

O DANO MORAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Alex SOUZA¹

RESUMO: O presente trabalho procura desenvolver o raciocínio jurídico no tocante à importância do direito de Liberdade de Expressão, um direito não absoluto, que possibilita a aplicação de indenização por danos morais, quando houver excessos, possibilitando uma perspectiva com a realidade jurídica, social, política e cultural da coletividade, objetivando, com isso, o bem estar social e a aplicação de justiça.

Palavras-chave: Dano Moral. Constituição Federal. Liberdade de Expressão. Direitos Fundamentais.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais foram criados a partir de um movimento de constitucionalização no início do século XVII, e foram incorporados e reconhecidos internacionalmente a partir da Organização das Nações Unidas de 1948.

A sua contribuição para o progresso moral da sociedade é enorme, pois são direitos inerentes à pessoa humana e pré-existentes ao ordenamento jurídico, haja vista que provém da própria natureza do homem, sendo tão logo, indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma vida digna, igualitária e livre.

Na concepção de Pérez Luno:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. lex.direito@hotmail.com - Bolsista do Programa de Iniciação Científica.

direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 182.)

Discorre Paulo Bonavides:

“Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização”:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança...” (Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, pág. 515)

Nesse mesmo diapasão Uadi Lamêgo Bulos sobre o assunto:

“Por isso é que eles são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem, nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante.” (Constituição Federal Anotada, p. 69)

Sobre o assunto em comentário Canotilho, se manifesta:

“a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”. (Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, p. 56)

Nestes mesmos termos Jorge Miranda:

“Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.” (Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, p. 8.)

1.1 Gerações de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais foram se desenvolvendo através dos tempos, e para os fins de estudo, os doutrinadores utilizam o termo “gerações,” para explicar essa evolução, que foi dividida em quatro etapas:

A Primeira Geração de direitos surgiu na busca pelos direitos à liberdade, são os direitos civis e políticos do homem, que se opunham ao direito estatal. O poder do Estado era absolutista, e a liberdade do indivíduo tinha que ser resguardada. Surgiram no final do século XVII, trazendo uma limitação ao poder estatal, onde as prestações negativas impunham ao Estado uma obrigação de não fazer. (http://www.passeja.com.br/file/download/Os_direitos_fundamentais_na_constituicao.pdf)

Com o advento da revolução industrial, o homem abandonou a terra e passou a viver na cidade, tendo que enfrentar todo um desafio decorrente do desenvolvimento tecnológico, e passou a participar de novos espaços, como centros urbanos, trabalhar em fábricas e aspirar novos ideais, procurando um bem-estar material propiciado pela modernidade. Aqui houve o desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como os direitos coletivos, haja vista que diferentes formas de Estado social tinham sido introduzidas.

A Segunda Geração surgiu após a Primeira Grande Guerra Mundial, onde foi solicitada uma maior participação estatal afim de visar o bem estar do

homem, através de ações positivas, com a finalidade de trazer direitos de igualdade entre os indivíduos.

No final do século XX, despontou uma 3ª geração de direitos fundamentais, com o objetivo de tutelar o próprio gênero humano, os direitos transindividuais, a proteção da coletividade.

São esses os direitos de fraternidade, de solidariedade, interpretando-se num meio ambiente equilibrado, numa vida tranquila, no avanço tecnológico, na comunicação e na busca da paz.

Tão grande foi a evolução dos direitos fundamentais que eles estão cada vez mais presentes nos tratados internacionais e conseguem trazer condições de vida digna ao homem, independentemente de sua nacionalidade, credo, raça, cor, idade ou cor.

Com o avanço cada vez maior em busca do conhecimento, o comportamento dos homens sofre alterações, e outras gerações de direitos fundamentais começam a surgir, a exemplo do direito à informação, democracia, alimentos transgênicos, clonagem, biodireito entre muitos outros.

2 DIREITOS RELATIVOS AO PENSAMENTO

Com o advento da Constituição Federal 1988, o ordenamento jurídico brasileiro teve uma proteção maior aos direitos relativos ao pensamento, e assim, posicionou-os como direitos fundamentais e cravou-os como cláusula pétrea, portanto, transformados em núcleo imodificável na Constituição Federal.

Os direitos relativos ao pensamento na Constituição são: (AMARAL, Sérgio Tibiriçá, *Direitos Fundamentais e Cidadania*, ed. Método, p. 260)

- a) Direito de Opinião (art. 5º, IV);
- b) Escusa de Consciência (art. 5º, VIII);
- c) Direito de Informação Jornalística (art. 220, parágrafo 1º);

- d) Direito de Antena ou de Espaços nos Veículos de Comunicação (art. 17, parágrafo 3º);
- e) Liberdade Religiosa (art. 5º, VI e VII);
- f) Liberdade de Cátedra (art. 206, parágrafo 2º);
- g) Direito de Resposta e Réplica (art. 5º, V);
- h) Direito de Comunicação (art. 220 até 224);
- i) Liberdade de Expressão (art. 5º IX) e
- j) Direito de Informação (art. 5º, XIV e XXXIII).

