# A DIGNIDADE DA PESSOA INVESTIGADA E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA: TUTELA JUDICIAL APLICÁVEL E SUAS CARACTERÍSTICAS E EFEITOS.

**André Luiz Vinhas da Cruz,** Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF-RJ), Procurador do Estado de Sergipe, advogado e Professor de Direito Civil do Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE) e de Direito Empresarial do Bacharelado em Administração da Faculdade São Luís de França (FLSF).

**Paulo Roberto Brescovici,** Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara de Cuiabá (Mato Grosso).

**Salatiel Soares de Souza,** Juiz de Direito aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia e advogado militante.

Trabalho apresentado para avaliação na disciplina de "Derecho Procesal" do Curso de Doctorado en Ciencias Juridicas y Sociales do Departamiento de Posgrado de la Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA). Prof. Dr. Sérgio Ricardo de Souza.

**RESUMO**: O presente trabalho visa fixar uma análise das modalidades de tutelas jurídicas existentes, com o intuito de defesa dos direitos dos cidadãos, especialmente daqueles direitos relacionados com a honra e imagem, em função da liberdade de expressão e de imprensa prevista na Carta Magna.

**PALAVRAS-CHAVE**: Direito constitucional e processual civil; liberdade de expressão e de imprensa; direito à honra e imagem; limitação ao exercício do direito; tutelas jurídicas processuais limitativas.

**ABSTRACT**: This work aims to establish an analysis of existing legal arrangements for guardianship in order to defend the rights of citizens, especially those rights relating to the honor and image, according to the freedom of speech and press under Magna Carta.

**KEYWORDS**: Constitutional law and civil procedure; freedom of speech and press; right to the honor and image; limits of the exercise of the right; legal guardianship procedural restrictions.

**SUMÁRIO**: 1. Introdução; 2. Os Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito; 3. A liberdade de expressão e o Estado Democrático de Direito; 4. A dignidade da pessoa humana no direito brasileiro; 5. Análise sistemática das limitações à liberdade de expressão previstas no direito brasileiro; 6. O princípio da proporcionalidade como forma de resolução de conflitos envolvendo a liberdade de expressão; 7. Tutela judicial aplicável: suas características e efeitos; 7.1 Tutela ressarcitória; 7.2 Tutela inibitória; 8. Considerações finais; 9. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem a ser um esforço conjunto para a análise das modalidades de tutelas jurídicas existentes, com o intuito de defesa dos direitos dos cidadãos, especialmente daqueles direitos relacionados com a honra e imagem.

Num mundo globalizado, como o de hoje, os meios de comunicação de massa, seja a mídia escrita, falada ou televisada, priorizam a divulgação das informações e das imagens relativas às pessoas, sem um maior apuro técnico e grau de confiabilidade da fonte de informação.

Tal postura da imprensa, de um modo geral, tem intensificado a busca pela tutela judicial, o que tem abarrotado os tribunais com

demandas que digam respeito à indenização por danos morais, materiais e à imagem.

As ações judiciais propostas, em regra, visam o ressarcimento pecuniário do dano efetivamente ocasionado.

Contudo, além da simples proteção ressarcitória pelo equivalente pecuniário, o ordenamento jurídico pátrio, e até alienígena, já preveem modalidades outras que se antecipam aos próprios fatos, no sentido de se evitar que o dano ocorra ou punir meramente a prática de atos contrários ao direito, vale dizer, antijurídicos.

Sobre tais espécies distintas de tutelas jurídicas, infelizmente, com pouca utilidade ainda, é que o presente opúsculo se debruçará, sem o intuito de inovar, mas apenas de trazer a reflexão para a necessidade de imediato e aprofundado estudo sobre as mesmas, com direta aplicação nas lides que envolvam a liberdade de expressão, valendo-se do juízo de ponderação, em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O presente estudo será desenvolvido, a partir de uma análise de conceitos doutrinários, extraídos de vasta bibliografia, baseada nos manuais de cunho genérico sobre os institutos citados, assim como centrado em ensaios e obras específicas sobre os temas a serem abordados.

O desenvolvimento da pesquisa também será efetuado através da consulta às fontes legislativas e jurisprudenciais, relativas ao tema, com pesquisa bibliográfica e documental.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

O sistema de direitos fundamentais é concebido como elemento constitutivo do Estado de Direito resultando daí a inequívoca conclusão de ser imprescindível na concretização do princípio democrático.

Deve se considerar de relevante importância o teor do art. 5º, § 1º, da Lei Fundamental, o qual prevê a aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, excetuando, por óbvio, aqueles preceitos de eficácia limitada, a exigir a regulamentação por ato normativo infraconstitucional, a exemplo do art. 5º, XXXII, prevendo que *"o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"*.

Em se tratando de direitos e garantias fundamentais, devem ser observados dois vetores imprescindíveis para a concepção do sistema normativo.

O primeiro refere-se ao fato de não serem meramente proclamatórios, pois estão a exigir implementação e, em caso de omissão legislativa para efetivá-los, abre-se à possibilidade de os tribunais concretizarem a sua finalidade quando manejado o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88) e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88), exemplificativamente.

O segundo aspecto refere-se ao princípio da reserva legal, expresso no axioma segundo o qual *"ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"* (art. 5º, II, da CF/88). Portanto, trata-se de um princípio informativo dos direitos fundamentais, tal qual ocorre com os direitos individuais e coletivos.

Contudo, como valores plasmados numa Constituição, os direitos fundamentais traduzem as concepções filosófico-jurídicas aceitas em uma determinada sociedade em certo momento histórico. Tais valores são fundantes do próprio Estado, os quais correspondem, a um só tempo, fins da sociedade e direitos dos seus indivíduos.

Os direitos fundamentais pressupõem concepções de Estado. Portanto, aqueles são condicionados a uma pré-compreensão do modelo político e indicam estágios de desenvolvimento cultural e jurídico de um Estado. As experiências históricas e a evolução das técnicas jurídicas são normalmente assimiladas em processos de reforma ou substituição dos valores jurídicos contidos nos textos constitucionais.[1]

Essa essência dos direitos fundamentais faz com que a maioria dos autores refira-se à sua dupla dimensão ou dupla função. Fala-se em dimensão subjetiva ou individual em contraposição a um caráter objetivo ou institucional. Com isso quer evidenciar-se que eles não

[1] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 505.

podem ser pensados apenas do ponto-de-vista dos poderes ou faculdades que representam aos seus titulares.[2]

Sob o prisma objetivo, muito embora estabeleçam um dever para o Estado, não estão a investir o cidadão em poder algum, como ocorre, em regra, com as garantias institucionais, as quais funcionam para dar um sentido organizatório a uma determinada atividade. É a própria liberdade individual que exige garantias especiais das próprias instituições e do legislador.

