moral como violação ao direito de imagem encontra respaldo jurídico no sistema brasileiro em 1967, na Lei de Imprensa, no artigo 53¹³.

A relação entre danos morais e direitos de personalidade é muito clara, uma vez que se deve questionar a existência daqueles fora do âmbito destes. Os dois direitos tiveram reconhecimento expresso na CF, nos incisos IV e V do artigo 5º, ao prever a reparabilidade do dano à imagem, fazendo isso logo após assegurar a liberdade de expressão.

Lôbo (2005) defende que não há hipótese de ocorrer dano moral além das violações aos direitos de personalidade. Nenhum dos casos de ocorrência de

¹³ Lei de Imprensa, "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 esse meio obtida pelo ofendido".

dano moral deixa de enquadrar-se em um ou mais de um tipo dos direitos de personalidade. Comenta o referido autor:

A rica casuística que tem desembocado nos tribunais permite o reenvio de todos os casos de danos morais aos tipos de direito de personalidade. Nenhum dos casos deixa de enquadrar-se em um ou mais de um tipos [...]. A referência freqüente à 'dor' moral ou psicológica não é adequada e deixa o julgador sem parâmetros seguros de verificação da ocorrência de dano moral. A dor é uma conseqüência, não é um direito violado. O que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor, correspondem a dos aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos de personalidade (Lôbo, 2005, p. 15).

Para o mesmo autor, quando se analisa os direitos de personalidade, como direitos inatos e essenciais à realização da pessoa e de sua dignidade, não se afirma que em outras situações não se possa pleitear a indenização por danos morais, pois, quando estes se dão, os direitos de personalidade surgem associados aos outros direitos que foram violados, ainda que não se perceba claramente. Nesses casos, ou a vida, a liberdade, a integridade física, a integridade psíquica, a reputação, a privacidade, a imagem, ou outro direito de igual natureza foi atingido (Lôbo, 2005).

Nota-se que existe, então, uma ligação direta entre dano moral e direito à imagem violado, uma vez que este é um direito de personalidade.

A CF claramente fez referência a uma relação de causa e efeito. O direito de resposta e a indenização, no tocante ao inciso V, pressupõem uma pretérita manifestação de pensamento. Assim, vê-se que a Constituição garantiu o direito à indenização por dano à imagem como sendo uma conseqüência da livre manifestação de pensamento mal utilizada, ou seja, geradora de conseqüências nefastas para aquele que fora alvo de tal manifestação (Moreira, 2002).

Assim como a imagem, a honra é outro direito muito visado. Para Santos (2001b), depois da vida, a honra é o direito mais apreciado, e por isso mais sujeito a avanços de outras pessoas. Todas as pessoas querem ser bem vistas em seu local de trabalho, na família, na comunidade, sem arranhões na sua reputação. Apesar dessa importância, o sistema jurídico não protege a honra como deveria, pois as penas impostas no Código Penal para quem comete calúnia, injúria e difamação são simbólicas. Explica o referido autor que "resta, somente, a utilização da ação de indenização por dano moral para dar uma satisfação à vítima sobre o ato que a ofendeu e menoscabou o seu espírito" (Santos, 2001b, p. 209).

Com o avanço dos recursos tecnológicos surgiu a internet, e surgiu também a ofensa à honra através dela. Na internet todos estão distantes, a

palavra escrita é mais fria e muitas vezes se está acobertado pelo anonimato (Santos, 2001b). Pode servir para casos relativos à internet a legislação aplicável a outras esferas do direito, mas mesmo assim se admite a necessidade de se criar uma regulamentação específica para que esse direito tão importante não fique sem proteção específica:

A internet perscruta a intimidade e pode agravar a honra das pessoas, como os responsáveis jamais imaginaram. A internet pode funcionar como um telescópio e um microscópio no relativo à informação, não só enquanto a texto, mas quanto à imagem, som e vídeo [...] (Santos, 2001b, p. 224).

A honra na internet é ferida muitas vezes juntamente com a imagem, sendo uma decorrência desta lesão. A jurisprudência confirma isso:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. APELAÇÃO CÍVEL. A publicação e a inserção virtual desbordaram dos limites permitidos à liberdade de manifestação do pensamento e da informação, ferindo a imagem, e, por decorrência, a honra objetiva das autoras. A compatibilização entre os direitos de veicular e o de não ser veiculado está definida na própria Constituição, artigo 220 [...]. Ação Indenizatória. Apelação nº 70006407332. Apelante-Apelado: Angela Burger, Natalia Spalding Verdi e Editora Abril S.A. Relator: Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 9 de outubro de 2003. (Disponível em: www.tj.rs.gov.br - Rio Grande do Sul, 2005b).

