



Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Jurídicas e Política
Escola de Ciências Jurídicas

Ana Beatriz Caldeira Lage

Dano À Imagem como Hipótese de Responsabilidade Civil Constitucional.

Rio de Janeiro

2017

Ana Beatriz Caldeira Lage

Dano À Imagem como Hipótese de Responsabilidade Civil Constitucional.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para concessão do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), sob orientação da Prof. Dra. Patrícia Ribeiro Serra Vieira.

Rio de Janeiro

2017

*“It has been a beautiful fight.
Still is.”*

(Charles Bukowski)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Valdir e Liane, por serem incansáveis em ensinar, ouvir, apoiar e amar. Cada passo dado é para e por vocês. Obrigada pelo suporte. Eu amo vocês.

Ao meu irmão, André, que me mostra na prática que a dedicação é fundamental para se alcançar o sucesso. Você é um dos meus maiores exemplos. E à minha cunhada, Stephania, por ser a irmã que eu nunca tive e por todo companheirismo.

À minha família, principalmente minhas avós Alba e Ondina, que nunca se deixaram abater pelas adversidades da vida e me mostram, a cada dia, quão forte uma mulher pode e deve ser.

Ao Pedro, meu melhor parceiro, pela paciência nos momentos de insegurança, conselhos, apoio e por sempre segurar minha mão.

À turma 2012.2, em especial Carol, Guilherme e Anna Carolina. Nunca existirão palavras para agradecer pela família que construímos. Obrigada por compartilharmos tantos momentos. O curso acaba, mas seguimos juntos no longo caminho a ser percorrido.

À minha orientadora, Patrícia Serra, pelos ensinamentos e paciência na condução deste trabalho.

RESUMO

Objetiva analisar o entendimento dos Tribunais Superiores brasileiros sobre a responsabilidade civil decorrente de violação ao direito à imagem, delimitando o seu conceito pela aplicação da cláusula geral presente no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002. Instiga o debate acerca do dano à imagem, vez que o mesmo mostra-se crescente no âmbito da responsabilidade civil. Aborda também o fenômeno da constitucionalização do direito civil, progressivo no direito brasileiro, que possui como premissa a interpretação e aplicação do Direito Civil de forma mais operável, justa e igualitária, porque devidamente motivado nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CRFB) e solidariedade social (art. 3º, incisos I e III, da CRFB). A fim de embasar tais argumentos, serão trazidos posicionamentos doutrinários, bem como a apresentação de jurisprudência atualizada sobre o tema.

Palavras-Chave: dignidade da pessoa humana; indenização civil; solidariedade social; constitucionalização do direito civil

ABSTRACT

It aims to analyze the Brazilian Supreme Court's understanding of civil liability arising from the violation of the right to image, delimiting its concept by applying the general cause in the sole paragraph of article 927 of the Civil Code of 2002. It instigate the debate about the damage to the image, as it is growing in the area of civil liability. It also addresses the phenomenon of the constitutionalisation of Civil Law, progressive in Brazilian law, whose premise is the interpretation and application of Civil Law in a more operable, fair and egalitarian way, because it is duly motivated in the principles of the dignity of the human being (article 1, III, of the Brazilian Constitution) and social solidarity (article 3, I and III, of the Brazilian Constitution). In order to base these arguments, doctrinal positions will be brought, as well as the presentation of jurisprudence on the subject.

Key-words: dignity of human being; civil damages; social solidarity; constitutionalisation of civil law

SUMÁRIO

Introdução.....	1
Capítulo 1 - A evolução doutrinária na responsabilidade civil: da culpa provada ao risco..	4
1.1. A Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro.....	4
1.2. A Culpa Provada.....	5
1.3. A Responsabilidade Objetiva e a Teoria do Risco.....	6
Capítulo 2 – O fenômeno do Direito Civil-Constitucional.....	9
2.1. A constitucionalização do Direito Civil.....	9
2.2. A Evolução no Código Civil Brasileiro.....	11
2.3. Os Direitos da Personalidade na Constituição de 1988.....	13
Capítulo 3 – Ponderação Usual entre os Direito À Imagem e À Informação.....	15
3.1. Equilíbrio e limitação entre direitos fundamentais.....	15
3.2. Imagem-Retrato <i>versus</i> Imagem-Atributo.....	19
3.3. A Violação ao Direito à Imagem.....	20
Capítulo 4 – Análise da Jurisprudência Afeita À Violação ao Direito À Imagem.....	23
4.1. Precedentes Judiciais Afeitos À Matéria em Geral.....	23
4.2. Casos Representativos de Uso Indevido de Imagem.....	37
Conclusão.....	42

INTRODUÇÃO

O debate acerca do dano à imagem, no âmbito da responsabilidade civil, mostra-se crescente e intenso, por conta, em especial, da necessária preservação plena pessoa humana.

A expansão dos meios de comunicação, assim como das mídias sociais, aliados à facilidade de se obter informações sobre terceiros, expõe pessoas e sua intimidade, sem que sequer tenham consentido. Em decorrência, o Judiciário vem sendo chamado a resolver conflitos, que surgem entre aqueles que expõem a imagem alheia e os expostos, conforme ensina o professor Carlos Nelson Konder¹:

A difusão das tecnologias de comunicação, o papel alcançado pela mídia e a chamada ‘cultura das celebridades’ gerou, entre nós, um caso cada vez mais comum. Uma publicação faz uso não autorizado da imagem de uma modelo para fins publicitários. A vítima, inconformada com a violação à sua personalidade, aciona o Judiciário, que, verificando o ilícito, o nexo de causalidade e o dano, responsabiliza o ofensor pelos danos materiais e morais causados. Calcula a reparação a título de danos materiais com base no que a modelo normalmente receberia por aquele tipo de publicidade, a título de danos morais, um valor reputado equitativo tendo em vista que houve certa banalização da imagem da vítima, mas, por outro lado, a lesão não foi tão invasiva já que sua imagem já era usada para outros fins publicitários. Ao final, a condenação à reparação fica inferior ao lucro obtido com a intervenção ilícita no direito alheio, e o ofensor, em lugar de sancionado, acaba estimulado a repetir a prática. Como pode o direito lidar com esse cenário?

Existem inúmeros aspectos a serem observados quando o assunto é o direito à imagem e a responsabilidade civil à ele atrelada. Destaca-se aqui a ponderação do mesmo com a também necessária liberdade de informação.

A partir do método qualitativo, realizar-se-á uma abordagem teórica acerca da aplicabilidade da cláusula geral de responsabilidade civil frente aos danos decorrentes de

¹ KONDER, Carlos Nelson *in* LINS, Thiago. O Lucro da Intervenção e o Direito à Imagem. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 2016. Prefácio.

violação ao direito à imagem. Para tanto, além do cotejo de compêndios doutrinários, analisar-se-á a jurisprudência dos Tribunais Superiores nos últimos anos, sobre a matéria.

Discute-se acerca do que é violação ao direito à própria imagem e intimidade, merecedor de indenização, e o que não é. Por se tratar de assunto de extrema subjetividade, faz-se necessário uma análise mais profunda dos critérios utilizados pelo judiciário brasileiro para definir o que é passível de indenização ou não.

Desta forma, o presente trabalho irá abordar, em seu primeiro capítulo, os aspectos da responsabilidade civil relacionados ao dano à imagem, direito da personalidade, protegido pela Constituição de 1988.

Ademais, analisa a evolução da responsabilidade civil ao longo dos anos no ordenamento jurídico brasileiro, em seu âmbito subjetivo, conjuntamente com o instituto da culpa provada, assim como no seu aspecto objetivo em concomitância com a teoria do risco, dela decorrente.

Ressalta, ainda, que com a promulgação do Código Civil de 2002 os pilares da responsabilidade civil necessária para gerar o dever de indenizar foram gradualmente se modificando.

Deste modo, pretende-se também observar a aplicabilidade do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, assim como do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, no campo jurisprudencial atual.

Analisar-se-á, no segundo capítulo, o fenômeno do Direito Civil-Constitucional, vez que com a constitucionalização do direito civil torna-se necessário uma maior análise do aspecto coletivo sobre as relações entre particulares.

Ademais, será debatido, no terceiro capítulo, o equilíbrio necessário para ponderar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, quais sejam, o direito à imagem e o direito à informação, vez que, ao priorizar um destes, automaticamente o restante será mitigado, mas não devendo, nunca, ser ignorado.

Por fim, far-se-á a análise do entendimento dos Tribunais Superiores sobre esta ponderação, sendo apresentados julgados a respeito do tema, além de casos conhecidos nacionalmente devido à divulgação não autorizada de imagens.

Não seria possível esgotar toda a discussão que aborda o tema em debate, nem tampouco restringir a aplicação da responsabilidade civil sobre o assunto, principalmente porque, cada caso, deve ser analisado de forma substancial.

Capítulo 1 - A evolução doutrinária na responsabilidade civil: da culpa provada ao risco

1.1. A responsabilidade civil no direito brasileiro

O instituto da responsabilidade civil é amplamente conhecido por seus três pilares: conduta culposa, dano e nexo causal. No entanto, a culpa vem perdendo força com o passar dos anos, devido à uma enorme evolução deste instituto, frente aos avanços sociais tecnológicos que se iniciou em meados do século XX e segue ocorrendo. Tal desenvolvimento pode ser percebido no direito brasileiro através das mudanças ocorridas entre o Código Civil de 1916 e a legislação vigente, e demais normas que surgiram neste interim, como a Constituição Brasileira de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque no Código Civil de 1916 somente encontrávamos um dispositivo definidor da responsabilidade civil, pelo seu aspecto subjetivo; ou seja, possuindo como seu caráter principal a culpa, estabelecendo um sistema de culpa provada.

No entanto, no nosso atual Código Civil, passou-se a admitir que não é necessário que haja culpa para que exista responsabilidade, conforme leciona Sergio Cavalieri Filho²:

“Apesar da resistência dos defensores da teoria subjetiva, a culpa aos poucos deixou de ser a grande estrela da responsabilidade civil, perdeu cada vez mais espaço, até ser retirada do palco. (...) Pelo novo sistema, provados o dano e o nexo causal, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar a ocorrência de alguma das causas de exclusão do nexo causal – caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro”.