Tal enfoque objetivo dos direitos fundamentais como valores da sociedade tem a função de realçar o sentido do comum em face do individual, servindo de suporte para imprimir um caráter relativo à liberdade e para admitir seus limites.[3]

Assim, se por um lado as normas de direitos fundamentais asseguram posições jurídicas aos indivíduos dentro da sociedade ao proibirem, ordenarem ou facultarem comportamentos, organizando dessa forma o exercício da liberdade, por outro criam possibilidades de intervenção do Estado, sobretudo pelo legislador, como medida protetiva desta liberdade e até mesmo para limitá-la.

J. J. Gomes Canotilho, acerca da temática e da dimensão de liberdade ensina:

> Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício do poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).[4]

---

[2] Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 144-145.

[3] Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. cit.*, p. 161.

[4] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 280.

A despeito de os direitos fundamentais localizarem-se na estrutura de sustentação e de eficácia do princípio democrático, pois inserem no seu conteúdo formal e material modelos normativo-principiológicos, por vezes entram em colisão e exigem um ajustamento deôntico.

A própria Constituição Federal prevê circunstâncias que constituem restrições ao exercício de direitos fundamentais. Há exemplos explícitos, como o previsto no art. 5º, XVI: *"todos podem reunir-se pacificamente e sem armas, em locais abertos ao público (...)"*. Ressai daí que o direito de reunião não é abertamente livre. Está restrito a participantes desarmados e para discussões pacíficas.

Há circunstâncias, porém, em que o texto constitucional não faz referência expressa à restrição, como no caso do inciso XIII do mesmo art. 5º, segundo o qual *"é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendendo as qualificações profissionais que a lei estabelecer."*

Logo, a liberdade de que trata o exercício de profissão está protegida dentro de um marco de possibilidades, observadas as qualificações profissionais estabelecidas pela lei infraconstitucional.

Assim, para traçar uma regra de restrições a direitos fundamentais devem ser consideradas não apenas a existência de restrições expressas, mas também as tácitas ou implícitas.

Podemos então apresentar o seguinte quadro esquemático: a) restrições ou limites expressos (diretamente pela Constituição e indiretamente pela lei); b) restrições ou limites implícitos (limites imanentes, assentados em três aspectos: b1) na justificativa de restrições sem a correspondente norma de autorização; b2) na técnica de solução dos conflitos; b3) na existência de limites às restrições necessárias à solução dos conflitos).

Temos, portanto, os direitos fundamentais submetidos expressamente à reserva de lei restritiva, tal qual o disposto no arts. 5º, XXXII e XXXVIII, da CRFB, e os direitos fundamentais não submetidos expressamente à reserva de lei restritiva.

Nessas restrições ou limitações dispostas aos direitos fundamentais no espaço de liberdade de conformação do legislador deve observar-se o princípio da proibição de retrocesso social, porquanto, embora ainda estejam vinculados à chamada reserva do possível, uma vez atingido o grau de concretização fática não mais poderiam ser suprimidos, bem assim os limites da discricionariedade legislativa na

regulação de direito fundamental, de forma a obstar que haja o esvaziamento da norma constitucional fundamental por força de lei infraconstitucional, impondo-se, portanto, o controle de constitucionalidade da regra regulamentadora.

Para o Judiciário impõe-se a superação de antagonismos existentes entre princípios constitucionais por meio de um juízo de ponderação e avaliação, consubstanciado no princípio da proporcionalidade, de forma a declarar qual deve ser o direito a preponderar no caso concreto, considerada a situação conflituosa ocorrida, de tal sorte que não haverá o esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais subjetivamente considerados.

Essa diretriz deve estar contida em um balizador de interpretação constitucional que se consubstancia nos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática.

## 3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal brasileira de 1988 resgatou as bases do Estado democrático e de direito, de forma a restabelecer um sistema de valores e princípios de direitos fundamentais que constitui uma sociedade plural e democrática, tal qual previsto no seu art. 5º, incisos e parágrafos.

E se já foi dito antes que os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático, também é forçoso concluir que a liberdade de expressão exerce papel de extrema relevância, analisado sob o prisma do direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição de censura.

A liberdade de expressão é um elemento que compõe o princípio democrático, de forma que estabelece um ambiente onde as várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da sociedade. É o valor instrumental já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática e preservação da soberania popular.[5]

---

[5] Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Universidade de Coimbra Editora, 2002, p. 256.

Além de auxiliar no processo de construção e desenvolvimento continuado da democracia, a liberdade de expressão tem importância superior, na medida em que serve de instrumento decisivo do controle da própria atividade governamental e do exercício do poder.
Jónatas Machado assim demonstra:

> Os modernos Estados constitucionais não parte de uma concepção monolítica e político-espiritual do povo ou da nação, mas arrancam da diversidade e confrontação de opiniões, interesses, vontades e aspirações dos indivíduos e grupos. A unidade política é vista como tarefa e não como pressuposto da democracia. A manutenção da coesão da comunidade ou da identidade nacional está longe de constituir um fundamento constitucionalmente plausível para restringir a liberdade de expressão e as demais liberdades de comunicação. (...) Vista desta perspectiva, a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidade e alternativas, e, consequentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções.[6]

A Constituição Federal do Brasil prevê que *"é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"* (art. 5º, IV), *"é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"* (art. 5º, IX) e que *"é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional"* (art. 5º, XIV).[7]

---

[6] Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Ob.cit*, p. 279.

[7] No caso argentino, a liberdade de imprensa está consagrada no art. 14 da Constituição da Nação, assim redigida, *verbis*: *"Todos los habitantes de la Nácion gozan de los seguientes derechos conforme a lãs leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio;* ***de publicar su ideas por la prensa sin censura previa****; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse com fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender."* (grifos nossos). Cf. ARGENTINA. *Constituición de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Senado Federal, 1994, passim.

Impõe-se uma conclusão lógica: o Estado revela-se democrático quando aceita e tolera as mais diferentes expressões do pensamento, sejam elas favoráveis ou contrárias às suas diretrizes institucionais e às doutrinas dominantes.