Apresentam como características a historicidade, limitabilidade, concorrência, historicidade, irrenunciabilidade e universalidade e estão intrínsecos à Terceira Geração de Direitos. (ARAÚJO, Luiz Roberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva 2003, p. 72)

2.1 Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão é fundamentada no artigo 5º, IX da Constituição Federal e tutela todo tipo de manifestação, como o teatro, escrita, música, religião, ideologias, crenças, fotografias, opiniões, pintura e convicções, ou seja, permite que todos possam produzir obras filosóficas, intelectuais ou científicas e publicá-las, sem a censura de quem quer que seja. (AMARAL, Sérgio Tibiriçá, *Direitos Fundamentais e Cidadania*, ed. Método, p. 263)

Entende-se a liberdade de pensamento como um direito da personalidade do indivíduo, portanto, o Estado não poderá utilizar de escusas para barrar o que entende como uma ideologia errada.

Diz o artigo 220 da Constituição Federal:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Recentemente, os ministros do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 187, liberaram a realização dos eventos chamados de “Marcha da Maconha”, que reúnem manifestantes favoráveis à descriminação do uso desse entorpecente. Com o entendimento que a liberdade de expressão e de manifestação garantem a realização dessas marchas, ressaltam que manifestações só podem ser proibidas quando forem dirigidas para incitar ou provocar ações ilegais e iminentes, caracterizando as praticas delituosas de Incitação ao Crime, artigo 286, ou Apologia de Crime ou Criminoso, artigo 287 do Código Penal brasileiro. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182124>)

A Lei 5.250 de 09 de fevereiro de 1967, conhecida como Lei de Imprensa, foi outorgada no período conhecido como Regime Militar para coibir os excessos que cada escritor, propagandista e divulgador de mídia cometesse. Contudo, os excessos eram analisados sob a ótica e crítica do Estado da época, um Estado repressor e totalitário, que pulverizava quem o tentasse enfrentar.

Com o renascimento da democracia e o advento da Constituição Federal de 1988, a Lei de Imprensa tornou obsoleta e entrou em desuso, mas sendo sempre lembrada quando se queria silenciar alguma crítica aos políticos do Estado. Sendo assim através da ADPF 130/DF essa Lei não foi recepcionada pela Carta Magna. (<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1049553/lei-de-imprensa-nao-foi-recepcionada-pela-constituicao-federal-de-1988-informativo-544>)

Essa manifestação sem barreiras é o direito constitucional mais abrangente e que está intrínseco ao direito de opinião, contudo não é um direito absoluto.

Existe uma limitação e ela deve ser imposta toda vez que são expressados fatos distorcidos da realidade, que maculam a honra de alguém, ou atropelam os direitos de terceiros.

3 DANO MORAL

O dano moral encontra-se previsto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por *dano* material, *moral* ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo *dano* material ou *moral* decorrente da sua violação

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a indenização por dano moral, como a tutela e aplicação de um direito fundamental.

Contudo, o Brasil resistiu muito para a inserção dos danos morais em seu ordenamento jurídico, sendo um dos últimos Estados da comunidade ocidental e a reconhecer esse tipo de indenização.

Para o Professor Yussef Said Cahali

dano moral "é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral(honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)". (Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição, p. 17)

Segundo Savatier, dano moral "*é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc*". (Traité de La Responsabilité Civile, vol.II, nº 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 1989)

Acrescent Minozzi, um dos estudiosos Italianos que mais defende a ressarcibilidade, Dano Moral "*é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a aflição*

física ou moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa, atribuindo à palavra dor o mais largo significado". (Studio sul Danno non Patri moniale, Danno Morale, 3ª edição, p. 41)

Uma questão importante sobre os danos morais é a sua ressarcibilidade, sendo assim duas correntes discorrem sobre o tema; uma defendendo a necessidade de se comprovar a dor; e a outra entendendo ser necessário que se comprove o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano que por sua vez se presume.

Essa segunda corrente tem encontrado respaldo no Superior Tribunal de Justiça: "*A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (damnum in re ipsa), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo*" (REsp nº 23.575-DF, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU 01/09/97). "*Dano moral - Prova. Não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que os ensejam (...)*" (REsp nº 86.271-SP, Relator Ministro Carlos A. Menezes, DJU 09/12/97).

E por fim deve-se analisar o *quantum* indenizatório, questão muito polêmica, no entanto, crucial. Esse ressarcimento da responsabilidade civil visará restabelecer o *status quo ante* pela recomposição do patrimônio lesado, ainda que na maioria das vezes a pecúnia não consiga substituir os sentimentos afetados.

