

REDES

Revista Eletrônica Direito e Sociedade

Canoas, V. 6, N. 1, 2018

Artigos

Recebido: 26.06.2017

Aprovado: 19.03.2018

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v6i1.3838>*1,*2 Universidade Federal de
Pernambuco (UFPE)

Recife, PE

**O furo da notícia: reparações não pecuniárias dos danos morais e a nova lei do direito de resposta***Felipe Varela Caon**1*Fabíola Lôbo**2**RESUMO**

Constatada a ausência de critérios objetivos que definem os limites da liberdade de expressão, por parte de veículos da mídia, este artigo tem por objetivo apontar, a partir da análise de resultados de dois paradigmáticos julgados, os parâmetros utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para enfrentar a questão, indicando as consequências jurídicas decorrentes da divulgação, publicação ou transmissão de matérias jornalísticas que excedem tais referenciais. Trata, também, da função da reparação civil, a mudança do seu foco – do ofensor à vítima –, seus reflexos estruturais, e aponta o instrumento da reparação não pecuniária, reafirmado pela Lei do direito de resposta, como medida que favorece a repersonalização do direito privado.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão; Responsabilidade Civil; Direito de Resposta.

A hole in the news: about non-pecuniary losses and their connections with the new law about reply's right**ABSTRACT**

Given the absence of objective criteria that define the limits of freedom of speech by media vehicles this article aims to show, from the analysis of results of two paradigmatic rulings, the parameters used by the Federal Supreme Court to address the issue indicating the legal consequences arising from the dissemination, publication or transmission of journalistic material that exceeds such referenciais. It also deals with the function of civil reparation, the change of its focus from the offender to the victim, its structural reflexes, and points to the instrument of non-pecuniary reparation, reaffirmed by the Law of the right of reply, as a measure that favors private law repersonalization.

Keywords: Freedom of Speech; Civil Liability; Right of Reply.

O furo da notícia falsa, os danos causados e sua reparação

No mundo do século XXI, onde as informações transitam à velocidade da luz, alguns maus veículos da mídia, em descomedida luta pelo “furo” da notícia, olvidam-se da ética e da importante função social que desempenham para divulgar informações desprovidas de prévia análise de veracidade, tudo em prejuízo da

sociedade. E fazem isso levando em conta que o prejuízo por eventual indenização, ou os gastos havidos com um eventual direito de resposta imposto pela Justiça, após longo período de tramitação de um processo judicial, acabam sendo bem menores do que o lucro advindo do pernicioso vanguardismo.

Fatores como a lentidão da Justiça, o baixo valor das indenizações por danos morais que vêm sendo fixadas pelas cortes brasileiras e a eventualidade da judicialização de práticas ilícitas, acabam por favorecer a utilização de verdadeiros cálculos atuariais por parte dos maus veículos de comunicação, que acabam sopesando o interesse e o prejuízo econômicos pela violação da honra e imagem de retratados por notícias não fidedignas. Esse raciocínio do lucro a qualquer preço, porém, que já fez com que tantas vidas fossem desperdiçadas em nome do cifrão¹, não mais pode ser tolerado, notadamente em uma sociedade que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). Indispensável, portanto, a existência de eficazes instrumentos voltados contra o dito modo de pensar e guiar atividades empresariais, a fim de resguardar o cidadão de eventuais abusos perpetrados por esse verdadeiro “quarto poder” que é a mídia.

Este artigo se destina, pois, à análise das reparações não pecuniárias dos danos morais na hipótese de divulgação de notícia falsa ou ofensiva, a partir de julgados do Supremo tribunal federal, bem como as inovações da Lei do direito de resposta nesse sentido. A Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015, que “dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social”, bem caminhou ao fornecer, sem prejuízo do constitucional direito de livre expressão, valiosos instrumentos de resguardo da honra do cidadão retratado por notícias inverídicas, suprimindo parte da lacuna deixada pela antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, de acordo com o Supremo Tribunal Federal². Tais instrumentos, que não devem resumir-se à indenização pecuniária, consideram outras medidas como a retratação pública e o cumprimento de obrigações *in natura*, os quais se mostram, em determinados casos, muito mais adequadas à efetiva *reparação* dos direitos da personalidade, ao revés da mera *compensação* dos danos pelo dinheiro.