Diversas leis ingressaram no ordenamento jurídico consagrando a responsabilidade civil objetiva, como a Lei das Estradas de Ferro (Decreto Legislativo nº 2.681/1912), O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986) e a Lei nº

² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

6.453/1977, que dispunha sobre as atividades nucleares, e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Mas foi em 1988, com a promulgação da nova Constituição da República que tal desenvolvimento foi consolidado, estendendo a responsabilidade objetiva do artigo 37, §6º e pacificando a matéria da indenização por dano moral. Além disso, incluiu diversos outros artigos sobre responsabilidade em seu texto, aumentando significativamente a abordagem do tema, vez que o Código Civil de 1916 somente o citava em seu artigo 159.

Nesta linha de pensamento, aquela Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, retirou mais ainda a força do art. 159, transferindo os riscos do consumo para a fornecedora de serviços e/ou produtos, além de adotar a responsabilidade civil objetiva nos casos de seus artigos 12 e 14 (acidentes de consumo, oriundos da violação ao dever de segurança).

Consolidando tais mudanças, o Código Civil de 2002 não só converteu diversas situações de responsabilidade subjetiva em objetiva, como concretizou, no parágrafo único do seu artigo 927, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para as atividades de risco.

Sendo assim, o sistema jurídico brasileiro tornou-se complexo, no que diz respeito à responsabilidade civil, vez que coexistem a responsabilidade civil subjetiva com a objetiva na mesma Lei Civil.

1.2.Responsabilidade Civil Subjetiva e a Culpa Provada

A responsabilidade civil subjetiva possui como seu principal elemento caracterizador o atributo da culpa.

A culpa se divide entre o critério subjetivo e objetivo. O critério subjetivo (culpa *lato sensu*) leva em consideração a concepção da vontade do agente. Trata-se de uma conduta voluntária, dominável, mas não necessariamente dominada; e, por isso, nem sempre o resultado será o desejado.

Discute-se se a culpa *lato sensu* seria o mesmo que dolo, visto que, em ambas, há conduta voluntária. Entretanto, enquanto no dolo, a conduta já é desde o início ilícita, na culpa o ato nasce dentro de padrões presumivelmente aceitáveis, e durante sua execução se torna antijurídico.

Já o critério objetivo (culpa *stricto sensu*) leva em consideração o comportamento do agente como *boner pater familias*, que tem como base a conduta de um homem médio e o exigido ou esperado dever de cuidado. Ou seja, é necessário avaliar se aquele seria o procedimento padrão adotado por um homem normal, pela sociedade. Caso a conduta resulte de negligência, imprudência ou imperícia que o considerado homem padrão não cometeria, resta caracterizada a conduta culposa propriamente dita.

Conclui-se que, para o agir ser considerado culposos, ele deve ser voluntário (devendo o resultado ser involuntário), o que previsível ou presumível e com inobservância do dever de cuidado.

1.3.Responsabilidade Civil Objetiva e a Teoria do Risco

Com o Código Civil de 2002, a responsabilidade objetiva foi incorporada, sem, no entanto, se excluir por completo a subjetiva preexistente. No entanto, a doutrina e jurisprudência brasileiras vêm, gradativamente, admitindo a responsabilidade civil objetiva no lugar da subjetiva.

Nesse caso, a teoria do risco vem ganhando cada vez mais força em detrimento à culpa provada, ou seja, o enfoque principal da responsabilidade deixa de ser o autor do ato ilícito – que não necessariamente precisa ter culpa – mas sim a vítima do dano, para que seja reparada.

Assim sendo, ao se excluir um dos pilares da responsabilidade civil originária (a culpa), restam a conduta, o nexo causal e o dano.

A demonstração do nexo causal entre o ato, que não necessariamente precisa ser ilícito³, e o dano torna-se cada vez mais importante, visto que, havendo prejuízo, a culpa do agente torna-se insignificante para que o mesmo seja condenado a indenizar a vítima, tanto por dano material quanto moral.

Importante não confundir relação causal com culpabilidade, tendo em vista que a primeira possui caráter objetivo, ou seja, responsabiliza aquele que deu ensejo ao dano, e a segunda possui caráter subjetivo, devendo ser verificada se a conduta do agente se deu por vontade própria ou se poderia ser de forma diferente.

Sergio Cavalieri leciona⁴, em sua obra que *“em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do ano”*.

Resta claro, então, que enquanto na responsabilidade civil subjetiva leva-se em consideração o nexo psicológico entre o fato e a vontade do agente, nos remetendo à imagem do homem médio⁵, por exemplo; na responsabilidade civil objetiva, o enfoque se dá somente na relação que seu ato praticado possui com o dano causado.

Diante deste novo conceito, surgiram diversas teorias aplicáveis ao risco, como, a teoria do risco proveito – em que o responsável é aquele que aproveita economicamente do ato danoso; risco excepcional – deve-se reparar sempre que o dano for consequência de um risco excepcional; risco profissional – a reparação é obrigatória

³ A esse respeito, Maria Celina Bodin de Moraes ensina que “(...) em cada vez mais numerosas situações, o mesmo ordenamento jurídico determina danos que se forem causados, não obstante a liceidade da ação ou da atividade, a vítima não deve ficar irressarcida. Aqui também os danos seriam, à primeira vista, lícitos; geram, no entanto, obrigação de indenizar. Neste caso enquadram-se, por exemplo, as inúmeras hipóteses de responsabilidade objetiva, hoje reguladas seja através de cláusula geral (CC, parágrafo único do art. 927) seja mediante dispositivos específicos (CC, arts. 931, 932, 937, 938 etc.), consubstanciando-se, pois, em figuras de danos ressarcíveis, embora não resultantes da prática de qualquer ilícito.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. disponível em http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf>. Acesso em 2017

⁴ Cavalieri Filho, Sergio. Ob. cit., p. 63.

⁵ O ato passa a ser previsível quando pode ser previsto por um homem comum, desde que observadas as instruções de cautela e diligência, o que caracteriza um dos elementos da culpa.

quando o ato prejudicial for em decorrência da profissão da vítima; risco criado – é devedor de indenização aquele que cria o risco em razão da sua atividade, exceto comprovação de que tomou todos os cuidados a fim de evitar o dano e risco integral – em que existe o dever de indenizar mesmo quando não há nexo causal.

Nosso ordenamento jurídico adotou-se a teoria do risco criado, que teve como seu maior adepto os mestres Caio Mário e José Aguiar Dias.

Em suma, instrui o Ministro Carlos Cezar Peluso⁶:

(...) a conclusão, enfim, é que o sistema hoje dota a vítima, observados os respectivos requisitos de mecanismos de responsabilização do agente independentemente da demonstração de sua culpa, cujo papel, como fonte irradiadora da obrigação reparatória, se substitui pela causalidade, todavia não de maneira absoluta – não se adota, como se disse acima, a teoria do risco integral, de causalidade pura – inclusive porque concorrentes excludentes, mesmo à míngua de uma regra geral que as contemplasse, como há no CDC (Lei n. 8.078/90, arts. 12, §3º, ou 14, §3º), mas, de qualquer maneira, sempre ressalvadas em hipóteses específicas, como as dos arts. 936, e seguintes.)

Frente ao exposto, percebe-se que o novo enfoque da responsabilidade civil não se restringe somente na relação *interpartes*, e sim à toda coletividade.

⁶ PELUSO, Cezar (coord.). Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. e atual., Barueri. – SP : Manole, 2013, p. 911.

Capítulo 2 – O fenômeno do Direito Civil-Constitucional

2.1. A constitucionalização do Direito Civil

O fenômeno da constitucionalização do direito vem, paulatinamente, exigindo dos juristas uma interpretação mais apurada sob a legislação vigente, vez que a norma não deve ser interpretada apenas em sua literalidade, mas conforme todo o conjunto jurídico existente no sistema. O Direito Civil, seguindo os passos de uma constitucionalização geral, segue aprofundando a interpretação das suas normas conforme a Constituição.

Isso porque, apesar do Código Civil tratar da relação entre particulares, atualmente os doutrinadores entendem que estas normas devem ser lidas em concordância com os princípios constitucionais nas relações privadas, restando superada a antiga dicotomia entre direito público e direito privado.

Apesar da grande resistência encontrada *a priori*, nos dias atuais a doutrina e o judiciário brasileiro se utilizam da metodologia do Direito civil-constitucional para buscar a solução de diversos casos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo diversos direitos fundamentais antes não regulamentados, como a dignidade da pessoa humana e o pleno exercício da cidadania. Estes novos conceitos, sem sombra de dúvidas, alteraram em demasia a relação entre os particulares, vez que estes não podem mais estabelecer as relações entre si da forma que desejarem, mas sim devem respeitar os princípios constitucionais estabelecidos. Tal é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se pode verificar na decisão ementada abaixo:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações

travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(STF, RE 201819, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 11/10/2005, DJ 27-10-2006),

Verifica-se, então, grande alteração do polo central nas relações privadas, que antes era unicamente o Código Civil, e passa a ser a Constituição, seguindo a ordem hierárquica normativa.

2.2. A Evolução do Código Civil Brasileiro

O Código Civil de 1916 foi fruto do Código Napoleônico e das Codificações do século XIX, e teve como seu principal idealizador o grande jurista Clóvis Bevilacqua.

No momento histórico de sua criação, as relações entre os indivíduos e propriedade eram o tema central do Direito Privado, razão pela qual o Código trata exclusivamente destes dois assuntos.

À época, era dado grande valor ao livre desenvolvimento das relações privadas, criticando-se, ao máximo, a intervenção do Estado e consequentemente do Direito Público nessas interações.

No entanto, enquanto a antiga legislação ainda se encontrava em vigor, foi promulgada a Constituição de 1988, que era amplamente influenciada pela busca à democracia (devido ao seu contexto histórico ditatorial de quase vinte anos).

Diferentemente da ideia de uma nova Constituição, que tem como principal objetivo a quebra com um passado que se deseja esquecer, na idealização do Novo Código Civil, o objetivo foi de manter, no que possível, o excelente texto da antiga legislação, alterando-a no que diz respeito à eticidade, socialidade e operabilidade, concedendo ao julgador certa margem para interpretação legislativa, que deve priorizar o coletivo sobre o particular.