Colabora para esse entendimento Caldas (1997, p. 35), que explica que há uma certa confusão entre honra e imagem quando surge um certo caso concreto: "muitas vezes a exploração consentida da imagem dá vezo a uma lesão à honra, enquanto a exploração não consentida pode dar ensanchas a lesão ao direito à imagem, somente, ou, simultaneamente, com lesão à honra e também à intimidade".

Para tornar esta pesquisa mais significativa, buscar-se-á analisar um caso concreto julgado na Comarca de Lajeado/RS acerca do tema, visando a identificar qual é efetivamente a aplicabilidade do dano moral em caso de violação ao direito à imagem e à honra, comparando-se as fundamentações teóricas/doutrinárias já estudadas com as apresentadas na decisão judicial.

5 ESTUDO DE CASO

Passa-se a analisar um caso concreto, ocorrido na Comarca de Lajeado/RS, em que é postulado dano moral por lesão ao direito à honra e à imagem. Faz-se um estudo comparativo entre os fundamentos utilizados na decisão com a doutrina já pesquisada, para que se possa averiguar as semelhanças e as discrepâncias porventura existentes.

O fato objeto de ação judicial ocorreu em março de 1997. A sentença de primeiro grau foi proferida em março de 1999. Houve interposição de Recurso de Apelação, julgado em agosto de 2001. Já o Recurso Especial foi julgado em março de 2003.

5.1 Breve relato

O caso em análise trata de um médico que ajuizou ação contra uma emissora de rádio da região do Vale do Taquari/RS, na qual pedia indenização a título de dano moral que alegou ter sofrido por violação ao direito à sua honra e imagem. Registrara que durante programa de radiodifusão foi difamado profissional e moralmente, sendo chamado de "cavalo", "boi", "troca as mãos pelos pés", "estúpido" e "não tem nenhum pouco de psicologia no trato com o paciente". Para fundamentar seu pedido, o autor da ação utilizou-se dos artigos 20, 21, 22 e 49 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) e o artigo 5º, incisos V e X, da CF.

Em contestação, os réus (locutores e emissoras de rádio) alegaram que na democracia exercita-se a liberdade de manifestação do pensamento e informação, e que a liberdade de imprensa precisa ser exercida sem constrangimentos e sem medos, estando impedidos, apenas, de praticar abusos, como os tipificados nos artigos 29 e 49 da Lei de Imprensa. Destacaram que os fatos não foram inventados pela emissora de rádio, que levaram ao ar somente fatos verdadeiros. Citaram o artigo 27 da Lei de Imprensa, afirmando que não constitui abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento a opinião desfavorável ou mesmo a crítica ao profissional de qualquer área.

5.2 Decisão judicial de primeiro grau e comparativo

Para fundamentar sua decisão favorável ao médico, o juiz de primeira instância afirma na sentença:

Não há como afastar a intenção de ofender (difamar e injuriar) por parte dos demandados, os quais fizeram veicular palavras que fugiram da seara estritamente crítica a que podiam se situar, para ir mais longe, ofendendo de forma clara a honra e reputação do autor (fl. 238)¹⁴.

Como se percebe pela decisão, a honra do autor é afetada, e o abalo diante da comunidade vai se tornar inevitável, o que já era confirmado há tempo

¹⁴ Nas citações de passagens do caso concreto, que envolve sentença de 1º Grau, Recurso de Apelação e Recurso Especial, não se mencionará nome dos julgadores, nem ano de decisão, apenas as folhas do processo.

por Miranda (2000, p. 71): "A dignidade pessoal, o sentimento e consciência de ser digno, mais a estima e a consideração moral dos outros, dão o conteúdo do que se chama honra".

Quando se fere a honra, como ocorre no caso em questão, acredita-se que também há lesão à imagem, pois um profissional da saúde depende da boa preservação dessa para que possa ter e manter sua clientela. São usados termos que ofendem a honra do autor da ação:

[...] tem reclamações deste rapaz, ele não tem sensibilidade no atendimento, ele não tem, ele não tem um pouquinho de psicologia para atender uma pessoa que entra uma vez com carência de informações (fl. 209) [...]. É extremamente estúpido (fl. 238).