A medida certa da liberdade de expressão: entre o informar e o violar do direito do retratado

Em 2003, o Supremo Tribunal Federal julgou um paradigmático *habeas corpus*, que trouxe à tona o intrigante tema dos limites do constitucional direito à livre expressão: o caso Ellwanger³. O paciente do referido *writ* era um escritor que, movido por convicções pessoais, editou e pôs à venda uma série de livros

¹ Nesse sentido, vale ressaltar o paradigmático caso do Ford Pinto (*Grimshaw vs. Ford Motor Company*), julgado em 1981 pela Suprema Corte da Califórnia. Durante o julgamento, restou demonstrado que a Ford, mesmo ciente dos riscos que o veículo Ford Pinto causava aos consumidores, em razão de o seu tanque de gasolina ser instalado atrás do eixo traseiro do carro, resolveu fabricá-lo e colocá-lo no mercado sem qualquer alteração no perigoso projeto original, o que causou diversos acidentes fatais. Tal medida levou em consideração o custo-benefício da não modificação do projeto original, observando os valores que possivelmente iriam ser pagos, a título de indenização, em casos de lesões corporais e mortes advindas do vício do produto. Cf. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá. 2014. p. 215.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 130. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 2009.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2003.

que negavam o holocausto judeu e abordavam temáticas “racistas e discriminatórias”, o que, para o Ministério Público do Rio Grande do Sul, configuraria a prática do crime de racismo. Os Ministros, ao julgarem o remédio heroico, além de enfrentarem os aspectos penais do crime em questão, pelo qual o paciente acabou condenado, travaram valiosas discussões sobre os limites da manifestação individual de pensamento - em que pese as pertinentes e construtivas críticas sobre o método de julgamento utilizado na ocasião⁴, que levaram dois julgadores a, ponderando os mesmos princípios (liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana), chegarem a conclusões antagônicas -, que ainda servem como verdadeiro parâmetro para casos cíveis e criminais que se relacionam com a temática. Concluiu o STF nesse *hard case*, portanto, que “as liberdades públicas não são incondicionadas, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte)”, e que o direito à livre expressão não pode abrigar “manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”, pelo que a prática de publicar opiniões antisemitas constitui um atentado aos “princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e na dignidade do ser humano”⁵.

Como esse caso, porém, é extremo, e o sentimento de reprovação ao crime praticado pelo paciente do referido habeas corpus, que atinge não só uma pessoa, mas toda a humanidade, fácil é o convencimento de que o caminho trilhado pelo STF foi acertado (apesar de três ministros terem se posicionado no sentido da concessão da ordem). Mas quando o ilícito praticado pela disseminação de uma ideia não é tão grave quanto o exemplo dado, configurando um ilícito civil, ao invés de um crime, os limites da livre expressão devem ser outros?

Um outro caso paradigmático do STF ajuda a responder à questão: a ADI nº 4815 que, fazendo prevalecer o direito à livre expressão, deu interpretação conforme à Constituição Federal, sem redução de texto e por unanimidade, aos artigos 20⁶ e 21⁷, do Código Civil, no sentido de permitir a publicação de biografias independentemente de prévia autorização. Percebe-se, então, que enquanto no caso Ellwanger o direito à livre expressão acertadamente “cedeu espaço” à dignidade da pessoa humana, nesse caso o referido direito constitucional se agigantou, a ponto de afastar toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. O STF entendeu, portanto, que a liberdade de expressão não deve ser tolhida e que a censura prévia, lembrança de um passado triste da ditadura militar, não é condizente com os mandamentos da Constituição democrática. Isso não significa, porém, que se promoveu a imunização das divulgações não autorizadas de eventuais danos causados a terceiros. Ao contrário, seria justamente a reparabilidade futura dos danos eventualmente ocasionados pela publicação ilícita que justificaria a permissibilidade de sua veiculação independentemente de anuência. Concluiu-se, pois, que seria melhor permitir que haja

⁴ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes**: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios/Eros Roberto Grau. – 7. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre interpretação / aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 25.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2003.

⁶ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

⁷ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

danos passíveis de reparação, causados pela violação ao direito à privacidade⁸, por exemplo, do que tolher previamente o direito à livre expressão.

Outros casos há, porém, nos quais a livre expressão é confrontada com o interesse público, com a honra objetiva, com o direito à privacidade, ou uma série de outros direitos que, graças a recentes transformações do direito contemporâneo, surgem cotidianamente para tutelar cada vez mais as pessoas, tal como o direito ao esquecimento⁹, que levou o Superior Tribunal de Justiça, em paradigmático julgado, a condenar a Rede Globo por ter retratado no programa policial Linha Direta um homem acusado de envolvimento com a chacina da Candelária que havia sido absolvido pela Justiça¹⁰.