Tal ideia pode ser demonstrada, por exemplo, na tipificação da função social do contrato, em seu artigo 421. No entanto, segundo Anderson Schreiber⁷:

⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-20

A funcionalização dos institutos de direito civil à realização de valores sociais está longe de ser coisa nova. León Duguit, Maurice Hariou e tantos outros atores célebres já defendiam, na segunda metade do século XIX, o reconhecimento de uma 'função social' como medida de substituir ou temperar os contornos individualistas do direito subjetivo. A partir daí, a doutrina civilista passaria a distinguir a estrutura (como funciona) e a função (para que serve) dos institutos jurídicos, reconhecendo neste último aspecto a verdadeira justificativa da sua proteção pelo ordenamento.

A evolução do Código Civil de 2002, que abriu espaço para uma interpretação constitucional das suas normas, levando em consideração os princípios fundamentais para uma boa convivência em sociedade.

Importa ressaltar, no entanto, que essa interpretação não pode ser confundida com uma fusão de conceitos. Apesar da dicotomia Direito Público *versus* Direito Privado diminuir consideravelmente, estes ainda tratam de ramos diferentes, sendo a norma constitucional voltada para a atuação do Estado na sociedade e a legislação civil ainda reguladora da relação entre os particulares. Segundo Miguel Reale⁸:

É esse sentido de complementaridade que explica a crescente convergência do Direito Público e do Direito Privado, não tendo razão de ser o primado de um ou de outro, pois ambos compõem o processo dialético da positividade jurídica através da história, obedecendo às diretrizes emergentes dos valores eminentes que caracterizam cada civilização, e que formam o que denomino invariantes axiológicas. A principal delas é a idéia de pessoa humana, em meus livros apresentada como “valor fonte” de todos os valores. Nada de extraordinário que seja ela o valor básico de todo o ordenamento jurídico, sobretudo do civil.

Há, portanto, desde a promulgação do Código Civil de 2002, uma maior interação entre a Constituição da República e esta, destacando a Lei Maior em seu posto hierárquico reconhecido no ordenamento jurídico, conforme a teoria da pirâmide de Kelsen, em que, sucintamente falando, a norma fundamental é a Constituição, devendo estar no topo da pirâmide, sendo seguidos pelos atos normativos primários (aqueles que são fruto do processo legislativo, como o Código Civil) e em seguida os atos normativos secundários (aqueles editados pelo executivo). Trata-se, deste modo, de uma concepção unitária do ordenamento jurídico.

⁸ REALE, Miguel. A constituição e Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>>. Acesso 2017.

2.3. Os Direitos da Personalidade na Constituição de 1988

Os direitos da personalidade passaram a ser amplamente reconhecidos após o fim da Segunda Guerra Mundial. Segundo Luís Roberto Barroso⁹, possuem duas características merecedoras de destaque:

A primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano e reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado. A segunda característica peculiar dos direitos da personalidade consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais, o que ensejará formas variadas de reparação, como o “direito de resposta”, a divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano não-patrimonial (ou moral, como se convencionou denominar).

A doutrina, majoritariamente, divide os direitos da personalidade em dois critérios. O primeiro, como direitos físicos, que englobariam a proteção à vida e ao próprio corpo, seja em relação à sua totalidade ou partes, como órgãos; o segundo trataria do aspecto moral, envolvendo um critério mais subjetivo concernente à honra, liberdade, intimidade, vida privada, imagem, nome, direito moral do autor, dentre outros critérios.

Estes direitos encontram-se fundamentados no extenso artigo 5º da Constituição Federal, dentro do rol dos direitos fundamentais.

A maior discussão presente na doutrina e jurisprudência brasileira, atualmente, seria definir qual é o limite da proteção destes direitos da personalidade em contraposição à diversos outros princípios, como o da liberdade de informação, expressão e imprensa.

Até mesmo porque, os direitos da personalidade não são direitos estáticos, que podem ser livremente pré-estabelecidos, facilitando o trabalho do julgador que se

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>> Acesso em 2017.

deparar com um caso que coloque de lado tais direitos e de outros a liberdade de expressão ou opinião, por exemplo. Cada caso concreto deve ser analisado de forma detalhada e ponderada. Sobre o assunto, Anderson Schreiber¹⁰ entende que:

De fato, as lesões à imagem, à honra e à privacidade derivam, freqüentemente, do exercício da liberdade de expressão ou de informação, e não é incomum que a dignidade humana seja invocada em lados opostos de uma mesma disputa. Não se trata, por conseguinte, de editar normas rígidas que privilegiem uma manifestação ou outra da personalidade, mas de reconhecer o conteúdo necessariamente dialético e por assim dizer “móvel” dos direitos da personalidade, cuja exata extensão somente pode ser medida em face do interesse com que colide.

Ou seja, até que ponto se deve proteger tais princípios constitucionais em detrimento aos demais.

Como já anunciado, analisar-se-á a limitação do direito à imagem e sua respectiva responsabilidade civil-constitucional quando tal direito for ferido, no entanto, importa ressaltar que tal questão é assunto amplamente debatido em relação aos direitos da personalidade em geral, elencados no artigo 5º da CRFB/1988.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. Disponível em <<http://www.andersonschreiber.com.br>> Acesso em 2017

Capítulo 3 – Ponderação Usual entre os Direitos À Imagem e À Informação

3.1. Equilíbrio e limitação entre direitos fundamentais

Interessante destacar que a interferência dos direitos à imagem e à informação é mais uma demonstração de como a Constituição de 1988 segue interagindo e regulando as relações dos particulares, que não podem mais ao seu bel prazer definir aquilo que bem entendem com base apenas no Código Civil.

Os direitos fundamentais são considerados princípios em nossa Constituição, e não regras. Para aplicação das regras basta analisar se as mesmas são válidas, e em caso positivo, estas serão empregadas. No caso de conflito entre normas, deve-se, necessariamente, excluir uma para que a outra possa ser utilizada. Para tal exame analisa-se o tempo da regra, sua hierarquia e sua abrangência sobre o tema.

No entanto, a lógica não é a mesma para o conflito entre princípios. Quando estes se tornam colidentes, devem permanecer no ordenamento jurídico convivendo entre si, até seu limite máximo. Alcançado este limite, faz-se necessária a análise de qual princípio, no caso concreto, deverá preponderar sobre o outro, sem jamais excluí-lo do ordenamento.

Conforme mencionado no capítulo anterior o debate inerente ao conflito entre os direitos à imagem e à informação é que estes devem ser ponderados, vez que não é possível a existência de hierarquia entre os direitos fundamentais encontrados na Constituição da República, utilizando-se, para tal equilíbrio o princípio da proporcionalidade.

Esta técnica de ponderação¹¹ pode ser utilizada tanto legislador, ao definir que em dadas condições um direito irá se sobressair ao outro, quanto pelo Judiciário.

No entanto, o Poder Constituinte Originário, ao elaborar nossa Carta Magna, privilegiou um destes direitos em favor do outro, mas sim deixou tal questão aberta à interpretação e aplicação da norma, visando deste modo, que se busque sempre a proteção da dignidade da pessoa humana, conforme ensina o Ilmo. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito¹²:

Em primeiro lugar, é preciso não esquecer que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tal como previsto no art. 1º da Constituição de 1988, pouco lido, é certo, é a dignidade da pessoa humana (inc. III). E essa dignidade da pessoa humana se faz presente para compreender e aplicar o dispositivo sobre a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação que, nos termos do art. 220, não sofrerão qualquer restrição (caput). Essa disciplina

¹¹ Para Luis Roberto Barroso, a ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. (...) De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, relatadas a seguir. Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Assinale-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos (isto é: as diversas premissas maiores pertinentes) são agrupados em função da solução que estejam sugerindo: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Como se sabe, os fatos e as consequências práticas da incidência da norma têm assumido importância especial na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham, em tese, uma existência autônoma, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até aqui, na verdade, nada foi solucionado e nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos fáceis ou difíceis. É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase decisória, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso. Os parâmetros construídos na primeira etapa deverão ser empregados aqui e adaptados, se necessário, às particularidades do caso concreto.” BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit.

12 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Os direitos da personalidade e a liberdade de informação, Revista Forense, v. 363, p. 29-37, set./out. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/6754>>. Acesso em 2017

constitucional, que também estabelece que a lei não conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, tem sua limitação na dignidade da pessoa humana, mandando o constituinte, nessa direção, que seja observado o disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV. Dúvida não pode haver, portanto, de que o constituinte não pretendeu introduzir uma liberdade de expressão e comunicação que passasse ao largo dos direitos da personalidade que ele próprio positivou. É o que se chama reserva legal qualificada, por meio da qual o constituinte autorizou fosse respeitada a esfera de liberdade da pessoa humana.

Restou então, ao Judiciário, resolver os conflitos inerentes à uma questão muito delicada: até que ponto se pode divulgar uma imagem sem a autorização de seu possuidor em razão da liberdade de imprensa, expressão e informação?

É cediço que os direitos individuais não são absolutos, podendo até mesmo o direito à vida ser mitigado em determinadas situações específicas. Sendo assim, não é de se espantar que os direitos à imagem e à informação também possam ser suavizados em decorrência de conflito entre eles e de acordo com o caso real.

Contudo, para que um direito possa ser comedido em detrimento de outro é importante a utilização do princípio da proporcionalidade. Nestes casos, não pode haver nenhuma outra solução para o deslinde da causa além da suavização da aplicação de um dos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade possui como seu principal fundamento o de que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado devem ser proporcionais, não podendo, de forma alguma, existir qualquer tipo de excesso. Desta forma, o conflito pode ser solucionado em concomitância com a preservação do máximo de direitos e garantias fundamentais possíveis, sem ofensas aos ideais constitucionais.

Não obstante, importante ressaltar que a aplicação deste preceito não faz com que um direito se torne mais relevante que outro. E sim, diante da situação fática, aquele direito que foi aplicado terá se encaixado melhor, sendo este o papel do judiciário.

Inclusive, ambos os direitos podem, e devem, ter aplicação simultânea, não sendo necessária a aplicação total de um.