## 4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO

A questão relacionada com a dignidade da pessoa humana tem uma abrangência de grande amplitude no direito positivo brasileiro, e dado que se cuida aqui mais especificamente do latente confronto entre a dignidade da pessoa e a liberdade de expressão, limitando o tema, reporta-se ao texto da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, inciso X, outorgou a condição de invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O constitucionalista Luís Roberto Barroso[8] situa a intimidade e a vida privada num conceito mais amplo e visto como direito de privacidade, onde a intimidade estaria relacionada com um universo de fatos mais restritos da vida do indivíduo, enquanto que a vida privada ultrapassaria estes limites e alcançaria um espaço mais amplo e abrangente das relações sociais individuais.

O universo de vida das pessoas se circunscreve a uma convivência social, mais aberta, mais pública, e outra, fincada na sua própria intimidade, estando ambas situações alcançadas pela proteção constitucional da inviolabilidade.

Se por um lado o conceito de dignidade da pessoa humana, na sua amplitude, pode conter situações de maior complexidade para identificar possível violação, naquilo que diz respeito à privacidade e à honra, nenhuma dificuldade pode ser encontrada.

O direito à privacidade traz consigo a certeza de proteção contra a devassa da vida individual das pessoas, e a este direito corresponde uma obrigação de terceiros, que lhe impõe uma conduta negativa, de abstenção de violação.

---

[8] Cf. BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 96.

Num outro patamar de tutela estatal relativamente à dignidade da pessoa humana situam-se ainda o direito à honra e o direito à preservação da imagem.

A honra, que representa mesmo um patrimônio individual, apresenta-se com duas facetas. Uma, de natureza subjetiva, diz respeito ao valor que a própria pessoa lhe empresta como indivíduo, considerando suas virtudes, suas qualidades, seu próprio valor moral. Outra, que corresponde ao valor que lhe é atribuído pelo seu meio social de convivência e atuação.

Estes valores podem ser objeto de violação por ação de terceiros, em atos comissivos ou omissivos, de forma culposa ou dolosa, e de acordo com as circunstâncias em que isto ocorre, de conformidade com a intensidade desta ação, podem resultar danos, muitas das vezes irreparáveis, e suscetíveis, portanto, de devida reparação.

O direito à imagem também está ligado diretamente à honorabilidade. Há situação em que a exposição da imagem compromete a reputação individual, tanto no aspecto pessoal, como também familiar e profissional. A proteção constitucional implica em que ninguém pode ser exposto publicamente sem que o consinta.

Este universo da individualidade, que engloba o direito à intimidade, privacidade, honra, preservação da imagem, cotidianamente pode ser violado com a exposição do indivíduo de forma indevida, e com conhecida frequência, pelos meios de comunicação.

No momento em que isto ocorre, viola-se um princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, todavia, sob o pálio também de outro princípio constitucional, a liberdade de imprensa, decorrendo daí um conflito que reclama uma solução.

Os casos a cuja ocorrência se volta a reflexão provocada neste trabalho são aqueles relacionados especialmente aos de investigados por autoridades policiais e que, em momentos muito precoces do processo investigatório são objeto de noticiários abrangentes, muitas das vezes em rede nacional e com exposição de imagem televisiva.

Não é difícil admitir que tais exposições provocam de imediato um desgaste à imagem do exposto, comprometendo o seu conceito público, sua dignidade e sua honra, em situações que se permitem imaginar irreparáveis.

Ingredientes bastantes para o estabelecimento de um conflito de interesses, o direito da proteção da imagem, da reputação, da honra, desaguando na própria dignidade, e o direito de informação, o direito e liberdade de imprensa.

Direitos subjetivos fincados em princípios constitucionais, assegurados a ambos os envolvidos, na técnica jurídica caracterizando um litígio cuja composição igualmente por regramento constitucional vai situar-se no âmbito de atuação do Poder Judiciário, conforme preceito do art. 5º, XXXV da CF/88, que estabelece que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Dado que tanto a liberdade de imprensa e informação como também a privacidade, intimidade, honra e imagem são direitos que emergem de princípios constitucionais, e ante a evidência e constatação de colisão entre estes princípios, instaura-se o momento da atuação jurisdicional, com a inafastável judicialização da solução do conflito.

Considerando-se a natureza própria deste conflito, a sua solução pode advir do oferecimento de tutelas específicas e que são objeto de análise mais adiante, não sem antes se ocupar aqui, ainda, de ligeira abordagem sobre um tema relevante e oportuno: os limites da liberdade de expressão.

## 5. ANÁLISE SISTEMÁTICA DAS LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO PREVISTAS NO DIREITO BRASILEIRO

Aspecto complexo e importante dos direitos fundamentais está relacionado ao atributo da relatividade, pois há situações que dois direitos da mesma grandeza ou dimensão são confrontados.

Norberto Bobbio assim posiciona a questão:

> Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e

> o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.[9]

Em decorrência de sua dimensão social, o direito fundamental de liberdade de expressão é passível de limites quanto ao seu exercício, tal qual ocorre com outros dessa mesma magnitude.

Merece, desde logo, a diferenciação entre uso e abuso da liberdade de expressão.

A liberdade para manifestação do pensamento, como para expor o fruto da atividade artística, intelectual, científica ou de comunicação é assentada na própria razão de ser e de conformação do Estado Democrático e de Direito.

Contudo, não se pode afastar da idéia também fundada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), segundo a qual o titular dessas liberdades não fica imune à resposta por eventual agravo praticado a terceiros, bem assim à indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação (art. 5º, V e X da CF/88).

Assim, é preciso gizar que primeiramente garante-se a liberdade de expressão. Ao depois, verificado eventual excesso aos limites do exercício de tal direito fundamental, de forma a violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas é que se haverá falar em reparabilidade. Em última análise, em restrição a tal direito.

Ressalte-se que o sistema constitucional brasileiro não permite o abuso da liberdade de expressão, compreendido este quando utilizados meios violentos e arbitrários para a divulgação do pensamento, podendo, ainda entrar em colisão com princípios de idênticos valores, de forma a se restringir o exercício de um ou de outro.

Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com base nos critérios da especialidade, hierarquia e anterioridade, o conflito de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério de ponderação.

---

[9] Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42.

A propósito, preceitua Paulo Bonavides:

> As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas leis, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.[10]

## 6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O mecanismo para realizar a ponderação exigida em caso de confronto de interesses envolvendo direitos fundamentais é a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual é formado por subprincípios que são: a) conformidade ou adequação dos meios (*Geeingnetheit*); b) exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*); c) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).[11]

O primeiro dos subprincípios referidos, da conformidade ou da adequação dos meios, examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, observado o interesse público.