A análise do interesse público da notícia, no entanto, é, dentre os vários interesses e direitos que devem ser ponderados caso a caso, sempre uma constante¹¹. Afinal, as notícias servem para atender um interesse da sociedade. Pela análise dos apontados julgados, porém, percebe-se que o direito à livre expressão é relativo, justamente porque pode colidir com outros direitos constitucionais. Sobre a relatividade dos direitos fundamentais, veja-se as seguintes observações do constitucionalista português Jorge Miranda:

Poderá transpor-se para o campo dos direitos fundamentais a distinção entre direitos relativos e direitos absolutos, vindas do domínio civilístico e que também adquire algum relevo em Direito Internacional Público? Entendendo como entendemos os direitos fundamentais como direitos em face do Estado, parece que a resposta deve, em geral, ser negativa. Eles são sempre direitos relativos, ainda que em termos diversos dos que se verificam em Direito privado, porquanto por virtude do princípio da universalidade não pressupõem uma certa determinada relação entre dois sujeitos: são todas as pessoas dentro da comunidade jurídico-política, cada um por si, que está em relação com o Estado¹².

A prevalência, ou não, do direito à livre expressão sobre outros direitos depende da análise do caso em concreto, como ressalta Sílvio Romero Beltrão,

Então, como é possível determinar que há violação ao direito da personalidade pelo exercício do direito e liberdade de imprensa? A resposta virá do caso em concreto. É possível que prevaleça o interesse público à informação, tratando-se de relatos verdadeiros, mesmo que cause lesão a uma determinada pessoa. Assim, notícias de um agente público que desviava dinheiro da educação através de licitações fraudulentas, pode violar o direito à honra da pessoa, mas neste caso o interesse público é dominante, pois a pessoa enquadrada se encontra praticando um ato ilícito e a notícia é de interesse de toda a sociedade¹³.

A relatividade do direito à livre expressão, tão caro à plenitude democrática, impõe que os meios

⁸ Anderson Schreiber, ao manifestar-se sobre a temática, defendeu que permitir a veiculação de biografias não autorizadas não envolve, necessariamente, a colisão entre a privacidade e a liberdade de expressão: “A Constituição brasileira protege a liberdade de expressão artística e intelectual (art. 5º, IX). Como legítimo exercício dessa liberdade constitucional, um direito pode decidir fazer um filme ou um escritor pode decidir elaborar uma biografia sobre uma celebridade. Para isso, o biógrafo pode se limitar a reunir e reapresentar ao público, de alguma forma, a trajetória pública do biografado (por exemplo, a vida política de Luis Inácio Lula da Silva ou a vida artística de François Truffaut). Nesse caso, não há qualquer colisão entre a privacidade e a liberdade de expressão”. (SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 456).

⁹ Ver e ENUNCIADO 531 da VI Jornada de Direito Civil (CJF) – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097/RJ. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 2012.

¹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 5259774000. Relator Desembargador Ribeiro da Silva. São Paulo, 2008.

¹² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. 4. p. 134/135.

¹³ BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

de comunicação veiculem notícias de modo ético e transparente, não descurando de analisar previamente a veracidade das informações recebidas. Mas se isso não for (como não é) posto em prática, o ordenamento jurídico deve garantir a reparação dos indivíduos lesionados pelo exercício do mau jornalismo.

Dano moral – do *pretium doloris* à violação dos direitos da personalidade

Os fundamentos do direito privado foram substancialmente alterados pelos princípios e valores da Constituição Federal de 1988. Antes da vigência referido diploma constitucional, o Código Civil de 1916 era dotado de um caráter simbólico característico, representando o centro normativo das relações privadas¹⁴; uma verdadeira constituição do homem privado, radiativa dos princípios da individualidade e liberdade, erigida sob a ótica patrimonialista dos códigos oitocentistas. Nada mais natural, portanto, que durante a vigência do Código Civil de 1916, o dano moral – quando finalmente aceito – necessariamente estivesse ligado à noção de patrimônio: em regra, só se reconhecia o dano moral se ele impusesse, necessariamente, algum reflexo no campo do ter¹⁵ (tal como a reparação por aleijão, em razão da perda da capacidade produtiva, e não em razão da ofensa à integridade física - art. 1.538, §§ 1º e 2º).