A doutrina é unânime em expressar que além de respeito aos princípios da razoabilidade e da equidade, deve o critério de ressarcibilidade considerar alguns elementos como: a gravidade do dano; a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; a condição financeira do ofensor e a condição financeira do ofendido. (<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2821/dano-moral-e-indenizacao>)

Sendo assim, é necessário que haja um critério de proporcionalidade, para que o ofensor seja exemplarmente punido, servindo ele como fator de desestímulo para outros futuros agressores, e a vítima seja compensada de seus prejuízos.

3.1 O Dano Moral e Liberdade de Expressão na Imprensa

No Brasil a imprensa tem exercido um papel de destaque, além de preponderante, após a conquista da democracia, entre as décadas de 70 e 80, permitindo que a verdade sobre a situação brasileira fosse dita sem qualquer repressão ou censura, trazendo o direito de informação e crítica para cada brasileiro.

De maneira progressiva os meios de comunicação foram se evoluindo, televisores, rádios, jornais, revistas e Internet, assim, cada indivíduo passou a receber constantes informações e a produzir suas ideologias para cada caso e acontecimento.

Contudo, a opinião pública não necessariamente condiz com a realidade, por isso se chama de “opinião”, mas é saudável que se crie opiniões e se critique os fatos, para que a sociedade cada vez se torne mais intelectual.

Entretanto a imprensa deve dirigir por um caminho oposto, sempre na busca da verdade, servindo-se apenas de *meio* de informar seus consumidores e não um *fim* que gere a sua própria opinião, transmitindo apenas meias verdades, o que achar necessário, ou seguir influência política.

Um jornalista não possui uma imunidade jornalística travestida sobre a liberdade de expressão, portanto, se houver excessos cometidos como a divulgação de mentiras, informações mal difundidas, alteradas, deverá haver punição, pois uma vez publicada, seu efeito pode ser arrasador e nem uma posterior retratação conseguirá diminuir os prejuízos causados.

Na Internet grande é o número de casos em que são publicadas fotografias ou filmagens de pessoas, sem a autorização da vítima, em momentos de intimidade sexual, ou publicadas matérias com temas preconceituosos contra certos grupos de pessoas, ou até mesmo pessoas sofrendo *bullings* em páginas virtuais.

Todas essas condutas, além serem tipificadas como crime pelo Código Penal, são passíveis de indenização por danos morais. O entendimento do Poder Judiciário tem sido que além do autor das condutas responder pelo dano, a

empresa, a mídia que aceitou esse tipo publicação deverá responder solidariamente pelo ocorrido.

Assim como se deve respeitar o direito de expressão, pensamento e crítica, se deve também preservar a dignidade, honra e intimidade do indivíduo. Ninguém, por mais pública que seja a pessoa, é obrigada a ter seu foro íntimo especulado e desrespeitado.

Farias afirma:

além do limite interno referido da verdade da informação, a liberdade de expressão e informação deve compatibilizar-se com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas opiniões e informações, bem como ainda com outros bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade pública, saúde pública, segurança pública, integridade territorial, etc (FARIAS, E. P. de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editó, 1996)

4 CONCLUSÃO

No decorrer deste polêmico trabalho, o objetivo foi explicitar o direito fundamental de liberdade de expressão, relatando-o como um direito expansivo, que deve sempre prevalecer e extinguir a censura, mas nunca servir como um instrumento para a prática de condutas ilegais.

Ademais, constatou-se que toda conduta ilícita é digna de reparação não apenas criminalmente e materialmente, mas que se afetar a imagem, sentimentos e honra de uma pessoa, o ofensor deverá ser punido, dentro de limites proporcionais, seguindo uma regra que analise o nexó de causalidade entre a conduta, o dano causado e as condições econômicas do ofensor.

Particularizando a imprensa, criada como um meio de comunicação que fortaleceu a democracia e o direito de opinião, analisou-se que existem limites que devem ser rigorosamente seguidos a fim de evitar danos aos seus próprios

consumidores. O direito à liberdade termina quando se invade a liberdade e honra de outra pessoa.

A lei é a reparação, todavia, urge que o Ministério Público, Comissões de Direitos Humanos e órgãos de combate à discriminação, fiscalizem e criem políticas de conscientização sobre o bom uso da mídia, o poder catastrófico do seu mau uso e as conseqüências para quem dela tira proveito para provocar mal alheio, para que nem o Poder Judiciário necessite ser provocado. Não há indenização que apague da memória ou minimize as conseqüências, frutos de um dano à moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá, *Direitos Fundamentais e Cidadania*, ed. Método.

ARAÚJO, Luiz Roberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição.

FARIAS, E. P. de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Edito, 1996.

RODRIGUES, Victor Gabriel, *Tutela Penal da Intimidade*, Editora Atlas.

SAHM, Regina, *Direito à Imagem no Direito Civil brasileiro*, Editora Atlas.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 182.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.