Para isto, significativo entender quais subprincípios são encontrados dentro deste equilíbrio, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é o juízo de valor utilizado para entender qual seria o direito apropriado para que se alcance o objetivo final pretendido. Já a necessidade busca demonstrar se o meio que está sendo utilizado é aquele que de fato é essencial para a conservação do direito fundamental. E por fim, a proporcionalidade em sentido estrito tem como caracterização o fato de que o ônus da norma deve ser inferior ao benefício que ela proporciona, ou seja, trata-se do custo-benefício da mesma.

Ainda assim, seria impossível definir um limite, vez que cada caso concreto possui sua peculiaridade, devendo levar em consideração a exposição que esta divulgação implica, além da importância e necessidade de se noticiar determinado fato, conforme brilhantemente explicita o Ilmo. Ministro Gilmar Mendes¹³:

(...) num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.

Ou seja, importa verificar quais são as classificações de imagem e de seu dano para que depois se possa averiguar como os Tribunais Superiores brasileiros vêm lidando com tal exigência de equilíbrio.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 363

3.2. Imagem-Retrato *versus* Imagem-Atributo

Antes de tratar especificamente do dano à imagem, se faz mister explicar as diferentes concepções inerentes ao conceito de imagem.

Isto porque, apesar da doutrina divergir neste sentido, cabe ressaltar que o direito à imagem não se restringe à divulgação de uma fotografia não autorizada ou um vídeo ofensivo.

O conceito de imagem é dividido em imagem-retrato e imagem-atributo. A primeira, como o nome explicita, diz respeito àquilo que é possível se observar em uma fotografia, seja o rosto ou qualquer outro pedaço do corpo, desde que identificável como sendo daquela pessoa específica.

O debate sobre a imagem-retrato não se estende, vez que é pacífico o entendimento de que esta é inviolável e sua divulgação indevida gera o direito de ser indenizado. No entanto, existem exceções como no caso de manutenção da ordem pública ou necessidade para administração da justiça.

Já a chamada imagem-atributo é caracterizada pelos traços próprios de cada indivíduo e engloba, além da demonstração gráfica da pessoa, aquilo pelo qual a sociedade a conhece, como explica o mestre Rui Stoco¹⁴:

“Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito.

A ideia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em máquinas e máscaras.

¹⁴ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.830

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

Há quem entenda, ainda, a possibilidade de uma terceira classificação de imagem, denominada imagem-científica, que seria relacionada ao DNA de cada ser humano. Ou seja, deve-se proteger, também, as características genéticas das pessoas, buscando proteger o seu direito à imagem.

Estes conceitos de imagens são independentes, podendo haver violação de uma sem violação de outra.

3.3. A Violação ao Direito à Imagem

O direito à imagem é um direito constitucional inato. Ou seja, o indivíduo nasce e morre com ele, sem poder, ao longo de sua existência, abrir mão deste, exceto se desejar obter finalidade lucrativa.

Além disso, possui *status* de cláusula pétrea em nossa Constituição, sendo sua proteção inalterável pelo Poder Constituinte Derivado Reformador.

Não é à toa que o dito popular “uma imagem vale mais que mil palavras” existe. Isto porque, é nítida a influência que uma imagem tem sobre aqueles que possuem acesso à elas.

O direito à imagem é um dos direitos fundamentais elencados em nossa Constituição de 1988, e deve ser avaliado com grande cuidado. Conforme já foi explicitado anteriormente, trata-se de um direito com limites, que deve ser dosado conforme cada caso concreto.

No entanto, faz-se mister demonstrar a importância deste direito, e em como a violação do mesmo pode causar imensos danos materiais e extrapatrimoniais à seus detentores, que passam a ser merecedores de indenização por parte dos violadores.

É de se observar que esta indenização decorrente do dano é feita, em grande parte das vezes, por via pecuniária, em valor determinado pelo magistrado, que mais uma vez deverá se ater ao caso concreto para chegar à um *quantum* indenizatório ideal, visando compensar o dano sofrido, de acordo com o professor Antonio Pinto Monteiro¹⁵:

No tocante à objecção assente na natureza dos danos não patrimoniais, incompatível com a ideia da indemnização, ela só parcialmente procede. Com efeito, tais danos não serão susceptíveis, em rigor, de ser indemnizados. Mas podem ser compensados. Evidentemente que a dor não tem preço (não se trata, por isso, de atribuir ao lesado um “preço da dor”, um “pecunia doloris” ou, na terminologia alemã, um “Schmerzensgeld”), nem o dinheiro tem a virtualidade de a apagar; mas pode essa dor ser contrabalançada, mediante uma soma capaz de proporcionar prazeres ou satisfações à vítima, que de algum modo atenuem ou, em todo o caso, compensem esse dano.

Como já abordamos, é de essencial importância o debate sobre os limites da liberdade de imprensa e da informação. É fundamental que a imprensa possua espaço para informar o público dos acontecimentos da sociedade.

No entanto, tal autonomia não pode ser confundida com a permissão de perpetração de abusos, informações inverídicas, maldosas ou de comentários ácidos, como salienta José Afonso da Silva¹⁶:

¹⁵ MONTEIRO, Antonio Pinto. in A INDENIZAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS EM DEBATE: TAMBÉM NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL? TAMBÉM A FAVOR DAS PESSOAS JURÍDICAS? Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume5/rbdcivil-vol5-12.01.16_dou_estrangeira.pdf> Acesso em 2017

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 240.

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um ‘direito fundamental’ de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. Reconhece-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.

O avanço tecnológico é mais um fator que vem acelerando a propagação de informações e imagens não autorizadas. Cada vez mais o controle sobre quem compartilha assim, como da velocidade de compartilhamento, tornam-se mais difíceis. Com as novas tecnologias as informações passam a ser reportadas em tempo real, e por muitas vezes de forma anônima.

Por isto que a imprensa, ao cumprir seu dever de informar, deve não só observar os fatores externos ligados à limitação do seu direito de expressão e informação, mas também à limites internos, como a responsabilidade social e o compromisso com a verdade.

Também importa comentar que para que haja dano à imagem, não é necessária violação à honra ou privacidade de seu possuidor. Isso porque a doutrina entende que a pura e simples divulgação não autorizada da mesma já é suficiente para caracterizar o dano, e consequentemente, sua devida indenização.

Essa autonomia foi adquirida no momento em que a Constituição da República, art. 5º, IX¹⁷ não condicionou o direito à imagem das pessoas aos demais direitos ali elencados como invioláveis.

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Capítulo 4 – Análise da Jurisprudência Afeita À Violação ao Direito À Imagem

4.1. Precedentes Judiciais Afeitos À Matéria em Geral

Diante do exposto nos capítulos anteriores, é de fundamental importância para o tema apresentado verificar-se como os Tribunais brasileiros se posicionam frente à questão do dano moral resultante da violação ao direito à imagem.

Importante destacar que o dano à imagem pode estar relacionado à diversos casos distintos, tais como na divulgação de imagens não autorizadas em redes sociais, mídias impressas ou televisivas. Também aborda-se o assunto do dano à imagem da pessoa jurídica; assim como, da proteção conferida àqueles que já faleceram e qual seria o nível de proteção de seus familiares.

Vale, ainda, lembrar que o dano à imagem é diretamente ligado ao dano à honra, razão pela qual, em grande parte das decisões aqui expostas, ambos caminham simultaneamente para configurar, ou não, a necessidade de indenização por dano moral.

Em caso de divulgação de imagens não autorizadas em jornal impresso, no Recurso Especial nº 1.297.660 o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a sociedade empresária jornalística deveria indenizar aquele que teve sua imagem exposta.

No referido caso, foi divulgada imagem do autor da ação indenizatória, menor de idade, em matéria de página inteira, ligando-o à um assalto ocorrido em uma casa lotérica. A discussão adentra, no entanto, na debatida colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de imprensa e proteção à imagem.

Em seu brilhante voto, o relator para acórdão Ministro Marcos Buzzi ressalta a importância de, no conflito entre tais interesses de tamanha grandeza, priorizar-se a proteção da pessoa humana, pondo em destaque:

(...) o norte à ponderação desses princípios – liberdade de imprensa e informação e proteção aos direitos da personalidade - e à escolha de um ou outro direito é o interesse público da informação, associado ao contexto e forma em que foi divulgada a imagem, nome. Se uma notícia ou reportagem sobre determinada pessoa veicula um dado que, de fato, interessa à coletividade, a balança pende para a liberdade de imprensa. Do contrário, preservam-se os direitos da personalidade.”

No caso em tela trata-se, ainda, de proteção especial conferida pelos menores de idade pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que protege a veiculação de imagens de adolescentes quando atribuídas à ato infracional, conforme destaca o Ilmo. Relator ao afirmar que tal proteção *“justifica-se na medida em que a personalidade infanto-juvenil tem características distintas da personalidade adulta, porquanto as crianças e adolescentes estão em fase de desenvolvimento”*.

Restou configurado o dano *in re ipsa*, ou seja, aquele que é extrapatrimonial e presumido, não sendo necessário para a existência do mesmo a comprovação de lesão à honra do autor.¹⁸

¹⁸ RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO CONDENATÓRIA (INDENIZATÓRIA) - **PRETENDIDA COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DA VEICULAÇÃO DA IMAGEM (FOTOGRAFIA) DE ADOLESCENTE EM MATÉRIA JORNALÍSTICA, NA QUAL SE NARROU A PRÁTICA DE ROUBO (ASSALTO) EM CASA LOTÉRICA** - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO DEDUZIDO NA INICIAL, RECONHECENDO A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. INSURGÊNCIA RECURSAL DA PESSOA JURÍDICA RÉ. **LIBERDADE DE IMPRENSA/INFORMAÇÃO** - CARÁTER NÃO ABSOLUTO - LIMITES CONSTITUCIONAIS (ART. 220, § 1º, DA CF/88) E INFRACONSTITUCIONAIS - NORMA DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E ADOLESCENTE INSERTA NOS ARTIGOS 143 E 247 DA LEI Nº 8.069/90 - POLÍTICA ESPECIAL DESTINADA À PRESERVAÇÃO DA IMAGEM DE PESSOAS EM FASE DE DESENVOLVIMENTO - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL (ART. 227 DA CD/88) - VIOLAÇÃO - OFENSA AO DIREITO DE RESGUARDO - **DANO À IMAGEM IN RE IPSA**.