A reparação por danos morais, nessa linha, só se dava em hipóteses taxativas previstas de modo expresso no Código Civil¹⁶ – tal como se dá até hoje no direito penal –, e a evolução desse modelo esbarrava no pensamento de que o dano moral, por uma questão de ética, não poderia ser traduzido em pecúnia, pois isso abriria portas para “*especulações desonestas, acobertadas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos*”¹⁷. Nesse sentido, como afirmou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Orozimbo Nonato, em Voto proferido na Apelação Cível nº 8210, o dano “puramente moral” não seria indenizável porque “*incalculável*”, bem como porque seria “*imoral, algumas vezes, pagar em moeda corrente danos dessa ordem*”¹⁸. O dano moral, portanto, não poderia jamais ser precificado, sob pena de transformar a dor em dinheiro (*pretium doloris*). Tal pensamento, porém, esbarrava numa conclusão inafastável: mais “imoral” do que quantificar a dor, traduzindo-a em pecúnia, é não a quantificar, afastando a indenização e, conseqüentemente, garantindo impunidade àquele que viola direitos de outrem. E mais: não havia qualquer imoralidade em indenizar o dano moral, pois isso não representava atribuir preço à dor, como afirma Judith Martins-Costa:

Considerar dano moral o *pretium doloris* não passa, com efeito, de anacronismo insustentável tanto do ponto de vista teórico quanto prático. O dano moral não é o preço da dor, nem a dor há de ser tida como categoria jurídica – embora ainda assim considerem majoritárias doutrina e jurisprudência brasileiras¹⁹.

¹⁴ EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. Apontamentos sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado. **Revista do Mestrado em Direito** (UFAL), Maceió, n.2, p. 269-294, 2006.

¹⁵ Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 08 de janeiro de 1960, no caso dos Irmãos Naves: “DANO MORAL - SE REPERCUTE NA ECONOMIA PARTICULAR, CAUSANDO PREJUÍZOS, HÁ QUE O RESPONSÁVEL RESPONDER PELAS INDENIZAÇÕES DE DIREITO”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 42 723/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Henrique D’Ávila. Brasília, 1960.

¹⁶ “Pelo sistema do nosso Código Civil, como para o B.G.B., (art. 239) a reparação pecuniária do dano moral só é possível nos casos fixados por lei”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Apelação Cível nº 7526. Relator Ministro Orozimbo Nonato. Brasília, 1942.

¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 5. ed. vol. V. p. 319

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Apelação Cível nº 8210. Relator Ministro Waldemar Falcão. Brasília, 1944.

¹⁹ Dano moral à brasileira. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). **Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014. p. 308.

O longo debate, porém, durou décadas, de modo que o dano moral só veio a se consagrar como dano autônomo nos anos 90, após a Constituição de 1988, época em que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 37, afirmando serem “cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

A consagração da autonomia dos danos morais, por outro lado, não representou uniformização do seu conceito, notadamente em razão de grande parte da jurisprudência da época vislumbrar danos extrapatrimoniais em estados anímicos negativos, tais como “dor psicológica”, “sofrimento”, “vexame”, “frustração” etc., o que dificultava (e ainda dificulta) a sua apuração em casos concretos.

Com o tempo, passou-se a observar que os apontados “critérios” subjetivos utilizados pela jurisprudência para configurar o dano moral (critério do efeito do dano) nada mais são do que (possíveis, mas não necessárias) consequências, e não o próprio direito violado. Essas características psíquicas usualmente utilizadas como elementos conceituais do dano moral são, de acordo com Paulo Lôbo, “correspondem a dos aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos da personalidade²⁰”.

Isso significa que, quando se está discutindo a existência, ou não, do dano moral, não é a consequência do ato danoso, isto é, a “dor”, o “vexame” ou o “menoscabo” que fazem como tal conceito reste caracterizado no caso em concreto, mas a efetiva violação do direito à honra, a utilização indevida da imagem, a exposição vexatória e não autorizada da privacidade, etc. Não fosse assim, toda e qualquer demanda em que se discutisse a ocorrência de dano moral teria de ser julgada por presunção, já que sentimentos psíquicos não são passíveis de serem provados.

Essa nova concepção não só traz ao ordenamento jurídico mais clareza e objetividade na definição do que constitui dano moral, como é reflexo de apurada análise da Constituição Federal, diploma normativo que “cuida de tutelas específicas de direitos da personalidade, havendo sempre relação aos danos morais, explícita ou implicitamente²¹”.

Função (reparadora/compensatória ou punitiva) da responsabilidade civil por danos morais

A função punitiva da responsabilidade civil por danos morais, apesar de aceita pela parte da dou-

²⁰ LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 20 out. 2016.

²¹ LÔBO, op. cit.

trina²² e jurisprudência²³ pátrias, simplesmente não encontram respaldo ou justificação no ordenamento jurídico. Se aplicar uma pena sem prévia cominação legal representa uma afronta ao art. 5º, XXXIX, da CF, não há justificativa para que se puna aquele que cometa um ato ilícito indenizatório se a lei assim não determina.