Em se tratando de liberdade de expressão é de perquirir, no caso concreto, se a proibição da publicação, veiculação e distribuição de obras editadas cuja ideia que se pretende difundir são meios adequados para afastar a incidência de ofensa ou discriminação a pessoa ou grupo social porventura alcançado pela infringência de direitos à imagem, honra e patrimônio.

O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou necessidade, segundo o qual a medida escolhida, exemplificativamente a proibição de veiculação da obra com a apreensão de exemplares já distribuídos

---

[10] Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 260.

[11] Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria...*, p. 262.

às livrarias, não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de princípio da escolha do meio mais suave.[12]

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, também conhecido como "lei da ponderação", o intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado, de forma que a análise a ser feita deve levar em conta se dentro de uma sociedade plural como se pretende a brasileira, restringir determinada manifestação de opinião por meio de qualquer veículo de comunicação, ainda que preconceituosa e despropositada, pode ser considerada razoável.

Assim, todas as vezes que se analisar o caso concreto envolvendo colisão de princípios de direito fundamental, dentre os quais o da liberdade de expressão, devem ser sopesados esses três subprincípios, resultando um juízo de ponderação necessário para determinar qual deve prevalecer em detrimento do outro, o qual, por óbvio, sofrerá restrição em sua amplitude e aplicabilidade.

Portanto, ainda que fundante do Estado democrático e de direito, a liberdade de expressão, incluída aqui a liberdade de imprensa, não pode ser entendida como um princípio absoluto e, por vezes, colide com outros princípios de igual magnitude, momento em que competirá ao Judiciário, mediante um juízo de ponderação e de equilíbrio desses mesmos valores, declarar, por meio do princípio da razoabilidade, qual deve prevalecer.

## 7. TUTELA JUDICIAL APLICÁVEL E SUAS CARACTERÍSTICAS E EFEITOS

A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, portanto, de uma ponderação de valores em discussão, decidindo-se, com base no caso concreto, qual o direito que terá primazia, observado os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática.

---

[12] Cf. BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 360.

Com base nesta assertiva, a primeira questão que surge é se o Poder Judiciário tem legitimidade para dirimir conflitos que envolvam a liberdade de imprensa, enquanto pilar de sustentação do princípio democrático, inserto na Carta da Primavera de 1988.

A argumentação central é a de que o Poder Judiciário está sujeito à fiscalização por parte dos órgãos de comunicação; e, enquanto tal, ao mesmo caberia apenas o conhecimento de ações na esfera penal (nos casos de calúnia, injúria e difamação, de modo geral) e cível (nas causas de indenização por danos à imagem, e.g.), mas nunca com o intuito de promover a censura prévia.[13]

Lógico soa que tal conflito de interesses deve levar em conta o postulado de prevalência dos direitos humanos, em especial o respeito ao valor da dignidade da pessoa humana, como assim expressamente agiu a Corte Suprema de Justiça Argentina, ao julgar o famoso caso "Compillay Julio César X La Razón, Crônica e Diário Popular", em 1986, quando a Corte reconheceu que o direito à liberdade de imprensa e informação não é absoluto, no regime republicano, posto que a imprensa deve atuar com particular cautela, a fim de resguardar a integridade moral e a honra das pessoas.[14]

Os direitos de personalidade, como o direito à honra e imagem, não podem ser relegados a segundo plano, como sói acontecer na tradição jurídica norte-americana, devendo o Estado se valer dos instrumentos processuais repressivos, e, em certas situações, preventivos, a fim de não se permitir a absolutização do direito de liberdade de informação jornalística.

---

[13] É o que se alcunhou de doutrina de Hamilton, largamente utilizada na Suprema Corte dos EUA. Nesse sentido, o Ministro do STF, Marco Aurélio Melo defende a ampla liberdade dos meios de comunicação para publicação do quem bem lhe aprouver, não se admitindo a censura como regra geral, salvante as exceções previstas no próprio ordenamento jurídico. Tal ideia é seguida por boa parte do meio jurídico, que advoga a possibilidade, apenas, de, em caso de excesso, se consagrar o direito à indenização por dano moral ou material, como reza a regra do art. 5º, X da CF/88. Cf. SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 149-150.

[14] Cf. SOUZA, Sérgio Ricardo de. Ob. Cit., p. 150 apud TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 1966, pp. 165-166.

No particular, válido que se volvam os olhos para a redação do art. 29, II da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela qual, *verbo ad verbum*:

> No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas a limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.[15]

De forma mais particularizada para o tema em análise, o art. 14 do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969) estatui que:

> Direito de retificação ou resposta
> 1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
> 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.
> 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma

[15] No particular, a moral constitui um conjunto de regras de conduta reconhecidas como válidas, quer de um modo absoluto, para qualquer tempo e lugar, quer para alguns grupos ou pessoas determinadas. Trata-se da conduta dirigida por normas socialmente cogentes, podendo-se falar numa moral vigorante. Não há grupos humanos sem moral; o que existe são grupos com diferentes morais. Cf. DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira*. 2. ed. Curitiba: J. M. Editora, 1999, pp. 55-56.

> pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.[16]

A legitimidade da magistratura para julgar causa desta jaez advém mesmo da forma de seleção de seus quadros, de acordo com os ditames constitucionais, estando ancorada na soberania popular, a quem, em *ultima ratio,* tem o dever de prestar contas.

Ademais, o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV da Carta Magna, alberga o dever de atuação judicial em todas as questões que lhe sejam apresentadas, mesmo aquelas que tratem da liberdade de imprensa, e, em especial, de seus abusos.

Não se pode olvidar que se tornaram, infelizmente, célebres os casos em que, por precipitação ou "estrelismo" da autoridade policial, vinculado ao sensacionalismo barato de certos meios de comunicação, ávidos pelo aumento nas vendagens de seus tabloides, inúmeras pessoas e suas famílias simplesmente tiveram suas vidas arruinadas, apenas restando a via judicial para minorar a dor e sofrimento infligidos, a exemplo dos casos dos "Irmãos Naves", em Minas Gerais, e da Escola Base, no Estado de São Paulo.