Nesse sentido, Bittar e Chinelato (2002) contribuem afirmando que a honra pode ser dividida em duas: a subjetiva, que é a honra interna, sendo expressão da dignidade pessoal e do decoro, ligada ao sentimento de respeito e preservação que todos têm em relação à sua reputação pessoal; e a honra objetiva, que é aquela que se apresenta de forma exterior, ou seja, seria uma espécie de "imagem" que os outros fazem de nós mesmos, resumindo-se nas formas de boa fama e estima, por exemplo, o que se encaixa bem no fato em análise.

No seguimento da fundamentação da sentença, o magistrado de primeira instância, no caso sob análise, salienta:

As palavras e expressões utilizadas pelos réus, sem dúvida, ultrapassam o senso crítico a que deveria estar vinculado o programa, para ingressar numa outra área, a da personalidade, a qual foi violada de forma clara e objetiva. Violaram os réus, por essas palavras, a honra e a reputação que o autor, sendo médico e conhecido na comunidade, desfrutava (fl. 239).

O juiz, então, faz uso da Lei de Imprensa:

O assunto genérico discutido no programa em que foram veiculadas as ofensas ao autor delimitava-se a debater sobre problemas enfrentados na saúde pública. Sair deste contexto para proferir palavras tais como 'extremamente estúpido', 'falta de psicologia e sensibilidade no atendimento' e, ainda, 'já teve um cavalo vestido lá dentro', é deixar de se atender ao caráter meramente informativo de uma declaração para veicular pela rádio palavras consideradas ofensivas à honra do autor. E tal a própria Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), em seu artigo 49, I, proíbe que se faça (fl. 239).

O art. 49, I, da Lei de Imprensa menciona que "aquele 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 [...]”. O magistrado utiliza como respaldo substancial a Lei de Imprensa, mas atualmente tem-se boa proteção no CC de 2002, que, como dito, não vigia à época da sentença¹⁵.

Aqui parece clara a intenção do legislador em regular e proteger a imagem e a honra dos cidadãos de forma expressa. Gonçalves (2003) comenta que esse artigo traz duas ressalvas: a primeira, permitindo o uso da imagem, se necessário; a segunda, restringindo a proibição às hipóteses de divulgação da palavra ou da imagem atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.

A fundamentação do juiz de primeiro grau continua, fazendo referência à CF, destacando a sintonia existente entre ela e a Lei de Imprensa, no sentido de haver liberdade com responsabilidade:

Mas os demandados alegam ter agido no exercício do direito à liberdade de imprensa; agiram no cumprimento do seu dever de informar e criticar, encontrando amparo na Constituição Federal. De fato, esta, em seu artigo 5º, IV, diz que 'é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato'. Porém, nem esse inciso, nem o art. 27 da Lei de Imprensa, citado pelos réus, são prescrições que reinam em absoluto, mas sim, somente encontram justificativa e legitimidade quando não extrapolarem os limites, que são estabelecidos tanto pela Lei de Imprensa (artigo 49, I), como pela Constituição Federal que, em seu artigo 5º, X, diz que 'são 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'. Não há conflitos de princípios, mas harmonia. Isso porque se a liberdade de imprensa infringir o princípio da inviolabilidade do direito à honra e à imagem das pessoas, deixa de ser liberdade (ou direito) para ser abuso (fl. 239).

É necessário ter claro que, assim como atualmente se conquistou a liberdade de expressão, é também imposto um limite, para que a pessoa não entre em contradição toda vez que usar indevidamente esta liberdade e ferir a liberdade de seu semelhante - e sobre isso já se pensava há muito tempo. Miranda (1995, p. 60), quando fala sobre a liberdade e os seus limites, destaca:

[...] não pode haver liberdade ilimitada. A liberdade ilimitada...é a sociedade bárbara'.[...] e Chassan (1851) assinalava: [...] 'de resto, a liberdade ilimitada da palavra e da imprensa, isto é, a autorização de tudo dizer e tudo publicar, sem expor-se a uma repressão ou a uma responsabilidade qualquer, é, não uma

¹⁵ CC, “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessária 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” (grifo nosso).

utopia, porém, uma absurdidade que não pode existir na legislação de nenhum povo civilizado’.