No plano infraconstitucional, o reconhecimento de uma função punitiva também entra em confronto com norma que se extrai do art. 944, do Código Civil (“a indenização se mede pela extensão do dano”), favorecendo o enriquecimento sem causa da vítima, medida essa repelida pelo ordenamento brasileiro. Por outro lado, as recentes transformações do direito civil levaram a uma verdadeira reestruturação da responsabilidade civil. Se antes se preocupava primordialmente com o ofensor e sua punição, hoje o foco é a vítima e a sua reparação. É o que afirma Maria Celina Bodin de Moraes²⁴,

A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos²⁵.

Concentrar a atenção do jurista na atividade lesiva e o grau de culpa do ofensor é, portanto, um viés que não coaduna com a releitura da responsabilidade civil, feita sob as lentes da repersonalização do direito civil, além de conflitar com o princípio da primazia do interesse da vítima, tido por Paulo Lôbo como um dos valores que marcam a sua (da responsabilidade civil) transformação contemporânea²⁶.

Por outro lado, se é possível falar em efetiva reparação quando se está tratando de danos materiais, não se pode dizer o mesmo em relação aos danos morais. Violações aos direitos da personalidade não têm

²² Carlos Alberto Bittar assim se posiciona sobre a função punitiva dos danos morais: “Adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos –, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive ou exemplar damages* da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante”. (BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 3ª ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p 232/233).

²³ Nesse sentido, assim decidiu o Tribunal de Justiça de Pernambuco: “DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO DE AGRAVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. FUNÇÃO PUNITIVA NO CASO CONCRETO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1.A reparação do dano moral tem, também, natureza punitiva para o ofensor, com efeito de evitar que se repitam situações semelhantes à ocorrida com a autora. 2.A prescrição do direito de receber indenização a título de danos morais, por falha em prestação de serviço é quinquenal, conforme art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. 3.Agravo improvido. Decisão unânime” (AGV: 2984609 PE, Relator: Jones Figueirêdo, Data de Julgamento: 21/03/2013, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04/04/2013).

²⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Organização: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Organização: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

como ser desfeitas, e os seus reflexos muitas vezes não conseguem jamais serem apagados, como no caso de uma mãe que perde um filho.

Diante desse panorama, percebe-se, portanto, que a responsabilidade civil por danos morais tem um caráter compensatório, e não reparador ou punitivo, quando se causa dano moral a outrem. É exatamente essa a função, pois, do direito de resposta. A violação aos direitos da personalidade não pode ser desfeita, mas pode ser compensada, e a veiculação de uma nota de retratação tem a função de minorar os impactos da má repercussão ocasionada pela veiculação de uma notícia falsa.

Reparação/compensação não pecuniária dos danos morais

A superação da noção do *pretium doloris* representou, sem sombra de dúvidas, um grande avanço da responsabilidade civil. Afinal, deixar de reconhecer a necessidade de compensar-se danos de ordem extrapatrimonial é privilegiar a impunidade, em detrimento dos interesses da vítima. Permitir a compensação dos danos morais é, portanto, uma forma de valorização dos indivíduos, como seres humanos que são.

A usual forma de compensar-se os danos morais - isto é, a compensação pecuniária -, não obstante, ainda se encontra assentada em uma premissa patrimonialista aparentemente contrária aos fluxos da repersonalização do direito civil, que valoriza o ser, em vez do ter.

Nesse sentido, afirma Anderson Schreiber:

As infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelam a flagrante contradição de que a cultura jurídica brasileira, como ocorre na maior parte do mundo, reconhece a natureza extrapatrimonial do dano, mas insiste em repará-lo de forma exclusivamente patrimonial, por meio de indenizações em dinheiro. Diante dos tormentos da quantificação e da inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, a doutrina e os tribunais vêm despertando para a necessidade de buscar meios não-pecuniários que, sem substituir a compensação em dinheiro, associem-se a ela no sentido de efetivamente reparar ou aplacar o prejuízo moral²⁷.

Em que pese a reparação pecuniária seja necessária, diante da possibilidade de haver preferência por parte daqueles que têm os seus direitos da personalidade ofendidos (a vítima é a pessoa mais indicada para escolher a modalidade da reparação dos danos sofridos), outros meios de reparação devem ser fomentados, notadamente quando desempenham uma função reparatória mais eficaz do que a indenização em dinheiro.