Pretensão ressarcitória visando à compensação de danos extrapatrimoniais deduzida por adolescente que teve sua fotografia (imagem) veiculada em matéria jornalística, em que se notificou a prática de roubo em casa lotérica, a despeito da expressa vedação inserta no parágrafo único do artigo 143 do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Pedido julgado procedente pelo magistrado singular, ante a configuração dos elementos da responsabilidade civil; entendimento mantido pela Corte de origem que, em sede de apelação, deu-lhe provimento tão-somente para reduzir o quantum arbitrado para a compensação dos danos extrapatrimoniais.

1. Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil: inocorrência.

Ainda sobre a busca do equilíbrio entre a liberdade de imprensa e o dano à imagem, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 794.596 entendeu que,

A fundamentação utilizada pela Corte de origem para rechaçar a pretensão recursal veiculada em apelação afigura-se clara e suficiente, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte.

2. Responsabilidade Civil da empresa jornalística: por meio de uma interpretação sistemática e sob a perspectiva do princípio da unidade da Constituição, infere-se que esta prescreve o caráter não absoluto da liberdade de informação jornalística, a ser mitigada nas hipóteses previstas no artigo 5º e incisos ali enumerados, isto é, em se tratando de direitos e garantias individuais relacionadas aos direitos de personalidade. A partir do parágrafo primeiro do artigo 220 da Carta Magna, observa-se estar reservando à lei (infraconstitucional) a possibilidade, dentro dos limites ali estabelecidos (direitos da personalidade), de disciplinar tais restrições.

2.1 Especificamente quanto à hipótese dos autos - situação particular -, envolvendo direitos de personalidade (a imagem) de crianças e adolescentes, concebidos como pessoas em desenvolvimento, observa-se a existência de prévia eleição legislativa de interesse prevalecente, decorrência da própria proteção constitucional a eles destinada, consubstanciada na adoção da proteção integral e do melhor interesse (artigo 227 da Constituição Federal) 2.2 Essa especial proteção à imagem e identidade das crianças e adolescentes justifica-se na medida em que a personalidade infanto-juvenil tem características distintas da personalidade adulta, porquanto as crianças e adolescentes estão em fase de desenvolvimento. Com efeito, à preservação de sua dignidade, tornou-se imperativa a proteção especial do ordenamento jurídico, consoante preceituado pela Constituição Federal e positivado no âmbito infraconstitucional.

2.3 Trata-se, pois, de verdadeira política pública eleita pelo Constituinte e incorporada, no âmbito infraconstitucional, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual faz expressa alusão à impossibilidade de veiculação da imagem de adolescentes a quem se atribua a autoria de ato infracional, consoante prescrevem os artigos 143 e 247 do mencionado diploma legal.

2.4 Os citados dispositivos têm por objetivo precípuo a proteção integral da identidade da criança e do adolescente que cometem comportamento conflitante com a lei, de modo a buscar, com isso, preservar não apenas seus nomes ou suas imagens, mas, sobretudo, suas próprias pessoas, pois se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, fase em que seu caráter ainda está em formação. Ao editá-las, o legislador houve por bem protegê-los/preservá-los de qualquer divulgação depreciativa de sua imagem, de maneira a, pelo menos, minorar a repercussão negativa que atos dessa natureza trazem ao psíquico de qualquer ser humano.

2.5 O direito à imagem protege a representação física do corpo humano, de qualquer de suas partes ou, ainda, de traços característicos da pessoa pelos quais ela possa ser reconhecida (identidade). Nesse sentido, a imagem é objeto de um direito autônomo, embora sua violação venha associada, frequentemente, à de outros direitos da personalidade, sobretudo à honra. A autonomia do mencionado dano encontra respaldo, aliás, na própria Constituição Federal, ao preceituar, no inciso X do artigo 5º ser "assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

2.6 Desse modo, em casos como o ora em análise, considerando, sobretudo, a especial proteção concedida à imagem e identidade das crianças e adolescentes, a violação da norma e a caracterização do ato como ilícito encontram-se intrinsecamente relacionadas à própria configuração do dano, vale afirmar, uma vez infringido o conteúdo da norma protetiva, vulnera-se a imagem da criança ou do adolescente, violando o direito ao resguardo/preservação de sua imagem/identidade. **Essa é uma situação típica do chamado dano extrapatrimonial presumido (in re ipsa), caso em que a prova do abalo psicológico ou de efetiva lesão à honra é completamente despendida.**

2.7 Por fim, não se olvida que o caso em tela contenha peculiaridades, tais como a efetiva participação do autor/adolescente no evento narrado, o fato de esse, à época, estar próximo de completar dezoito anos, bem assim a tentativa de mitigação do prejuízo pela divulgação de errata na edição posterior do Jornal. Contudo, essas singularidades não são hábeis a afastar a obrigação de indenizar, conforme orientação adotada ao longo deste voto. Efetivamente, referidas circunstâncias devem ser (e, neste caso, foram) levadas em consideração quando do arbitramento da verba compensatória.

3. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(STJ, REsp 1297660/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 07/10/2014, DJe 16/10/2015, grifou-se)

a simples divulgação de imagem, que individualiza a pessoa, sem a devida autorização deve ser considerada como dano.

Assente, ainda, que neste caso específico é devida indenização pois houve divulgação da imagem do Autor em programa televisivo de grande circulação (Domingão do Faustão, apresentado na TV Globo todos os domingos há anos), sem a sua anuência e ausente os devidos recursos de editoração para proteger a sua voz e imagem. Caso tais recursos tivessem sido devidamente utilizados, a liberdade de imprensa seria priorizada, mas tal não foi o que ocorreu.

No entanto, os Ministros creem ser necessária especial atenção ao *quantum* indenizatório, vez que inibido pela Lei Civil a caracterização do enriquecimento ilícito e a indenização pelo dano moral arbitrado, em sede de apelação, no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), decidindo, por fim, em minorá-lo ao montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), conforme verifica-se abaixo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. DANO À IMAGEM. DIREITO À INFORMAÇÃO. VALORES SOPESADOS. OFENSA AO DIREITO À IMAGEM. REPARAÇÃO DO DANO DEVIDA. REDUÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO. VALOR EXORBITANTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido.** 2. Na hipótese, não obstante o direito de informação da empresa de comunicação e o perceptível caráter de interesse público do quadro retratado no programa televisivo, está clara a ofensa ao direito à imagem do recorrido, pela utilização econômica desta, sem a proteção dos recursos de editoração de voz e de imagem para ocultar a pessoa, evitando-se a perfeita identificação do entrevistado, à revelia de autorização expressa deste, o que constitui ato ilícito indenizável. 3. A obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não sendo devido exigir-se a prova da existência de prejuízo ou dano. **O dano é a própria utilização indevida da imagem.** 4. Mesmo sem perder de vista a notória capacidade econômico-financeira da causadora do dano moral, a compensação devida, na espécie, deve ser arbitrada com moderação, observando-se a razoabilidade e a proporcionalidade, de modo a não ensejar enriquecimento sem causa para o ofendido. Cabe a reavaliação do montante arbitrado nesta ação de reparação de dano moral pelo uso indevido de imagem, porque caracterizada a exorbitância da importância fixada pelas instâncias ordinárias. As circunstâncias do caso não

justificam a fixação do quantum reparatório em patamar especialmente elevado, pois o quadro veiculado nem sequer dizia respeito diretamente ao recorrido, não tratava de retratar os serviços técnicos por este desenvolvidos, sendo o promovente da ação apenas um dos profissionais consultados aleatoriamente pela suposta consumidora. 5. Nesse contexto, reduz-se o valor da compensação. 6. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp 794.586/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/03/2012, DJe 21/03/2012; grifou-se)

Outra discussão importante no que se refere às indenizações relacionadas ao dano à imagem é se pessoa jurídica pode ter violação aos seus direitos da personalidade em geral.

Em relação à violação do direito à imagem nos casos de pessoa jurídica de direito público, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que apesar de a pessoa jurídica ser passível de sofrer dano moral¹⁹, tal orientação não se aplica àquelas de direito público, pois a estas só são oponíveis os direitos fundamentais de caráter processual²⁰.

¹⁹ Súmula 227 do STJ – “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

²⁰ DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFORMAÇÕES VEICULADAS EM REDE DE RÁDIO E TELEVISÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL AJUIZADA POR MUNICÍPIO CONTRA O PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. RECONHECIMENTO LIMITADO.

1. A tese relativa à indenização pelo dano moral decorrente de ofensa à honra, imagem, violação da vida privada e intimidade das pessoas somente foi acolhida às expressas no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, incisos V e X), que o alçou ao seletivo catálogo de direitos fundamentais. Com efeito, por essa ótica de abordagem, a indagação acerca da aptidão de alguém sofrer dano moral passa necessariamente pela investigação da possibilidade teórica de titularização de direitos fundamentais, especificamente daqueles a que fazem referência os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal.

2. A inspiração imediata da positivação de direitos fundamentais resulta precipuamente da necessidade de proteção da esfera individual da pessoa humana contra ataques tradicionalmente praticados pelo Estado. É bem por isso que a doutrina vem entendendo, de longa data, que os direitos fundamentais assumem “posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos” (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 222-223).

3. Em razão disso, de modo geral, a doutrina e jurisprudência nacionais só têm reconhecido às pessoas jurídicas de direito público direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado e não ao particular. Porém, ao que se pôde pesquisar, em se tratando de direitos fundamentais de natureza material pretensamente oponíveis contra particulares, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nunca referendou a tese de titularização por pessoa jurídica de direito público. Na verdade, há julgados que sugerem exatamente o contrário, como os que deram origem à Súmula n. 654, assim redigida: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”.

Outro caso interessante é o do REsp 801109, pois, quando interposta a ação originária, ainda era vigente a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), que veio a ser declarada como não recepcionada pela Constituição de 1988 através da ADPF nº 130/DF²¹, no acórdão proferido em 2009 e esta decisão possui efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos.

Ainda, o REsp 801.109 trata do assunto de divulgação de imagem de funcionários públicos²², aumentando ainda mais o interesse da sociedade como um todo sobre o

4. Assim, o reconhecimento de direitos fundamentais - ou faculdades análogas a eles - a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em se ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais, incongruência essa já identificada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 15, 256 [262]; 21, 362).