Neste sentido, o magistrado e a pesquisa já realizada nos capítulos anteriores estão em sintonia:

Todavia, a liberdade de imprensa tem limites. O direito à informação é também um direito-dever de não só informar, como de informar corretamente e sem excessos ou acréscimos, sendo vedado o confronto com o direito à inviolabilidade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas [...]. Deve haver, sim, coexistência entre a liberdade de imprensa e o dever do respeito à honra e a intimidade das pessoas (art. 5º, IX e X, da CF/88), de forma que a liberdade de manifestação, a que se refere o artigo 27 da Lei de Imprensa, deve ter como limite a garantia contida no art. 5º, X da Constituição Federal (fl. 240).

Percebe-se que existe uma semelhança muito grande entre a doutrina pesquisada e a fundamentação da sentença em análise, visto que ambas ressaltam a CF como norteadora para o não-cometimento de abusos, o que, acredita-se, não poderia ser diferente, já que a Carta Magna é o norte para tudo:

Visto sob o ângulo da liberdade de imprensa, resta claro que houve excesso, pois não há que se confundir liberdade de informação e crítica com o abuso desse direito. E toda vez que ocorrer abuso, violando o patrimônio moral de uma pessoa, ficam obrigados a reparar o dano tanto o órgão de radiodifusão como as pessoas físicas que de fato proferiram as ofensas (fl. 240).

O magistrado cita acima o art. 159 do CC de 1916, pois, como já dito, não estava em vigor o atual CC. No Código vigente, a obrigação de indenizar está no art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Também, como visto, utiliza o art. 49, I, da Lei de Imprensa, que vem reforçar as semelhanças encontradas.

O juiz também discutiu em sua sentença a problemática da quantificação do dano moral:

[...] resta analisar os critérios da quantificação do valor a ser ressarcido pelos demandados. E nesse ponto surge uma controvérsia: se está ou não o valor da indenização por dano moral limitado pelos parâmetros estabelecidos no art. 51 da Lei de Imprensa. A meu juízo, é incompatível com a análise e as circunstâncias de cada caso concreto estabelecer-se antecipadamente um determinado limite para a reparação, principalmente em se tratando de dano moral, cujo sofrimento e abalo podem ser de tamanha monta que podem levar ao descrédito e à desgraça social a pessoa ofendida. [...] na sua quantificação, há que se considerar sempre as circunstâncias concretas de cada caso, observando o critério de justiça, da razoabilidade, do bom senso e da exequibilidade. Por isso, inviável uma quantificação prévia, pois isso só deixaria ao relento situações específicas de imenso abalo moral. Há, pois, influência da

Constituição Federal de 1988, a respeito da questão do quantum a ser indenizado, a qual assegura amplo direito à reparação do dano moral, fugindo de limites preestabelecidos (fl. 240).

O valor do *quantum* indenizatório do dano moral é bastante discutido na doutrina, sendo que Gonzalez (*apud* Santos, 2001a, p. 195) tem exposto uma teoria para essa regulamentação:

A regulamentação normativa da indenização do dano moral não deve ser rígida, limitativa ou restritiva, mas condutora e flexível; não imperativa, mas indicativa.[...] Não deve criar categorias abstratas de danos morais, senão ferramentas para ressarcir ajustadamente cada dano moral concreto.

Conforme Santini (2002), para se fixar o valor indenizatório devido por dano moral, o juiz deverá considerar as condições da parte, a gravidade da lesão, sua repercussão e as circunstâncias fáticas e observar também a repercussão na esfera da pessoa lesada e o potencial econômico-social do lesante. Os argumentos utilizados pelo autor acompanham os fundamentos do magistrado do caso em análise, percebendo-se, então, que há sintonia.

O juiz de primeiro grau continuou na sua argumentação do *quantum*, fazendo menção à doutrina e à jurisprudência, e também à Lei de Imprensa:

Por outro lado, no arbitramento da indenização em reparação do dano moral, a lei de imprensa (Lei nº 5.250/67) estabelece, em seu art. 53, I e II, critérios a serem considerados, os quais não destoam dos que seguidamente são apresentados pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, leva-se em consideração a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa, a posição social do ofendido, a intensidade de culpa do ofensor e sua situação econômica (fl. 241).