Nesse sentido, ressalvada a possibilidade de a vítima preferir o dinheiro a outra modalidade de reparação (o que é plenamente legítimo), não se discute que uma retratação pública é muito mais eficaz e propícia à reparação da honra violada do que a compensatória indenização pecuniária. Um pedido de desculpas, em alguns casos, além de ser muito mais eficaz (à reparação do dano causado) do que a pecúnia, ainda promove o bem-estar social, permitindo que os indivíduos envolvidos em uma determinada disputa judicial voltem a conviver pacificamente.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira in ARRUDA ALVIM, Angélica (coord). **Atualidades de Direito Civil - Volume II - Estudos Sobre a Responsabilidade Civil - Volume 2**. Curitiba: Juruá, 2007.

A propósito, é importante destacar que fato de os danos à personalidade não poderem efetivamente ser reparados, uma vez que ninguém “restaura” a dignidade violada, não impede o jurista de buscar todos os meios possíveis para chegar o mais perto possível de uma reparação integral²⁸, e isso se dá de maneira muito mais eficaz quando se trata de reparação *in natura*. Essa é a lição de Rabindranath Valentino Aleixo Campelo de Sousa, que, mencionando artigos do Código Civil português, chega à conclusão de que:

Dado o disposto nos arts. 562.º e 564.º, n.º 1, do Código Civil, a obrigação da indenização deve, em princípio, revestir o modo de reconstituição natural ou de indemnização em espécie, por ser esta a forma mais perfeita de reparação dos danos concretos ou reais e que melhor garante a integridade das pessoas e dos bens²⁹.

Em continuidade, o dito autor dá exemplos de medidas mais eficazes do que a reparação pecuniária:

Assim, em caso de violação da integridade física alheia, causadora de ferimentos, lesões ou doença, o lesante deve socorrer o lesado, providenciar à sua assistência e tratamento e custear transportes, internamentos, actos curativos e demais despesas necessárias ao reestabelecimento do lesado. Em caso de furto ou detenção ilícita de manuscrito literário inédito ou de memórias familiares, cartas ou outros escritos confidenciais há que devolvê-los. Se alguém indevidamente gravou uma conversa ou voz alheia ou tirou cópias de correspondência violada, deve proceder à destruição dos registros sonoros e das cópias em causa. Quem ofendeu outrem por escrito ou imagens ou publicou cartazes com retrato não autorizado deverá também, em princípio, destruir essas corporificações permanentes da ofensa. Se alguém injuriou outrem deve retractar-se e se prejudicou terceiro na sua identidade e reputação através de falsas ou inexactas notícias deve corrigir tais imputações. Quando alguém produz ruídos, fumos ou cheiros insuportáveis para os vizinhos deve pôr fim ou exercer de outro modo a atividade causadora³⁰.

Como se vê, há diversos outros eficazes meios de reparar-se danos à personalidade, devendo a indenização pecuniária ser disponibilizada como uma opção (cumulativa ou não), pois a existência de uma reparação exclusivamente pecuniária pode induzir à conclusão de que todo dano moral é permitido, desde que se esteja disposto a arcar com o “preço” correspondente³¹, pensamento este absolutamente contrário à repersonalização do direito privado.

Cumprido ao legislador, portanto, estabelecer novos instrumentos alternativos de reparação. A Lei de Direito de Resposta, pois, é um deles.

Lei nº 13.188/15: um importante passo para a afirmação das reparações não pecuniárias do dano moral

Pertinentes críticas não faltaram à Lei nº 13.188/15³²: o pequeno prazo decadencial (que, na verdade, deveria ser prescricional) de 60 dias para o exercício do direito de resposta, possível desproporcionalidade do ato danoso e o ato reparatório (já que a lei prevê que a resposta tenha a mesma dimensão e duração da “matéria que a ensejou”, quando, em casos concretos, a informação equivocada pode ser veiculada em poucos segundos, ocupando pequena parte de uma matéria), exiguidade dos prazos processuais (v.g. prazo

²⁸ SCHREIBER, 2013, op. cit. p. 207.

²⁹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 463

³⁰ CAPELO DE SOUSA, op. cit. p. 463-464.

³¹ SCHREIBER, 2013, op. cit. p. 207.

³² Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Lei 13.188/2015 dá direito de resposta a quem não tem o que responder?. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-16/direito-civil-atual-lei-131882015-direito-resposta-quem-nao-responder>>. Acesso em 15 ago. 2016.

de 24 horas para defesa preliminar), ausência de critérios distintivos entre a matéria lícita e a ilícita etc. Tais aspectos da Lei, de fato, precisam de maior debate e possíveis retificações. Isso não deve ofuscar, porém, os aspectos positivos do referido diploma legislativo. Em se falando de leis, não deve haver espaço para maniqueísmos³³.