No Brasil, a Carta Política de 1988 continua a professar uma cultura jurídica extremamente apegada à exarcebação do uso das tutelas ressarcitórias, de um modo geral, e, com especial ênfase em matéria que envolva o direito à honra, imagem e combate aos danos causados pelo cometimento de abuso da liberdade de expressão (a exemplo do ditame do art. 5º, V e X), nos quais estão consagrados o direito de resposta do ofendido e a reparabilidade dos danos morais e materiais.

Mister se faz o enaltecimento de outra espécie de tutela, que não só repare, ou, ao menos, compense a dor sofrida por conta de uma

---

[16] O Brasil, de forma expressa, é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e tendo entrado em vigor internacional desde 18 de julho de 1978. A adesão ao tratado internacional se deu através do **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Cf. BRASIL. Decreto Legislativo nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Adesão ao Pacto de San José da Costa Rica. *Diário Oficial* [da União], 07 nov 1992, Brasília, passim. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 12 out. 2008.

leviana notícia publicada na mídia, mas que principalmente que evite que tal mal aconteça, como pontificam as tutelas inibitórias.

## 7.1 TUTELA RESSARCITÓRIA

Ultrapassada esta barreira, importa deixar bem claro que, a depender do tipo de ofensa produzida, existirá uma tutela judicial distinta.

Dentro do estudo da tutela constitucional do processo, muita confusão ocorre entre as categorias da ilicitude e do ressarcimento, e, especialmente, os reflexos disto sobre a efetividade da tutela dos direitos.

Os doutrinadores civilistas não conseguem desvincular, para fins de fixação da responsabilidade civil do ofensor, a ideia de ato ilícito e dano. Vale dizer: com amparo na dicção do art. 159 do antigo Código Civil brasileiro[17], se percebia que se equiparavam, de forma equivocada, as noções de dano e ato ilícito.

Só haveria, de acordo com a extração literal da revogada lei civil, reparação do dano quando houvesse violação a direito *ou* prejuízo a outrem. Eram duas alternativas de reparabilidade do dano: violação a direito ou prejuízo a outrem.

Tal noção legal levou a extremada compreensão de que não importa, em termos de tutela cível, um ato contrário ao direito que não cause dano.

Entretanto, hodiernamente, já há claro entendimento de que é possível ocorrer a violação a direito, notadamente àqueles de conteúdo não patrimonial, que não comportam reparação mediante o equivalente monetário.

---

[17] Eis a redação da 1ª parte do art. 159 do revogado Código Civil Brasileiro: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."*, cf. BRASIL. Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. *Diário Oficial* [da União], Rio de Janeiro, [ s. d.], [s. v.], passim. O art. 1.071 do Código Civil Argentino também prevê tal hipótese quando aduz que "*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de uma obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo em mira al reconocerlos o al que exceda los limites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres."* Cf. ARGENTINA. Ley n.º 340, de 29 de septiembre de 1869. Código Civil. *Imprenta de lá Nación*, Buenos Aires, 29 set 1869, [s. v.], p. 513.

Tanto assim o é que a equivalente redação do vetusto art. 159 do Código de 1916 no Código Civil de 2002[18] já tentou evitar tal equiparação, embora com pouco sucesso, tendo em conta que somente haverá ato ilícito se a violação do direito causar dano.

De acordo com o Código, em seu art. 188, ficam de fora da órbita da responsabilidade civil os casos em que, apesar da ocorrência do dano, o ato que o gerou é lícito, a exemplo das hipóteses de estado de necessidade e legítima defesa.

De forma preponderante, o ordenamento jurídico se preocupa apenas com a tutela ressarcitória, mormente quando se percebe que a tutela estatal se volta, especialmente, para a ocorrência do dano, olvidando-se as hipóteses de direito material em que há a prática de ato ilícito, sem ocorrência de dano[19].

Flávio Luís de Oliveira assim explica, *litteris*:

> Com efeito, trata-se de institutos jurídicos independentes, em relação aos quais é perfeitamente possível identificar modalidades autônomas de tutela. Destarte, a sanção privada sempre se restringiu ao ressarcimento pela responsabilidade civil. Essa, porém, não é uma tutela inerente aos direitos de personalidade,

---

[18] Eis a redação do art. 186 do atual Código Civil Brasileiro: ***"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."***; bem como do art. 927, segundo o qual "***Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.".*** Cf. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial* [da União], Brasília, 11 jan 2002, [s. v.], passim.

[19] De igual maneira, o direito argentino também advoga esta tese. Basta analisar o conteúdo do art. 1067 do Código Civil Argentino, segundo o qual "*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia."* Fica claro que também na Argentina, não há a preocupação de se diferenciar o dano do ato ilícito, enquanto distintos elementos da responsabilidade civil. Devemos distinguir o juízo de menosprezo do resultado da ação daqueloutro de menosprezo da própria ação. Cf. ARGENTINA. Ley n.º 340, de 29 de septiembre de 1869. Código Civil. *Imprenta de lá Nación*, Buenos Aires, 29 set 1869, [s. v.], p. 513; ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 02; SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de daños*. Madrid: Montecorvo, 1963, p. 26.

> tampouco se revela adequada a propiciar-lhes a devida garantia.[20]

No que toca ao regramento da liberdade de imprensa, o art. 49 da Lei de Imprensa (Lei Federal nº 5.250/67)[21] estabelece as espécies de tutelas ressarcitórias, que se fundam exclusivamente no ressarcimento em dinheiro, em razão do dano causado.

Mister se faz apontar que a tutela ressarcitória se relaciona, com maior profundidade, como dito alhures, com o dano efetivamente ocorrido, e que este possui uma amplitude tal a comportar quatro espécies distintas, a saber: o dano material, o dano moral, o dano à imagem ("imagem-atributo") e o dano estético ("imagem-retrato").

---

[20] Marinoni exemplifica a situação com a hipótese de exposição a venda de produto nocivo à saúde do consumidor. Em tal caso, a simples exposição à venda constitui ato ilícito, suscetível de repressão através da devida tutela jurisdicional, que não será meramente ressarcitória, mas inibitória de ocorrência do efetivo dano. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 22-23; OLIVEIRA, Flávio Luís. *A tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Flaviooli_tutela.doc>. Acesso em: 12 out. 2008.

[21] Determina citado dispositivo que:

"Art . 49. 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, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

II - os danos materiais, nos demais casos.

§ 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.

§ 2º Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (art. 50).