A questão do *quantum* indenizatório é destacada pelo magistrado, ainda no sentido de que ele sirva de caráter punitivo e inibidor.

Além da mensuração do dano moral, pode-se perceber que a ofensa à honra do autor da ação irá lhe causar prejuízos incontestáveis, visto que atinge diretamente a sua reputação como profissional conhecido da região:

De outro lado, a ofensa causada ao autor não é de pouca monta, pois sendo ele profissional da área médica, e sendo ofendido em sua reputação como profissional, os reflexos se fazem sentir tanto na sua personalidade moral como na sua esfera patrimonial. Sem dúvida que a ofensa à reputação profissional de um médico, ou de qualquer trabalhador, agride a personalidade e a dignidade humana. Agredidas foram, sim, a reputação, o prestígio, o bom nome, o respeito e a estima do autor, de forma que as declarações feitas pelos demandados causaram-lhe prejuízo. E a conseqüência da violação da fama e prestígio no meio social da vítima é o estado deprimente do descrédito. [...] Daí por que a

reparação pecuniária virá para compensar o autor do arranhão sofrido em sua dignidade e reputação (fl. 242).

Nessa linha, vale o pensamento de Lôbo (2005), que defende a idéia de o dano moral referir-se a algo além de ser uma dor, uma vez que a dor é efeito, não um direito violado, pois o que está ligado à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor, corresponde a aspectos intelectuais essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos de personalidade.

Finalizando sua decisão, o magistrado de primeiro grau julga procedente o pedido formulado pelo autor em face dos réus, utilizando como fundamento maior o disposto nos artigos 49, I, da Lei de Imprensa e o artigo 5º, X, da CF, e condena os réus ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos comuns, a título de indenização por danos morais, vigentes na época do pagamento e juros de mora de 6% ao ano a contar do trânsito em julgado.

Como se observa, o caso enquadra-se no dano moral objetivo e de imagem social, visto que se trata de um profissional que depende de uma boa imagem e respeito à sua honra para ter sucesso na profissão, e, uma vez esta imagem arranhada (como observado pelo juiz na sentença), terá ele prejuízos que devem ser ressarcidos.

5.3 Apelação Cível e análise

As partes do processo em análise não ficaram satisfeitas com a sentença judicial de primeiro grau e apelaram ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: o autor (médico) pediu a majoração da indenização; os réus (locutores e emissora de rádio) postularam a reforma da sentença, alegando que não houve intenção de ofender o autor, justificando que os termos utilizados no programa de rádio foram apenas uma forma crítica de apresentar um fato real. Disseram que não houve abuso no princípio da liberdade de imprensa, eis que os fatos narrados eram verídicos e, por fim, pediram a minoração da indenização fixada.

No voto do relator do Recurso, no que diz respeito às ofensas à honra do autor realizadas pelos réus, a sentença de primeiro grau não mereceu reforma. Reforça o desembargador relator a questão da ofensa à imagem do profissional, que já havia sido argumentada também na sentença de primeiro grau.

Sobre a imagem lesada, tomando como comparação o caso em análise, Coelho (2003) explica que se trata da imagem-atributo. Explica ainda que, quando a imagem-atributo se reveste de natureza extrapatrimonial, confunde-se o direito de personalidade com o relativo à honra objetiva, sobrepondo-se, então, diferentes direitos de personalidade.

O relator do Recurso continua seu voto analisando a questão do abuso cometido pelos réus:

Embora os réus sustentem que agiram no exercício do direito à liberdade de imprensa, consagrado no art. 5º, IV, da CF, é evidente que houve abuso. O Princípio da liberdade de imprensa não pode servir de excludente para condutas ilícitas como a dos réus, que de forma leviana, teceram comentários desonrosos e infundados acerca do autor, em programa radiofônico de grande repercussão na região. A liberdade de Imprensa não é ilimitada e eventuais abusos devem ser punidos para evitar danos aos direitos fundamentais dos cidadãos, como ao direito à intimidade e à honra, violados no caso em tela (fl. 295).