O suprimento da lacuna legislativa criada pela não recepção da Lei de Imprensa, pois, é um dos aspectos positivos da Lei nº 13.188/15. Se antes a imposição do dever de retratação diante da veiculação de uma notícia falsa advinha de uma cláusula geral da tutela dos direitos da personalidade, o dito instrumento legislativo estabeleceu critérios e procedimento próprios para que haja tal reparação *in natura*.

Os prazos exíguos previstos no procedimento próprio, por outro lado, favorecem uma tutela mais eficaz dos direitos violados. Afinal, se é inequívoco o fato de que a “*justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada*”, tal como afirmou Rui Barbosa³⁴, também não se discute que uma retratação realizada anos após o evento danoso não tem a mesma eficácia reparadora do que aquela promovida ainda no calor do debate gerado pelo “furo” da notícia. É justamente o que se observa, por exemplo, na hipótese da veiculação de notícias falsas envolvendo políticos em época de eleição. A retratação, em tais hipótese, deve ser imediata, caso contrário, se ocorrer após o período eleitoral, a eficácia da medida reparatória é extremamente mitigada.

O formato da reparação, por outro lado, também foi um ponto favorável. Muito embora um deslize na técnica legislativa tenha possibilitado a ocorrência de uma desproporcionalidade da reparação diante do dano³⁵, como já se apontou, agora há critérios fixos voltados a garantir uma previsibilidade na imposição das condenações:

Art. 4º. A resposta ou retificação atenderá, quanto à forma e à duração, ao seguinte:

I - Praticado o agravo em mídia escrita ou na internet, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou;

II - Praticado o agravo em mídia televisiva, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou;

III - Praticado o agravo em mídia radiofônica, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou.

§ 1º Se o agravo tiver sido divulgado, publicado, republicado, transmitido ou retransmitido em mídia escrita ou em cadeia de rádio ou televisão para mais de um Município ou Estado, será conferido proporcional alcance à divulgação da resposta ou retificação.

§ 2º O ofendido poderá requerer que a resposta ou retificação seja divulgada, publicada ou transmitida nos mesmos espaços, dia da semana e horário do agravo.

³³ A Lei 11.804/08 (alimentos gravídicos), por exemplo, apesar de muito criticada quanto aos aspectos formais (que, naturalmente, precisam ser corrigidos), vem exercendo um importante papel na garantia de direitos de nascituros, antes não exercitáveis.

³⁴ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Russel, 2004. p. 47.

³⁵ Em que pese a pertinência da crítica relativa à redação capciosa do art. 4º, I, da Lei nº13.188/15, o parágrafo 4º do referido artigo estabelece que “*na delimitação do agravo, deverá ser considerado o contexto da informação ou matéria que gerou a ofensa*”. Uma interpretação sistêmica da Lei sugere, portanto, que a reparação (retratação) observará o contexto da informação ou matéria que gerou a ofensa, de modo que a condenação imposta deverá ser proporcional ao agravo, em observância à regra do art. 944, do Código Civil (*a indenização mede-se pela extensão do dano*).

§ 3º A resposta ou retificação cuja divulgação, publicação ou transmissão não obedeça ao disposto nesta Lei é considerada inexistente.

§ 4º Na delimitação do agravo, deverá ser considerado o contexto da informação ou matéria que gerou a ofensa.

Se, antes, os critérios da extensão da medida reparatória cabiam à jurisprudência, a Lei, agora, estabelece um padrão que não só fornece a efetiva reparação da vítima, mas, também, demonstra ao ofensor os limites da condenação que lhe poderá ser imposta, privilegiando, com isso, a segurança jurídica. Isso, porém, não representará o engessamento do sistema de reparação civil no tocante aos danos decorrentes de notícias. Porque, caso uma hipótese fática traga peculiaridades que demandem um tratamento diferenciado, nada impede que o julgador, excepcionalmente, se valha da cláusula geral prevista no art. 927, do Código Civil, para impor condenação mais adequada à reparação. Tal medida, no entanto, para não destoar o objetivo da própria Lei de garantir uma previsibilidade quanto ao exercício do direito de resposta, só deve ocorrer em hipóteses extremas (*hard cases*), em que se cogite a “a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que a sua finalidade exige”³⁶ (derrotabilidade das regras).

Outro ponto que merece destaque é a previsão legal de um procedimento extrajudicial específico voltado à solução do conflito (art. 3º)³⁷. Ao possibilitar que os veículos de comunicação se retratem espontaneamente, sem a necessária imposição judicial, a Lei não só favorece a solução consensual dos conflitos³⁸, estimulando a paz social, mas evita a propositura de ações judiciais desnecessárias, sem que, antes, tenha havido qualquer resistência quanto ao exercício do direito de resposta.