Apud. SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013 p. 639).

5. No caso em exame, o reconhecimento da possibilidade teórica de o município pleitear indenização por dano moral contra o particular constitui a completa subversão da essência dos direitos fundamentais, não se mostrando presente nenhum elemento justificador do pleito, como aqueles apontados pela doutrina e relacionados à defesa de suas prerrogativas, competência ou alusivos a garantias constitucionais do processo. Antes, o caso é emblemático e revela todos os riscos de se franquear ao Estado a via da ação indenizatória.

6. Pretende-se a responsabilidade de rede de rádio e televisão local por informações veiculadas em sua programação que, como alega o autor, teriam atingido a honra e a imagem da própria Municipalidade. Tal pretensão representa real ameaça a centros nervosos do Estado Democrático de Direito, como a imprensa livre e independente, ameaça que poderia voltar-se contra outros personagens igualmente essenciais à democracia.

7. A Súmula n. 227/STJ constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação - em regra, microdanos - potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica. Cuida-se, com efeito, de resguardar a credibilidade mercadológica ou a reputação negocial da empresa, que poderiam ser paulatinamente fragmentadas por violações a sua imagem, o que, ao fim e ao cabo, conduziria a uma perda pecuniária na atividade empresarial. Porém, esse cenário não se verifica no caso de suposta violação à imagem ou à honra - se existente - de pessoa jurídica de direito público.

8. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 1258389/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014)

²¹ Valendo aqui destacar trecho da ementa, que teve como relator o Ilmo. Ministro Carlos Britto “5. *PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS*. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.” (STF, ADPF 130/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 5/11/2009).

²² Também à respeito do assunto, entende o Supremo Tribunal Federal: “Ação originária. Fatos incontroversos. Dispensável a instrução probatória. Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral. Pessoas públicas. Sujeição a críticas no

assunto. Nestes casos, quando não o tema não for a vida privada e do indivíduo e não houver abuso da liberdade de imprensa, esta deve ser priorizada em detrimento do direito à imagem, não se caracterizando como dano indenizável²³.

desempenho das funções. Limites. Fixação do dano moral. Grau de reprovabilidade da conduta. Fixação dos honorários. Art. 20, § 3º, do CPC. 1. É dispensável a audiência de instrução quando os fatos são incontroversos, uma vez que esses independem de prova (art. 334, III, do CPC). 2. Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem. 3. As pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções. Todavia, essas não podem ser infundadas e devem observar determinados limites. Se as acusações destinadas são graves e não são apresentadas provas de sua veracidade, configurado está o dano moral. 4. A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. 5. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. 6. A extensão do dano é média, pois apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade. 7. O quantum fixado pela sentença (R\$ 6.000,00) é razoável e adequado. 8. O valor dos honorários, de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, está em conformidade com os critérios estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC. 9. O valor dos honorários fixados na reconvenção também é adequado, representando a totalidade do valor dado à causa. 10. Agravo retido e apelações não providos. (STF, AO 1390, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011, DJe 29/08/2011)

²³ RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA. LEI DE IMPRENSA (LEI 5.250/67). ADPF N. 130/DF. EFEITO VINCULANTE. OBSERVÂNCIA. LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO (CF, ARTS. 5º, IV, IX E XIV, E 220, CAPUT, §§ 1º E 2º). CRÍTICA JORNALÍSTICA. OFENSAS À IMAGEM E À HONRA DE MAGISTRADO (CF, ART. 5º, V E X). ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NÃO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. Na hipótese em exame, a Lei de Imprensa foi utilizada como fundamento do v. acórdão recorrido e o recurso especial discute sua interpretação e aplicação. Quando o v. acórdão recorrido foi proferido e o recurso especial foi interposto, a Lei 5.250/67 estava sendo normalmente aplicada às relações jurídicas a ela subjacentes, por ser existente e presumivelmente válida e, assim, eficaz.

2. Deve, pois, ser admitido o presente recurso para que seja aplicado o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, sendo possível a análise da controvérsia com base no art. 159 do Código Civil de 1916, citado nos acórdãos trazidos como paradigmas na petição do especial.

3. A admissão do presente recurso em nada ofende o efeito vinculante decorrente da ADPF 130/DF, pois apenas supera óbice formal levando em conta a época da formalização do especial, sendo o mérito do recurso apreciado conforme o direito, portanto, com base na interpretação atual, inclusive no resultado da mencionada arguição de descumprimento de preceito fundamental. Precedente: REsp 945.461/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe de 26/5/2010.

4. O direito à imagem, de consagração constitucional (art. 5º, X), é de uso restrito, somente sendo possível sua utilização por terceiro quando expressamente autorizado e nos limites da finalidade e das condições contratadas.

5. **A princípio, a simples utilização de imagem da pessoa, sem seu consentimento, gera o direito ao ressarcimento das perdas e danos, independentemente de prova do prejuízo (Súmula 403/STJ), exceto quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (CC/2002, art. 20).**

6. **Tratando-se de imagem de multidão, de pessoa famosa ou ocupante de cargo público, deve ser ponderado se, dadas as circunstâncias, a exposição da imagem é ofensiva à privacidade ou à intimidade do retratado, o que poderia ensejar algum dano patrimonial ou extrapatrimonial. Há, nessas hipóteses, em regra, presunção de consentimento do uso da imagem, desde que preservada a vida privada.**

7. Em se tratando de pessoa ocupante de cargo público, de notória importância social, como o é o de magistrado, fica mais restrito o âmbito de reconhecimento do dano à imagem e sua extensão, mormente quando utilizada a fotografia para ilustrar matéria jornalística pertinente, sem invasão da vida privada do retratado.

Tanto é este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que no Recurso Especial nº 1.390.560²⁴ o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva assim entendeu:

Desse modo, a crítica jornalística traduz direito legitimado pelo interesse social, sobrepondo-se, inclusive, a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas. Nesse contexto, utilizar-se por vezes de observações de caráter mordaz ou irônico pode não

8. Com base nessas considerações, conclui-se que a utilização de fotografia do magistrado adequadamente trajado, em seu ambiente de trabalho, dentro da Corte Estadual onde exerce a função judicante, serviu apenas para ilustrar a matéria jornalística, não constituindo, per se, violação ao direito de preservação de sua imagem ou de sua vida íntima e privada. Não há, portanto, causa para indenização por danos patrimoniais ou morais à imagem.

9. Por sua vez, a liberdade de expressão, compreendendo a informação, opinião e crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi).

10. Assim, em princípio, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e a notícia e crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. Nessas hipóteses, principalmente, a liberdade de expressão é prevalente, atraindo verdadeira excludente anímica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem. Nesse sentido, precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal: ADPF 130/DF, de relatoria do Ministro CARLOS BRITTO; AgRg no AI 690.841/SP, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO.

11. A análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade depende do exame de cada caso concreto, máxime quando atingida pessoa investida de autoridade pública, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, mostra-se recomendável que se dê prevalência à liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado Democrático.

12. Na espécie, embora não se possa duvidar do sofrimento experimentado pelo recorrido, a revelar a presença de dano moral, este não se mostra indenizável, por não estar caracterizado o abuso ofensivo na crítica exercida pela recorrente no exercício da liberdade de expressão jornalística, o que afasta o dever de indenização. Trata-se de dano moral não indenizável, dadas as circunstâncias do caso, por força daquela "imperiosa cláusula de modicidade" subjacente a que alude a eg. Suprema Corte no julgamento da ADPF 130/DF.

13. Recurso especial a que se dá provimento, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na inicial. (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 12/03/2013)

²⁴ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE ARTIGO OFENSIVO À IMAGEM DE POLÍTICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA VEICULADA NA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Os embargos de declaração, ainda que para fins de prequestionamento, são cabíveis somente quando há, na decisão impugnada, omissão, contradição ou obscuridade, bem como para corrigir a ocorrência de erro material (REsp nº 1.062.994/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 26/8/2010), hipóteses que não estão presentes na espécie. 2. Em se tratando de matéria veiculada pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando o texto publicado evidencia a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro. 3. As instâncias de origem, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, decidiram pela procedência do pedido indenizatório, firmes no entendimento de que a matéria publicada era ofensiva, extrapolava os limites da informação, gerando, assim, o dever de indenizar. 4. A desconstituição das conclusões a que chegou o Colegiado a quo no tocante ao conteúdo ofensivo, como pretendido pela recorrente, ensejaria incursão no acervo fático da causa, o que, como consabido, é vedado nesta instância especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ. 5. Recurso especial não provido.

caracterizar o animus injuriandi , legitimando o exercício da liberdade de imprensa. Por outro lado, não existe liberdade absoluta. Em se tratando de matéria veiculada pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando seu conteúdo possuir a evidente intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro. Mesmo os textos jornalísticos que têm por objeto pessoas de notoriedade, naturalmente expostas a polêmicas e opiniões Documento: 1270507 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 14/10/2013 Página 6 de 13 Superior Tribunal de Justiça divergentes, não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, porque existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada. De fato, as pessoas públicas e notórias não deixam, só por isso, de ter o resguardo de direitos da personalidade.

Outro direito que está intimamente ligado ao direito à imagem é o direito ao esquecimento, posto que a partir de um momento que uma fotografia ou vídeo é divulgado em mídia de grande circulação ou cai na internet, por exemplo, resta quase impossível controlar a proporção e abrangência que pode ocorrer²⁵.

No caso do REsp 1334097, o autor (recorrido) teve sua imagem divulgada em rede nacional (TV Globo – Programa Linha Direta) como um dos partícipes da famosa chacina da Candelária treze anos depois de sua ocorrência, crime pelo qual foi acusado e absolvido no Tribunal de Júri por negativa de autoria.

A ocorrência da Chacina da Candelária foi de conhecimento nacional, e a associação (treze anos depois) de um acusado que já havia sido inocentado trouxe, para o Autor, diversas consequências em sua vida pessoal e profissional.

Segundo o eminente Ministro Relator Luis Felipe Salomão “(...) *permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a*

²⁵ Sobre o assunto, explica o Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, no REsp 1334097: “A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à internet , ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse cyberspaço”.

permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade (...)”, conforme é possível se verificar na decisão ementada²⁶.