Então, segundo estudo já feito, se qualquer direito ou garantia desaba no seu exercício, para atingir a dignidade humana, o próprio sistema deve oferecer, como efetivamente oferece, a terapêutica jurídica necessária à resolução do mal causado (Caldas, 1997). Utilizando-se desses argumentos, o julgador salienta a extrapolação aos limites de liberdade de imprensa e reconhece a responsabilidade dos réus:

Assim, tenho que a conduta dos réus em muito extrapolou os limites da liberdade de imprensa e do jornalismo investigativo. O que se caracterizou foi um ataque infundado à conduta de um profissional, que, em face à ausência de prova em contrário, é ilibada. Desta forma, não merece reforma a sentença no tocante à responsabilidade dos réus, eis que agiram com ânimo de ofender o autor ao proferirem as referidas expressões desabonatórias já referidas (fl. 296).

Percebe-se que, para proferir sua decisão final, o desembargador relator utiliza-se de argumentos que contemplam a doutrina pesquisada, pois caminha na mesma direção argumentativa, além de concordar com o juiz de 1º grau. Mas sobre o valor da indenização devida por danos morais, discorda da primeira decisão:

Todavia, quanto ao valor da indenização, merece reforma a sentença de primeiro grau. Para a correta quantificação do valor indenizatório, devem ser analisados vários aspectos. Dentre eles, está a condição econômica das partes, a repercussão do fato, a conduta do agente – perquirição de culpa ou dolo, entre outros (fl. 296).

O relator, quanto ao valor da indenização, justifica mais detalhadamente:

Afora isso, é de ser salientado que o *quantum* arbitrado deve, ao mesmo tempo, ter um caráter preventivo, a fim de que a conduta não venha a ser novamente praticada, e o mais importante, um caráter punitivo, isto é, fazer com que o ofensor sinta uma perda significativa em seu patrimônio. Analisadas as razões do ofendido, e levando-se em conta os critérios objetivos para fixação da

indenização, tenho que o valor arbitrado (100 salários mínimos) mostrou-se elevado devendo ser reduzido para R\$ 10.000,00, corrigidos pelo IGP/M a partir desta data (fl. 296).

O arbitramento do valor pelo relator, no caso em análise, comparando-se com Santini (2002) – para quem o valor da indenização deve pesar sobre o bolso do ofensor como um fator de desestímulo, a fim de que não reincida na ofensa, devendo haver também um meio termo, para que o instituto do dano moral não seja desvirtuado em mera fonte de enriquecimento –, é o melhor critério de fixação do dano moral, pois assim evitam-se abusos, especulações e enriquecimento injustificado, mas também tendo o cuidado para que o causador do dano não fique impune.

Atualmente, tem-se o art. 944 do CC, que diz: “A indenização mede-se pela gravidade do dano. Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. No tempo do julgamento da apelação, não vigorava ainda o CC atual, mas se percebe que já estava ocorrendo essa redução de valor nos tribunais.

O desembargador presidente manifestou-se de acordo com o voto do relator do Acórdão, enquanto que o terceiro desembargador, revisor do processo em análise, além de manifestar-se de acordo com o voto do relator, fez algumas ponderações, as quais se passa a analisar:

Lembro, de início, que, realmente, o direito à liberdade de manifestação de pensamento, cujos veículos fundamentais são os que constituem a chamada imprensa escrita, falada, televisiva, é um dos valores jurídicos maiores de qualquer Estado Democrático de Direito. Quanto a isso, não há dúvida. A liberdade de manifestação do pensamento é um dos direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, e é a base jurídica da razão de ser, e finalidade da imprensa (fl. 297).

O mesmo desembargador continua seu raciocínio salientando, então, que na própria CF existem normas que protegem as pessoas contra eventuais abusos e que, muitas vezes, é difícil identificar a linha limite entre liberdade de expressão e o abuso, e que isso deve ser analisado caso a caso, cuidadosamente.

O desembargador argumenta ainda que no caso em análise houve a ultrapassagem dessa linha limítrofe:

No caso, a meu pensar, como entendeu o Magistrado de 1º grau, assim como entende V. Exa., houve, sim, a ultrapassagem pelos réus dessa linha limítrofe entre o que seria lícito criticar, fosse assim o mau serviço prestado pelo Pronto-Socorro ou até criticar a própria ação do autor. Se há de convir porém que a crítica tem um sentido, tem um conceito, a ofensa tem outro conceito (fl. 298).