Com tais previsões, a Lei do Direito de Resposta representa um importante passo para o fortalecimento das reparações não pecuniárias dos danos morais, caminhando no mesmo sentido da constante evolução da responsabilidade civil para garantir maior efetividade na reparação dos danos aos direitos da personalidade de ofendidos por matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículos de comunicação social.

Conclusão

Não raro, por necessidades mercadológicas de prestar informações em primeira mão, veículos da mídia preferem divulgar informações não fidedignas a correr o risco de perder o “furo” para a concorrência. Nesse instante, o risco de essas “notícias” divulgadas, publicadas ou transmitidas violar os direitos da personalidade de terceiros é elevadíssimo. Diante desse fato social, cabe ao Direito, sem cercear a liberdade de expressão, sobre a qual gravita um interesse público notório, garantir meios eficazes de reparação/

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

³⁷ Art. 3º O direito de resposta ou retificação deve ser exercido no prazo decadencial de 60 (sessenta) dias, contado da data de cada divulgação, publicação ou transmissão da matéria ofensiva, mediante correspondência com aviso de recebimento encaminhada diretamente ao veículo de comunicação social ou, inexistindo pessoa jurídica constituída, a quem por ele responda, independentemente de quem seja o responsável intelectual pelo agravo.

³⁸ Face a disposição do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), o procedimento extrajudicial prévio deve ser entendido como uma faculdade, e não como uma condição para a propositura da ação judicial. Interpretação diversa deve ser reputada inconstitucional.

compensação desses danos, o que, sob a ótica de um direito privado repersonalizado, nem sempre se dá mediante a indenização em dinheiro.

Quando os danos morais são decorrentes de uma matéria jornalística, aliás, a retratação do meio de comunicação demonstra-se muito mais eficaz à efetiva reparação do que a pecúnia, pois faz com que aqueles (ou parte daqueles) que tiveram acesso à alguma notícia falsa ou denegritória também assistam (ou leiam) a retificação do retratado, restaurando (ainda que parcialmente) a sua honra, nome, imagem etc.

Nessa linha, a Lei nº 13.188/15, suprindo uma lacuna deixada pela não recepção da Lei de Imprensa, representa um grande avanço legislativo, condizente com os atuais “paradigmas” da responsabilidade civil. Ao prever uma série de instrumentos voltados à eficaz garantia do exercício do direito de resposta, agilizando a reparação dos danos causados pela veiculação de uma matéria jornalística inverídica ou difamatória, a Lei do Direito de Resposta privilegia a vítima, com objetivo de restaurar a sua dignidade.

Com a utilização frequente dos novos instrumentos legais, por outro lado, os veículos da mídia deverão passar a ponderar os benefícios da publicação de uma matéria jornalística cujo conteúdo é de veracidade questionável. Afinal, não há dúvidas de que aquele que muito se retrata acaba perdendo a confiança do seu público (leitor/telespectador).

Já era hora, mesmo, de se impor um limite aos verdadeiros cálculos atuariais realizados pela grande mídia em busca do lucro. Não mais se pode admitir que no balanceamento entre o peso das indenizações e o lucro do furo da notícia, a dignidade da pessoa humana continue sendo, nessa iniqua operação matemática, um zero à esquerda.

Em que pese as suas falhas de redação, que naturalmente precisam ser corrigidas pelo Legislador, é fato que a Lei do Direito de Resposta representou um grande passo, pois não só favoreceu a solução extrajudicial de conflitos, como caminhou no sentido de compatibilizar o regime de reparação civil decorrente da divulgação de matérias por parte de veículos de comunicação social ao fenômeno da repersonalização do direito privado.

O furo da notícia, agora mais do que nunca, encontra na dignidade da pessoa humana o seu limite.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, Rui. **Oração Aos Moços**. São Paulo: Russel, 2004.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 5. ed. vol. V.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 3ª ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabi-

lidade civil. In: **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Organização: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque. Apontamentos sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado. **Revista do Mestrado em Direito (UFAL)**, Maceió, n.2. 2006.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios/Eros Roberto Grau. 7. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre interpretação / aplicação do direito)**. São Paulo: Malheiros, 2016.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Lei 13.188/2015 dá direito de resposta a quem não tem o que responder?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-16/direito-civil-atual-lei-131882015-direito-resposta-quem-nao-responder>>. Acesso em 15 ago. 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 20 out. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). **Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. 4.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. in ARRUDA ALVIM, Angélica (coord). **Atualidades de Direito Civil - Volume II - Estudos Sobre a Responsabilidade Civil - Volume 2**. Curitiba: Juruá, 2007.