§ 3º Se a violação ocorre mediante publicação de impresso não periódico, responde pela reparação do dano:

a) o autor do escrito, se nele indicado; ou

b) a pessoa natural ou jurídica que explora a oficina impressora, se do impresso não consta o nome do autor. Cf. BRASIL. Lei n.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. *Diário Oficial* [da União], Brasília, 10 fev 1967, [s. v.], passim.

Entende-se como dano moral todo aquele que não venha a afetar o patrimônio material da vítima.[22] Ou seja, abrange a dor física e psíquica, constrangimento, raiva, angústia, aflição, vergonha, sentimento de humilhação. Enfim, é tudo aquilo bastante o suficiente para causar uma repercussão negativa *no íntimo da vítima*.

De rigor, interessa tratar da distinção que se faz entre dano moral, dano à imagem e o dano estético.

Conforme asseverado, o constituinte originário assegurou, no elenco dos direitos e garantias fundamentais, o direito das pessoas serem indenizadas por danos materiais, morais e à imagem.

Surpreendentemente, não se vê, aos borbotões, ações de reparação de danos cumulando essas três verbas distintas. Em nosso ordenamento jurídico há espaço, em sendo confirmadas as respectivas lesões, para a condenação conjunta ao dever de indenizar as três espécies de danos constitucionalmente admitidos.

O dano à imagem tem a ver com as repercussões sociais do dano que fora tornado público e que, de forma reflexa, foram suportadas pela vítima. Destarte, podemos refletir como sendo o aspecto objetivo do dano que, de uma forma ou de outra, repercutiu para toda uma coletividade.

O direito à imagem é definido por Bustamante Alsina, citado por Eduardo Martinez Alvarez, como a faculdade de cada pessoa de dispor exclusivamente de sua própria imagem, através da fotografia divulgada pelos meios massivos de comunicação, como a imprensa escrita e televisada, assim como pelo cinema.[23]

A *Lex Legum*, ao prever a reparabilidade do dano à imagem, o faz logo após assegurar a liberdade de expressão (art. 5º, IV da CF), restando nítida a coerência do texto constitucional.

Ao estabelecer que *"é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"* e logo em seguida assegurar, conforme já mencionado, *"direito*

---

[22] Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Liberdade de Imprensa e Poder Judiciário***.** Disponível em: <http:bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9381/1/Liberdade_de_Imprensa_e_Poder.pdf>. Acesso em: 12 out 2008.

[23] ALVAREZ, Eduardo Mario Martinez. El derecho de la imagen. *Juris Doctor*, nº 1, Disponível em: <http://www.jurisdoctor.adv.br/revista/rev-01/art13-01.htm>. Acesso em: 12 out. 2008.

*de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"*, a Constituição claramente fez referência a uma relação de causa e efeito.

Ora, direito de resposta e indenização, no tocante ao inciso V, pressupõem uma pretérita manifestação de pensamento. Assim, podemos concluir que a Carta Primaveril de 1988 garantiu o direito a indenização por dano à imagem como sendo um consectário da livre manifestação de pensamento mal utilizada, ou seja, geradora de consequências nefastas para aquele que fora alvo de tal manifestação.

Interessante notar que essas repercussões atingem indiretamente a vítima, porém de forma não menos danosa. O bem jurídico a ser protegido pela reparação do dano à imagem é, como o próprio termo deixa claro, a imagem, a reputação, o conceito que as pessoas fazem ou faziam do lesado.

Alguém que é caluniado ou difamado publicamente com certeza terá o seu bom nome abalado diante dos seus pares e sofrerá as consequências conexas da sua perda de respeito e/ou credibilidade. Isso se manifesta na forma como as pessoas mudam seu comportamento, se tornando mais arredias e desconfiadas para com a vítima.[24]

Já o dano estético é aquele que se relaciona com a "imagem-retrato" da vítima, vindo a ser conceituado por Severiano Aragão como, *verbis*:

> "toda alteração morfológica do indivíduo que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa".[25]

---

[24] Cf. MOREIRA, Luiz Roberto Curado. A problemática do dano à imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3189>. Acesso em: 12 out. 2008.

[25] Cf. ARAGÃO, Severiano. *Dano Moral*. Disponível em: <http://www.juridnet.com.br>. Acesso em: 12 out. 2008.

Para Maria Helena Diniz, a lesão estética, em regra, constitui, indubitavelmente, um dano moral que poderá ou não constituir um prejuízo patrimonial. Seguindo-se esta linha de raciocínio, o dano moral sempre abrangerá o estético ou morfológico, quando o prejuízo for extrapatrimonial, pois este último, na doutrina da civilista, é espécie do primeiro. [26]

Até agora, a preocupação se centrou na análise da tutela ressarcitória em equivalente pecuniário (dinheiro), que é bem mais conhecida e aplicada pelos tribunais.

Porém, existe outra modalidade de tutela ressarcitória, tão ou mais importante que aqueloutra, que é a do ressarcimento específico.

O art. 5º, V da Constituição Federal consagra o direito de resposta como modalidade de ressarcimento específico, causado pelo dano. O direito de resposta ou retificação encontra-se regulamentado na Lei da Imprensa (Lei n. 5.250/67), arts. 29 a 36.

Assim, constitui-se como direito que assiste a toda pessoa, física ou jurídica, objeto de uma notícia publicada por um órgão de comunicação social, de ver difundido gratuitamente um desmentido, uma defesa ou uma retificação de informações nela contidas.[27]

De igual maneira, o art. 75 da Lei de Imprensa traz a seguinte previsão, pouco utilizada pelas pessoas ofendidas, qual seja, *ipsis verbis*:

---

[26] Hoje, não mais se questiona sobre a possibilidade de cumulação do pedido de ressarcimento do dano moral e dano estético. A título exemplificativo, um caso que demonstra com clareza tal assertiva é o da manequim que necessita de seu belo rosto e corpo para poder ter o seu sustento. Em uma determinada cirurgia plástica, vem esta modelo a sofrer lesões que causam deformidades permanentes em sua morfologia (corpo e rosto), impedindo-a de trabalhar, por falta de ofertas de emprego. Nesta hipótese, resta patente dois tipos de prejuízos, um de ordem extrapatrimonial (com danos à moral), e outro de ordem patrimonial (com danos à estética). Cf. BARROS, Felipe Luiz Machado. O dano estético e a responsabilização civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1870>. Acesso em: 12 out. 2008; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2000, pp. 73-80.

[27] Cf. MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 101-102; NICOLODI, Ana Marina. O direito de resposta. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 12 out. 2007. Disponível em: < http://jusvi.com/artigos/29029>. Acesso em: 12 out. 2008.