²⁶ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.

3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

4. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

(...)

7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos.

Os Tribunais de Justiça brasileiros seguem a mesma linha do Superior Tribunal de Justiça, segundo afere-se:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação indenizatória. Rito ordinário. Sentença de improcedência. Direitos à imagem e à honra. Necessária ponderação com outros direitos que possuem idêntico valor normativo, em destaque o direito à informação. Direitos à informação e à liberdade de imprensa que não são absolutos devendo ser relativizados quando confrontados com a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Matéria jornalística, publicada no sítio eletrônico do réu, que faz alusão a fatos que não foram inventados, mas retirados de apontamentos contidos em inquérito policial, bem como na denúncia oferecida pelo Ministério Público contra o autor. Ausência, na matéria veiculada, de atribuição de qualquer juízo de valor, tampouco de utilização de palavras de conteúdo ofensivo ou vexatório. Ausência de ofensa ao disposto nos artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil. Não caracterizada qualquer prática pelo

Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas".

(...)

11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

(...)

18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.

No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte.

20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante.

21. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 1334097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013)

ré a derivar em abuso de direito. Logo, autor que não logrou êxito em comprovar fato constitutivo de seu direito. Artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro. Dano moral inexistente. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(TJRJ, Apela  o 0469229-91.2011.8.19.0001. Rel. Des. Patrícia Ribeiro Serra Vieira, Décima Câmara Cível, j. 12/03/2014)

AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELACIONAMENTO AMOROSO. DIVULGA  O DE MATERIAL DE CUNHO SEXUAL NA INTERNET. EXPOSI  O VEXATÓRIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA. PROVEDOR DE CONTEÚDO NA INTERNET. VIOLA  O    IMAGEM,    HONRA E    PRIVACIDADE. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. MANUTEN  O DO VALOR. IMPUGNA  O AO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. MANUTEN  O DO BENEFÍCIO. PREQUESTIONAMENTO. RESERVA DE HONORÁRIOS. DEFERIMENTO. APLICA  O DO CPC/1973. (...) MÉRITO. I.    indiscutível nos autos que a autora e o réu E.M.O tiveram relacionamento amoroso por aproximadamente um ano e seis meses. Da mesma forma, restou incontroverso na presente demanda a **publica  o na internet de montagem de fotografias de cunho sexual** entre a demandante e o requerido E.M.O. II. Em rela  o ao réu E.M.O. e    r   J.D.S., a qual também manteve relacionamento amoroso com o requerido, cabe ressaltar que se trata de responsabilidade civil subjetiva, nos termos do art. 927, do Código Civil, dependendo, para se caracterizar, da comprova  o da conduta ilícita, da culpa do agente, da existência do dano, bem como do nexo de causalidade entre a conduta e o dano. III. Apesar de o réu E.M.O. alegar que a autora teria consentido no momento das fotografias e de que quem teria postado as mesmas foi a ré J.D.S., tenho que a sua atitude foi imagens em questão e, principalmente, em não ter o devido cuidado em seu armazenamento, o que veio a acarretar a publica  o do material na Internet. (...) VI. **Com esta conduta, os réus violaram a honra, a imagem e a vida privada da autora, direitos protegidos p legisla  o infraconstitucional. Inteligência dos arts. 21 e 186, do Código Civil, e do art. 5  , X, da Carta Magna.** VII. Além de a hipótese dos autos refletir o dano moral in re ipsa, os danos morais estão evidenciados, pelo depoimento das testemunhas, as quais relataram grandes abalos no campo profissional e familiar da autora. Manuten  o do quantum indenizatório, eis que o valor arbitrado    justo, considerando a condi  o social das partes, o potencial econ  mico do réu G.B.I., a gravidade do fato praticado por cada um, o caráter punitivo-pedagógico da repara  o e os parâmetros adotados por esta Câmara em casos semelhantes. (...) PRELIMINARES REJEITADAS. APELA  OES DOS RÉUS DESPROVIDAS. PEDIDO DE RESERVA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEFERIDO.

(TJRS, Apela  o Cível N   70066334558, Rel. Des. Jorge André Pereira Gailhard Quinta Câmara Cível, Julgado em 31/08/2016, grifou-se)

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO DO RÉU. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PEDIDOS FORMULADOS APÓS A CITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE HOSPEDAGEM DE BLOG. LEI Nº 12.965/2014. FATOS PRETÉRITOS. INAPLICABILIDADE. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. CONTEUDO OFENSIVO. NOTIFICAÇÃO DO OFENDIDO. INÉRCIA DO PROVEDOR. VIOLAÇÃO À HONRA OBJETIVA. CARACTERIZAÇÃO. DANO MORAL DEVIDO.

(...

5. A liberdade de expressão e o direito à informação são garantias constitucionais, próprias do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal reconhece tanto o direito de livre expressão (art. 220, CF), como assegura o direito de a sociedade ter amplo acesso na busca por informação (art. 5º, XIV, CF), sem, contudo, descuidar-se da proteção aos direitos de personalidade (art. 5º, X, CF).

6. Apenas nos casos em que a liberdade de pensamento, de criação, de expressão e de informação desbordar de seus limites legais e gerar ofensas aos demais direitos constitucionais, dentre os quais, os de personalidade, é que se deve buscar a reparação e punição do ofensor.

7. A divulgação da opinião em blog hospedado em provedor de internet, pode agredir direitos fundamentais, quando verificado que o conteúdo veiculado possui teor ofensivo, injurioso, calunioso ou difamatório, com aptidão para causar grave lesão ao ofendido.

8. Na forma do artigo 52 do Código Civil, as pessoas jurídicas, no que couber, gozam da proteção dos direitos da personalidade, de modo que, reconhecido o ilícito diante do caráter pejorativo e contrário às normas de direito das condutas atribuídas à parte autora no exercício de suas atividades, com aptidão para atingir sua imagem diante do seu público alvo, a responsabilização solidária do provedor de hospedagem do blog e a conseqüente condenação compensatória por danos morais, é medida impositiva em razão da violação a sua honra objetiva.

. Apelação da parte autora conhecida e não provida. Apelação do réu parcialmente conhecida e, na extensão, não provida.

(TJDFT, Apelação Cível nº 20160110918554, Rel. Des. Simone Lucindo, Primeira Turma Cível, j. 30/11/2016, DJe 16/12/2016)

CONSTITUCIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA VEICULADA EM JORNAL. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO VERSUS DIREITO À HONRA, IMAGEM E INTIMIDADE DO AUTOR. PONDERAÇÃO DE DIREITOS. PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU HARMONIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE EXTRAPOLAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DO DIREITO DE INFORMAR, BUSCAR A INFORMAÇÃO, OPINAR E CRITICAR. FOTOGRAFIA PUBLICADA NA MATÉRIA QUE NÃO POSSUI QUALQUER RELAÇÃO COM AS CRÍTICAS REALIZADAS À ADMINISTRAÇÃO DO ABRIGO DE IDOSOS. DEMANDANTE QUE APARECE PRESTANDO AUXÍLIOS MÉDICOS NA IMAGEM. EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

AUSÊNCIA DE DANOS MORAIS. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES.

- A Constituição da República de 1988 garante que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV) e que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (art. 5º, IX, CF/88). Por outro lado, dispõe que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V, CF/88) e que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, X, CF/88).

- O Supremo Tribunal Federal assentou que o exercício da liberdade de expressão pelos profissionais da imprensa assegura ao jornalista o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e em tom contundente, desde que não ocorram agravos à honra e à imagem da pessoa. Para o STF a crítica que os meios de comunicação social dirigem a pessoas públicas (e a figuras notórias), por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa, a quem tais observações forem dirigidas, ostentar a condição de figura notória ou pública, investida, ou não, de autoridade governamental (AI 690841 AgR/SC, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 21.06.2011; RE 652330/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 10.06.2014; Rcl 16434/ES, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 30.06.2014; ARE 833892, Relator Ministra Cármen Lúcia, julgado em 15.09.2014).

- No caso em análise, realizando um juízo de ponderação e de concordância prática entre os direitos envolvidos e em colisão (liberdade de comunicação e expressão do jornal versus imagem, honra e privacidade do autor), o responsável pelo site realizou críticas à administração do Lar Espírita Alvorada Nova - LEAN, mas sem extravasar para xingamentos, atribuições de qualificações pejorativas ou ataques de conteúdo pessoal ou enxovalhamento da honra do recorrente, não havendo, no caso concreto, dano moral a ser reparado. (TJRN, Apelação Cível nº 2015.009090-2. Rel. Des. João Rebouças. Terceira Câmara Cível. j. 08/09/2015).

Apelação cível. Responsabilidade civil. Divulgação de matéria jornalística. Dever de informar. Dano moral inexistente. Sentença mantida.

Tratando de colisão de direitos fundamentais, liberdade de imprensa e direito à imagem e à honra, não há solução normativa prévia sobre qual dos direitos deve prevalecer, devendo ser analisado o caso concreto. O dano moral indenizável decorrente de abuso de imprensa se configura, quando a notícia veiculada tem a conotação de injúria, difamação ou calúnia, ou quando das referências, alusões ou frases veiculadas na matéria jornalística sobressai a conotação pejorativa ou capaz de influenciar a opinião pública de um fato que não ocorreu. Não havendo comprovação do nexo de causalidade entre a conduta dos

apelados e o dano causado não há que se falar em dever de indenizar. Sentença mantida.
(TJRO, Apelação Cível nº 0009511-95.2012.822.0007, Rel. Des. Rowilson Teixeira, Primeira Câmara Cível, j. 05/04/2017).

Conforme amplamente demonstrado nesse capítulo, o entendimento tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto dos demais Tribunais de Justiça brasileiros é de que a indenização é devida quando, independentemente de dolo, aquele que fere o direito à imagem de outrem ultrapassa os limites interpostos, tal como liberdade de imprensa.