Uma outra questão analisada pelo desembargador revisor, mas que não se detalha no presente artigo, é sobre a natureza da ação, que, segundo ele, parece ser também de natureza penal, mas que, na realidade, não é, pois está tratando de direitos personalíssimos, que tem o seu respaldo na área cível:

E a questão de argumentar, com a devida vênia do eminente advogado, que não houve difamação no sentido técnico-jurídico-penal da palavra, para efeito cível, para efeito de reparação por dano moral, não se está a cogitar de difamação no sentido técnico-jurídico, assim como de calúnia. Está a tratar de ofensas que provocam danos na área cível da pessoa e essa é a realidade que vi lendo os autos e que estou comentando, embora as jurídicas razões apresentadas pela defesa, que, reconheça-se, foi hábil em explorar esse assunto: 'não, não é difamação'. Eu concordo que não seja difamação no sentido técnico-jurídico, mas há uma difamação, para efeito de reparação de dano civil (fls. 299-300).

Concluindo suas considerações, esse desembargador destaca a importância do assunto e admite que "é preferível algum abuso à inexistência da liberdade", mas lembra que essa liberdade não pode e não é absoluta, "como aliás, direito nenhum é absoluto, existe sempre um determinado limite onde alcança o direito de alguém para, daquele limite em diante, começar o direito de outrem" (fl. 300).

5.4 Recurso Especial

Os réus (locutores e emissora de rádio) interpuseram Recurso Especial fundado no art. 105, III, alínea "a" da CF, alegando afronta do arresto aos artigos 27, 49, 51 e 52 da Lei nº 5250/67; 5º, IV e IX, da CF e 20 do CC.

A pretensão recursal foi julgada inviável, pelos seguintes motivos: primeiramente, o exame da matéria constitucional invocada não é de competência daquela via, mas do Superior Tribunal de Justiça, que tem a função de unificar o direito infraconstitucional. Também foi alegada a falta de pré-questionamento dos dispositivos de lei federal tidos por violados pelos requerentes. Outro motivo citado pelo desembargador para negar seguimento ao recurso foi o claro convencimento dos seus colegas acerca do assunto: "Resulta evidente que o convencimento do Colegiado decorreu do exame do conjunto probatório constante dos autos, e rever tal entendimento importaria no reexame deste, providência vedada pela Súmula 7/STJ" (fl. 341).

As idéias básicas de condução para as decisões finais judiciais andam junto com a doutrina pesquisada, embora, por momentos, fica evidente que a fundamentação dada pelos juízes e desembargadores é mais rica em detalhes e, talvez por estarem lidando com um caso concreto, os conceitos teóricos tornam-se mais nítidos, mais claros, mais vivos.

A fundamentação do juiz e dos desembargadores não destoaram daquilo que foi pesquisado, confirmando a aplicação da teoria na prática, o que, conforme já salientado, é benéfico e desejável, pois é o momento em que a lei sai do código/papel e invade o mundo dos fatos, tornando seu entendimento concreto e real.

6 CONCLUSÃO

Após pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pôde-se compreender a relevância dos direitos de personalidade na vida dos cidadãos, e, em conseqüência, a importância de esses direitos serem tutelados.

No desenrolar do tema, percebeu-se que o dano moral deve ser aplicado sempre que houver violação de um direito de personalidade, seja o direito à imagem, seja o direito à honra, à intimidade, ou outro. Toda vez que um desses direitos for desrespeitado, violado, o remédio jurídico passa a ser uma ação de indenização por danos morais. Contudo, quando houver ameaça de lesão, é possível impetrar medida cautelar, chamada também de tutela inibitória, embora esta, pela constatação das leituras, tenha pouca aplicação prática.

Acredita-se que essa tutela inibitória deveria ser mais utilizada pelos indivíduos lesados. Primeiro, porque se tentaria barrar os excessos que vêm sendo cometidos pelos meios de comunicação e pessoas em geral, no que se refere à violação do direito à imagem e à honra, e também porque deve-se evidenciar a prevenção do dano, e não somente remediar, indenizar, quando ele já ocorreu.

Uma das formas de também proteger a honra é por meio de medida na área penal, nos crimes de calúnia, injúria e difamação, que não é a esfera de análise deste artigo, mas que é sabido que as penas ali aplicadas são, muitas vezes, insignificantes, conforme observado por doutrinadores.