> A publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada.
>
> Parágrafo único. Aplica-se a disposição contida neste artigo em relação aos termos do ato judicial que tenha homologado a retratação do ofensor, sem prejuízo do disposto no § 2º, letras a e b , do art. 26.[28]

Se toda condenação judicial de grandes meios de comunicação infligisse obrigatoriamente, também, a publicação da sentença, com certeza, o caráter pedagógico da medida teria consequências mais eficazes do que a simples reparação pecuniária.

Basta que as pessoas ofendidas requeiram ao magistrado que assim proceda, para tal efeito sentencial se produza. Lembre-se, porém, que a grande questão, em termos de tutela judicial, hodiernamente, é se evitar que as levianas e maliciosas publicações venham a circular, maculando a honra, a imagem e a vida das pessoas.

Nessa toada, a própria legislação nacional tratou de propiciar o surgimento de mecanismos processuais que evitem ou previnam a ocorrência do ato ilícito. São as tutelas inibitórias, adiante analisadas.

## 7.2 TUTELA INIBITÓRIA

A tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita "principal". Trata-se de "ação de conhecimento" de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.[29]

---

[28] Cf. BRASIL. Lei n.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. *Diário Oficial* [da União], Brasília, 10 fev 1967, [s. v.], passim.

[29] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 38 e ss.

Durante muito tempo sem o pleno acesso à teoria das tutelas inibitórias, o direito processual pátrio se valia de outras maneiras para se evitar o cometimento do ilícito na seara do direito de imprensa.

A doutrina processual, na mesma senda do pensamento civilista, não enxergava com bons olhos entrega de poderes executivos ao magistrado na tentativa de prevenir a ocorrência do próprio ato ilícito (bem anterior à ocorrência do dano).

Sobre tal questão, válida a transcrição de ensinança de Marinoni a respeito, *litteris*:

> A inexistência de uma ação de conhecimento dotada de meios executivos idôneos à prevenção, além de relacionada à ideia de que os direitos não necessitariam desse tipo de tutela, encontrava apoio no temor de se dar poder ao juiz, especialmente "poderes executivos" para atuar antes da violação do direito. Supunha-se que a atuação do juiz, antes da violação da norma, *poderia comprimir os direitos de liberdade*. Tanto é verdade que a doutrina italiana, ainda que recente, chegou a afirmar expressamente que a tutela inibitória antecedente a qualquer ilícito – denominada de "tutela puramente preventiva" – seria "certamente la *più energica*", mas também "la *più preoccupante*, come è di tutte le prevenzioni che possono *eccessivamente limitare l'umana autonomia*"[30]

Exemplo clássico no direito brasileiro é aquele relativo à publicação de biografias não-autorizadas. A par da liberdade de expressão, há no regramento infraconstitucional o art. 20 do Código Civil, obstando a veiculação de informações relativas a uma pessoa que atinja a sua honra

---

[30] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>. Acesso em: 12 out. 2008; BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milão: Giuffrè, 1964, p. 428.

e se destinem a fins comerciais, sem prejuízo da indenização correspondente.

Contudo, verifica-se a supremacia da liberdade de expressão, ainda que não autorizada a publicação ou veiculação da matéria ou palavra, quando preponderar o interesse público sobre o fato ou imagem da pessoa, contemplando-se a restrição ao direito fundamental quando ofender direitos imateriais ou com o objetivo de aferir lucro.

Assim, a limitação à liberdade de imprensa encontrava nas ações cautelares inominadas (art. 798 e 799 do CPC), bem como nas cautelares nominadas de busca e apreensão (art. 839 e seguintes do CPC) e de exibição (arts. 844 do CPC), exemplificativamente, o meio processual adequado para obstar a perpetuação do ilícito.

A sustentação jurídica dessa modalidade de ação encontra assento constitucional, porquanto o próprio art. 5º, XXXV, da CRFB, consagra além do princípio da inafastabilidade da apreciação do Judiciário de lesão ou ameaça a direito, a próprio acesso à ordem jurídica justa, restando claro que a ação inibitória destina-se a impedir a prática do ilícito, portanto voltada para o futuro, antes mesmo da ocorrência do dano propriamente dito, bem como inibir a repetição e continuação do dano.

Forçoso concluir, a partir desse raciocínio, ser desnecessária a alegação da ocorrência do dano, bastando tão-somente a comprovação da violação da norma por meio da subsunção para permitir a remoção do ilícito de eficácia continuada.

A ação inibitória se volta contra a possibilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada tem a ver com o ressarcimento do dano e, por consequência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo.

Além disso, essa ação não requer nem mesmo a probabilidade do dano, contentando-se com a simples probabilidade de ilícito (ato contrário ao direito).

Isso por uma razão simples: imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o dano implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil. Acontece que o dano é uma

consequência eventual do ato contrário ao direito[31], os quais, assim, podem e devem ser destacados para que os direitos sejam mais adequadamente protegidos.

A ação inibitória pode atuar de três maneiras distintas. Em primeiro lugar para impedir a prática de ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido pelo réu. Essa espécie de ação inibitória foi a que encontrou maior resistência na doutrina italiana.[32]

Isso é explicável em razão de que essa modalidade de ação inibitória, por atuar antes de qualquer ilícito ter sido praticado pelo réu, torna mais árdua a tarefa do juiz, uma vez que é muito mais difícil constatar a probabilidade do ilícito sem poder considerar qualquer ato anterior do que verificar a probabilidade da sua repetição ou da continuação da ação ilícita.

Como se vê, o problema das três formas de ação inibitória é ligado diretamente à prova da ameaça. Enquanto que duas delas – a que visa inibir a repetição e a que objetiva inibir a continuação –, ao se voltarem para o futuro, e assim para a probabilidade da repetição ou da continuação, podem considerar o passado, ou seja, o ilícito já ocorrido, a outra não pode enxergar ilícito nenhum no passado, mas apenas atentar para eventuais fatos que constituam indícios de que o ilícito será praticado.

Assim sendo, há a tutela inibitória mediante imposição de não-fazer e de fazer, igualmente considerada de função preventiva, principalmente em se tratando de direitos fundamentais (arts. 84 do CDC; e 461 do CPC), com a qual objetiva-se a garantia do direito material por meio de uma conduta positiva, negativa ou da própria eliminação do ilícito.