Fundamental, ainda, destacar Súmula do STJ que corrobora todo o exposto, de número 403, que dispõe que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Por fim, importa informar que o Supremo Tribunal Federal, no processo de Repercussão Geral nº 739382, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que o tema referente ao direito à imagem não é de sua competência, exceto quando tratar de direta violação constitucional:

Recurso Extraordinário com agravo. 2. Dano moral. 3. Liberdade de expressão. 4. Crítica contundente. 5. Discussão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes. 6. Não compete ao Supremo Tribunal Federal revolver a matéria fática para verificar a ocorrência de dano à imagem ou à honra, a não ser em situações excepcionais, nas quais se verifique esvaziamento do direito à imagem e, portanto, ofensa constitucional direta. 7. Ausência de repercussão geral da questão suscitada. 8. Recurso extraordinário não conhecido.
(STF, ARE 739382, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23/05/2013, DJe 31/05/2013)

O Ministro ainda asseverou que:

Salvo em situações extremas e excepcionais, nas quais se verifique o esvaziamento do direito de imagem e, por conseguinte, ofensa direta à norma constitucional, as discussões relativas à ocorrência ou não de dano moral não deve galgar a instância extraordinária

4.2. Casos Representativos de Uso Indevido de Imagem

Como sabido, pessoas famosas possuem maior propensão para a divulgação da sua imagem com fins lucrativos do que anônimos. Isto porque a ligação de um produto com alguém adorado pelo público valoriza aquele, fazendo com que suas vendas aumentem, por exemplo.

No entanto, além do uso indevido de imagens buscando o lucro, o mercado dos chamados “paparazzis” também aumenta consideravelmente a cada dia. As pessoas possuem cada vez mais interesse sobre a vida alheia, sendo recorrente a divulgação não autorizada de pessoas em momentos íntimos e particulares, normalmente sem nenhum cunho informativo, buscando apenas expor a pessoa.

No Brasil alguns casos ficaram conhecidos nacionalmente, como o da apresentadora Daniela Cicarelli sendo filmada em momentos íntimos com seu namorado em uma praia da Espanha. Carolina Dieckmann, após ter seu celular invadido e fotos íntimas divulgadas conseguiu a sanção da Lei nº 12.737/2012, que alterou o Código Penal, tornando crime este tipo de conduta.

Alguns destes casos foram parar no judiciário, para que se resolvesse a lide. No caso da apresentadora Daniela Cicarelli, na Apelação nº 5560904400 o Desembargador Relator Enio Zuliani destaca que a divulgação de um vídeo de pessoa famosa cometendo excessos em espaço público “*não cumpre as funções de cidadania; ao contrário, satisfaz a curiosidade mórbida, fontes para mexericos*”.

E ainda destaca que:

O direito à imagem sofre, não se discute, temperamentos. Não é absoluto, embora de cunho potestativo [somente o titular poderá dele dispor, mediante consentimento] cede frente ao interesse público preponderante. A pessoa não poderá se opor, por exemplo, que sua imagem-retrato seja incluída como parte de um cenário público, como quando é fotografada participando de um evento público, de uma festa

popular, de um jogo esportivo, etc. Alguns segredos de pessoa notória podem ser contados e não filmados, com a descrição necessária, em obras biográficas (...).

A situação foi resolvida desta forma pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

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

(TJSP. AC: 5560904400, Rel. Des. Enio Zuliani, Quarta Câmara de Direito Privado, julgamento: 12/06/2008, DJe 17/07/2008)

Outro caso famoso envolveu a apresentadora Xuxa Meneghel, que teve fotos suas tiradas pela Revista Playboy nos anos 80 divulgadas, sem qualquer tipo de autorização, por programa na Rede Bandeirantes em 2008.

A questão foi resolvida no TJRJ, que reformou a sentença apenas para reduzir o *quantum* indenizatório, conforme ementa abaixo:

Ação de responsabilidade civil. Uso indevido da imagem. Compensação por danos material e moral. Artista de renome nacional. Exibição não autorizada, em programa de televisão, de fotos desnudas, antigas. Laudo Pericial. Danos reconhecidos. Sentença de procedência. Apelos das partes. Agravos Retidos rejeitados. Tutela da imagem prevista nos artigos 5º, X da CRFB e artigo 20 do Código Civil. O exercício do direito de informação jornalista e a liberdade de manifestação do pensamento não são garantias constitucionais absolutas, ainda mais quando em colisão com outros direitos ou garantias constitucionais. Na colisão entre direitos fundamentais deve prevalecer o que melhor resguarde a dignidade da pessoa humana. O direito de informar encontra seu limite no direito à imagem de qualquer

cidadão. Fato constitutivo do direito da autora decorrente da mera exibição não autorizada de fotos suas. O dano material, no caso de uso indevido de imagem, não se baseia no que a autora deixou de ganhar, mas o que ganharia pela sua autorização para exibição das fotos. Dano material apurado em valor excessivo que deve ficar reduzido. Dano Moral decorrente do fato em si. Valor indenizatório arbitrado que atendeu à razoabilidade e se mostra compatível com as circunstâncias do caso e ao seu objetivo pedagógico. Recurso da autora improvido. Parcial provimento do réu.

(TJRJ, Apelação Cível 2009.001.51786, Rel. Des. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat, Quinta Câmara Cível, j. 16/08/2011)

Outro caso de grande repercussão nacional foi o da atriz Maitê Proença, que também teve suas imagens nuas feitas pela Revista Playboy divulgadas pelo jornal Tribuna de Imprensa.

No entanto, a maior polêmica foi referente à decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos embargos infringentes nº 0011236-18.1998.8.19.0000 que, mesmo ao conceder à atriz indenização por danos materiais, rejeitou o pedido referente aos danos materiais, por considerar que, tratando-se de uma das mulheres mais atraentes do Brasil, não teria motivos para a atriz se sentir afetada moralmente pela divulgação.

A autora recorreu desta decisão, mediante Recurso Especial ao STJ, que reformando a decisão recorrida, assim julgou o caso:

Recurso Especial. Direito Processual Civil e Direito Civil. Publicação não autorizada de foto integrante de ensaio fotográfico contratado com revista especializada. **Dano moral. Configuração.** - **É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios.** - Tem o condão de violar o decoro, a exibição de imagem nua em publicação diversa daquela com quem se contratou, acarretando alcance também diverso, quando a vontade da pessoa que teve sua imagem exposta era a de exibí-la em ensaio fotográfico publicado em revista especializada, destinada a público seletivo. - A publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da

pessoa exposta, na medida em que experimenta o vexame de descumprir contrato em que se obrigou à exclusividade das fotos. - **A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento.**

(STJ, REsp 270.730/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19.12.2000, grifou-se.)

A pesquisa permite visualizar como o Judiciário brasileiro se comporta diante do conflito entre o direito à imagem e a liberdade de informação e imprensa, já que pontuados casos, para ponderação acerca de qual direito deve prevalecer, no intento de proteção à dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, demonstrou-se que a culpa provada vem, gradualmente, perdendo espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Em paralelo a tal fenômeno, a teoria do risco ganha força, esclarecendo que, para que exista indenização por responsabilidade civil, nem sempre será necessária a comprovação da culpa.

Ademais, ao abordar a constitucionalização do direito civil, restou comprovado que com a promulgação da Constituição de 1988, as relações entre particulares deixou de ser regida primordialmente pelo Código Civil, que teve suas normas relidas a partir dos princípios constitucionais.

Além disso, o Código Civil de 2002 ampliou o espaço para interpretação constitucional das suas normas, diminuindo, no que possível, a existência da dicotomia de Direito Público *versus* Direito Privado.

No que concerne ao direito à imagem, direito da personalidade constitucionalmente protegido, comprovou-se que, quando a sua proteção entrar em conflito com outros direitos fundamentais (como o direito à informação ou liberdade de imprensa) é de grande importância que exista ponderação entre os mesmos. Isso porque, quando da existência de conflito entre direitos e princípios, não se pode excluir um destes sumariamente, devendo haver proporcionalidade na escolha de um em detrimento de outro. O papel de exercer este equilíbrio é, principalmente, do Judiciário, que teve seus julgados aqui analisados.

O critério da proporcionalidade deve ser utilizado sempre que houver conflito entre estes direitos, levando-se em consideração a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista a equidade (justiça a ser realizada no caso concreto).

Ainda, explicou-se a diferença entre imagem-atributo e imagem-retrato, sendo a primeira a imagem gráfica, que será retratada apenas com uma fotografia e a segunda considerada aquilo que caracteriza o indivíduo, sendo como ele é reconhecido pela sociedade. A indevida utilização de qualquer uma gera a responsabilidade civil.

Por fim, analisou-se o entendimento dos Tribunais Superiores sobre o assunto, ao verificar a forma como é feita esta ponderação entre direito à imagem e direito à informação, constatou-se que cada caso merece análise especial, não sendo possível determinar um parâmetro.

Conforme amplamente demonstrado, os Tribunais Superiores brasileiros vêm entendendo que, em caso de abuso da liberdade de imprensa e informação, o dano à imagem deve ser indenizável, buscando cessar esse tipo de conduta.

No entanto, é importante se atentar à necessidade (e dever) de informar da imprensa; e, para tanto, se faz fundamental que não se puna qualquer tipo de divulgação não autorizada, vez que, em alguns casos – como na circunstância de envolver agente público – a população tem o direito de ser informada sobre os acontecimentos relacionados apenas ao exercício da sua função.

Foi possível concluir, então, que o direito à imagem é amplamente protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde que dentro dos limites estipulados e visando o equilíbrio entre este e o direito à informação. Quando, dentro destes alcances, este direito sofrer violação, é cabível a indenização civil.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>> Acesso em 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil - 11 ed., – São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Os direitos da personalidade e a liberdade de informação, Revista Forense, v. 363, p. 29-37, set./out. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/6754>>. Acesso em 2017.

KONDER, Carlos Nelson – Prefácio in LINS, Thiago. O Lucro da Intervenção e o Direito à Imagem – Rio de Janeiro : Lumem Juris, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_sus.pdf>. Acesso em 2017.

PELUSO, Cezar (coord.). Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência – 7. ed. rev. e atual. – Barueri – SP : Manole, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 10 ed. Rio de Janeiro: GZ Edidora, 2012.

REALE, Miguel. A constituição e Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>>. Acesso em 2017.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. Disponível em < <http://www.andersonschreiber.com.br> > Acesso em 2017

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 8ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.