Na pesquisa de campo realizada na Comarca de Lajeado/RS, pôde-se identificar, até com surpresa, que existem pouquíssimos processos, como já referido, envolvendo direito à imagem e à honra na esfera civil. É possível que esse fato se dê pela falta de conhecimento por parte dos interessados de que há a possibilidade de ingressar com ação de responsabilidade na área civil, para pleitear também uma indenização por danos morais, e não somente buscar abrigo na tutela penal.

Percebe-se, pelo estudo feito, que a indenização por dano moral tem uma grande efetividade, pois, na execução, trata de percentuais econômicos significantes, que são vistos, pela pessoa que tem de ressarcir monetariamente, como uma pena, muitas vezes, severa, exemplar.

A partir do estudo de caso, vê-se com satisfação o fato de a fundamentação doutrinária, legal e jurisprudencial estarem de acordo, em

sintonia com o caso analisado (ou vice-versa), pois isto traz uma certa tranqüilidade na busca por justiça sempre que necessário.

Acerca do direito à imagem e à honra, verificou-se que havia uma certa mistura entre esses dois direitos. Ora mencionava-se a violação ao direito à imagem e, em decorrência deste, a violação à honra; ora afirmava-se que a honra do indivíduo foi violada, e também, com isto, sua imagem foi abalada perante a comunidade. De fato, parece que um direito existe em decorrência do outro, sem precisar qual precede ou segue o outro, sendo raros os casos em que um desses direitos aparece sozinho sendo violado. Até no estudo de caso analisado, os decisores citam os dois direitos como violados.

Independentemente, portanto, de esses direitos andarem separados ou unidos, o relevante é que a pessoa, tanto na sua imagem como na sua honra – como nos demais direitos de personalidade –, seja realmente respeitada nos seus direitos subjetivos, como pré-condição ao princípio geral de dignidade humana expresso na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

APRESENTADOR Jorge Cajuru começa a cumprir pena em regime aberto. Publicação 29/04/2005. Disponível em: <<http://www.espaçovital.com.br>> Acesso em: 30 abr. 2005.

BENASSE, P. R. **A personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BITTAR, E. C. B.; CHINELATO, S. J. (Coords.). **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. In: **Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Indenizatória. Art. 186 do Código Civil. Recurso Especial nº 0045107-6. Quarta Turma. Recorrente: Anália Maria Patti Souza Varella. Recorrido: Telecomunicações de São Paulo S/A. Relator: Fernando Gonçalves. São Paulo, 16 de setembro de 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 29 abr. 2005.

CALDAS, P. F. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 1.

DINIZ, M. H. **Código Civil anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

FERREIRA, M. A. A. **Informação e privacidade. Zero Hora**. Porto Alegre, 11 mar. 2005, Segundo Caderno, p.5.

FIUZA, C. **Direito Civil: curso completo**. 8 ed. Belo horizonte: Del Rey, 2004.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

HABIB, S. Liberdade de imprensa. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, DF, ano 6, n. 141, p. 14-19, nov. 2002.

LÔBO, P. L. N. **Danos morais e direito de personalidade**. In: LEITE, E. de O. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 abr. 2005.

MIRANDA, D. A. **Comentários à Lei de Imprensa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MIRANDA, P. de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. VII.

MOREIRA, L. R. C. A problemática do dano à imagem. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3189>>. Acesso em: 13 mar. 2005.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ação de indenização por danos morais. Art. 269, inciso IV, do CPC e art. 56 da Lei n.º 5250/67. Apelação Cível nº 7006826945 - 9ª Câmara Cível-Porto Alegre. Apelantes: e Apelados: Livraria e Bazar Pampel Ltda, Rafael Quevedo Ottono, Caroline Zanotelli. Relatora: Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 14 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 10 abr. 2005a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ação Indenizatória. Apelação nº 70006407332. Apelantes / Apelados: Angela Burgel, Natalia Spalding Verdi e Editora Abril S/A. Relator Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 9 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 2 abr. 2005b.

RUGGIERO, R. de. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

SANTINI, J. R. **Dano moral**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002.

SANTOS, A. J. S. **Dano moral indenizável**. 3. ed. São Paulo: Método, 2001a.

_____. **Dano moral na internet**. São Paulo: Método, 2001b.

SCHONBLUM, P. M. W. **Dano moral**: questões controvertidas. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WALD, A. **Direito Civil**: introdução e parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WESCHENFELDER, J. Câmeras entram em operação segunda. **O Informativo do Vale**, Lajeado, p. 11, 24 mar. 2005.