A ação inibitória quando voltada para impedir a repetição do ilícito, portanto apta a promover a sua remoção, tem por finalidade precípua evitar a ocorrência de outro ilícito nos moldes daquele já experimentado ou com semelhantes consequências, suficiente a possibilitar a ocorrência de novos danos.

---

[31] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 40 e ss.

[32] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção*..., passim.

Assim considerada, a tutela de remoção do ilícito é a própria eliminação da fonte causadora do dano, portanto destina-se ao ilícito passado e ao ilícito futuro.

Essas são as limitações explícitas à liberdade de expressão no instrumental jurídico brasileiro, carecendo de análise o principal mecanismo de solução quando houver colisão desse princípio com outros de idêntica dimensão em sede jurisdicional.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de os direitos fundamentais localizarem-se na estrutura de sustentação e de eficácia do princípio democrático, pois inserem no seu conteúdo formal e material modelos normativo-principiológicos, por vezes entram em colisão e exigem um ajustamento deôntico.

Também é forçoso concluir que a liberdade de expressão exerce papel de extrema relevância, analisado sob o prisma do direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição de censura.

A liberdade de expressão é um elemento que compõe o princípio democrático, de forma que estabelece um ambiente onde as várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da sociedade. É o valor instrumental já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática e preservação da soberania popular.

Contudo, o direito fundamental de liberdade de expressão é passível de limites quanto ao seu exercício, tal qual ocorre com outros dessa mesma magnitude.

Um desses limites diz respeito à clara noção de que não se pode afastar a aplicabilidade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), segundo a qual o titular dessas liberdades não fica imune a resposta por eventual agravo praticado a terceiros, bem assim à indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação (art. 5º, V e X da CRFB).

O mecanismo para realizar a ponderação exigida em caso de confronto de interesses envolvendo tais direitos fundamentais é a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo qual se deverá

perquirir, no caso concreto, se a proibição da publicação, veiculação e distribuição de obras editadas cuja ideia que se pretende difundir são meios adequados para afastar a incidência de ofensa ou discriminação a pessoa ou grupo social porventura alcançado pela infringência de direitos à imagem, honra e patrimônio.

Existem, no ordenamento jurídico, modalidades de tutelas jurídicas postas para o exercício deste juízo de proporcionalidade.

No Brasil, a Carta Política de 1988 continua a professar uma cultura jurídica extremamente apegada à exarcebação do uso das tutelas ressarcitórias, de um modo geral, e, com especial ênfase em matéria que envolva o direito à honra, imagem e combate aos danos causados pelo cometimento de abuso da liberdade de expressão (a exemplo do ditame do art. 5º, V e X), nos quais estão consagrados o direito de resposta do ofendido e a reparabilidade dos danos morais e materiais.

Entretanto, hodiernamente, já há claro entendimento de que é possível ocorrer a violação a direito, notadamente àqueles de conteúdo não patrimonial, que não comportam reparação mediante o equivalente monetário.

Porém, existe outra modalidade de tutela ressarcitória, tão ou mais importante que aqueloutra, que é a do ressarcimento específico, fulcrado no direito de resposta e no dever de publicação da sentença condenatória em danos morais e materiais nos meios de comunicação existentes.

Lembre-se, porém, que a grande questão, em termos de tutela judicial, hodiernamente, é se evitar que as levianas e maliciosas publicações venham a circular, maculando a honra, a imagem e a vida das pessoas.

Nessa toada, a própria legislação nacional tratou de propiciar o surgimento de mecanismos processuais que evitem ou previnam a ocorrência do ilícito. São as tutelas inibitórias, delineadas nos arts. 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil pátrios.

Forçoso concluir, a partir desse raciocínio, ser desnecessária a alegação da ocorrência do dano, bastando tão-somente a comprovação da violação da norma por meio da subsunção para permitir a remoção do ilícito de eficácia continuada.

A ação inibitória se volta contra a possibilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada tem a ver com o ressarcimento do dano e, por consequência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo.

O caminho a ser trilhado, então, visa ao fortalecimento do uso indiscriminado das ações inibitórias, de sorte que nem mesmo o ato ilícito venha a ser configurado, poupando-se, assim, as futuras vítimas da ocorrência de danos, que somente através do ressarcimento pecuniário viriam a ser resolvidos.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Centro de Estúdios Políticos Y Constitucionales: Madrid, 2007.

ALVAREZ, Eduardo Mario Martinez. El derecho de la imagen. *Juris Doctor*, nº 1, Disponível em: <http://www.jurisdoctor.adv.br/revista/rev-01/art13-01.htm>. Acesso em: 12 out. 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAGÃO, Severiano. *Dano moral*. Disponível em: <http://www.juridnet.com.br>. Acesso em: 12 out. 2008.

ARGENTINA. *Constituición de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Senado Federal, 1994.

_____. Ley n.º 340, de 29 de septiembre de 1869. Código Civil. *Imprenta de la nación*, Buenos Aires, 29 set 1869, [s. v.].

BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milão: Giuffrè, 1964.

BARROS, Felipe Luiz Machado. *O dano estético e a responsabilização civil*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, nº 49, fev. 2001. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1870>. Acesso em: 12 out. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo III, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. *Diário Oficial* [da União], Rio de Janeiro, [s. d.], [s. v.].

_____. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. *Diário Oficial* [da União], Brasília, 10 fev 1967, [s. v.], passim.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial* [da União], Brasília, 11 jan 2002, [s. v.]

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2000.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Liberdade de imprensa e poder judiciário*. Disponível em:<http:bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9381/1/Liberdade_de_Imprensa_e_Poder.pdf>. Acesso em: 12 out 2008.

DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira*. 2ª ed. Curitiba: J. M. Editora, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*: *considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LOPEZ, Mario Justo. *Manual de derecho político*. 3ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>. Acesso em: 12 out. 2008.

_____. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
MOREIRA, Luiz Roberto Curado. A problemática do dano à imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3189>. Acesso em: 12 out. 2008.
MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
MORELLO, Augusto M. *El processo justo*. 2ª ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2005.
NICOLODI, Ana Marina. O direito de resposta. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 12 out. 2007. Disponível em: < http://jusvi.com/artigos/29029>. Acesso em: 12 out. 2008.
OLIVEIRA, Flávio Luís. *A tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Flaviooli_tutela.doc>. Acesso em: 12 out. 2008.
RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de daños*. Madrid: Montecorvo, 1963.
SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento da realização de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008.
TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. 2ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 1966.
ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1993.