

Programas humorísticos e danos morais – limites à liberdade de expressão em face de direitos individuais

Humor shows and moral damages - limits to freedom of expression in the face of individual rights

Patrícia Aparecida de Melo

Graduando do curso de Direito (UNIPAM).

E-mail: paty_ap_melo@hotmail.com

Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy

Professora orientadora (UNIPAM).

E-mail: naiaracardoso@unipam.edu.br

Resumo: O presente artigo defende a liberdade de expressão em programas de humor, diante da banalização do dano moral, adotando-se o Princípio da Razoabilidade para solucionar os conflitos entre direitos fundamentais e de personalidade. Discute-se como esses direitos são enfrentados por pessoas famosas ou por pessoas públicas, analisando-se conjuntamente a adoção do *punitive damages*, bem como a possibilidade de reparação de modo não pecuniário. Por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, foi possível concluir que é inviável que uma pessoa suporte o ônus de qualquer notoriedade e que é necessária a aplicação por parte do próprio judiciário de ressarcimento não pecuniário aos danos morais advindos de programas de humor.

Palavras chave: Dano moral. Programa de humor. Direitos fundamentais e de personalidade. Responsabilidade Civil.

Abstract: The present article defends the freedom of expression stamped by the humor programs, facing the banalization of moral damage, adopting the Principle of Reasonability to solve the conflicts between fundamental and personality rights, as these are faced by famous or public people, analyzing jointly the adoption of *punitive damages*, as well as the possibility of reparation in a non-pecuniary way. Through bibliographic research and jurisprudence it was possible to conclude that it is unfeasible for a person to bear the burden of any notoriety, as well as the need for application by the judiciary itself of non-pecuniary reimbursement for moral damages arising from humor programs.

Keywords: Moral damage. Humor program. Fundamental and personality rights. Civil responsibility.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Carta Maior de 1988, o direito brasileiro passou a ser regido pelo Estado Democrático de Direito, conforme descrito em seu art. 1º. Essa

definição vai de encontro à censura adotada pela ditadura militar, de imposição autocrática e unilateral de expressões que demonstravam na prática a intitulação criada por Michel Foucault de “Vigiar e Punir” (2014).

Superada essa fase de monopólio ideológico, a Constituição Federal trouxe, em seu corpo, um título contendo direitos e garantias fundamentais, entre eles o direito de expressão e o direito a ser indenizado caso a liberdade de expressão gere dano. Ocorre que, frequentemente, tais direitos se colidem, sendo resolvidos, no caso concreto, em especial por ações indenizatórias decorrentes de dano moral oriundo de programas humorísticos, gerando banalização do direito alegado.

Em razão dessa divergência, o estudo se pautou na análise do dano moral advindo de programas de cunho humorístico. Verificou-se a existência de conflitos entre direitos fundamentais e de personalidade, o *punitive damages*, observando-se o binômio punitivo-compensatório do dano moral, a responsabilidade civil associada ao abuso de direito, assim como a aplicação da indenização não pecuniária calcada em preceitos constitucionais, infraconstitucionais, súmulas, decisões jurisdicionais e doutrinas.

Não se adotou postura moralista, uma vez que esse posicionamento já inviabilizaria o estudo da problemática em questão.

A doutrina brasileira não tem dedicado ao assunto estudo específico, confirmado pela pouca gama de obras. Apesar de não ser objeto do estudo do Direito qualificar o humor, sua influência na vida das pessoas torna-se fundamental na “Era da Informação”. Em razão do exposto, o trabalho em pauta assume relevância substancial diante da indústria do dano moral no atual contexto jurisdicional brasileiro.

Acrescenta-se que os estudos atuais estão voltados para a defesa dos direitos de personalidade a qualquer custo, não dando o devido valor para sua real violação no caso concreto, resultando em banalização desse direito. Em razão disso, torna-se importante pesquisar a necessidade do acesso à justiça para esses casos.

Com o intuito de alcançar os objetivos propostos, o presente trabalho foi realizado por método dedutivo-bibliográfico, efetuando-se análises e verificações em livros, periódicos e doutrinas sobre o tema. Por se tratar de um assunto que ganhou mais repercussão na atualidade, grande parte do estudo se deu em sites que continham artigos com grande credibilidade no meio jurídico. Além disso, foi realizada uma pesquisa documental em julgados no STJ e no TJSP.

2 DANO MORAL E PROGRAMAS DE HUMOR

No que tange à abrangência, o nobre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 387) afirma que “dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio”.

Suas origens são remotas, verificadas no Código de Ur-Mammu, no Código de Hamurabi, no Código de Manu, na Lei das XII Tábuas, na Bíblia, entre outros. Entretanto, o tema só logrou *status* constitucional no Brasil em 1988.

Na visão de Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 58), houve fim da negligência e debate acerca do dano imaterial, quando da Carta, colocando “uma pá de cal na

resistência à reparação do dano moral, [...] e integra-se definitivamente ao nosso direito positivo, [...] tornou-se princípio de natureza cogente”.

Apesar de legalizado, o dano moral tem caráter subjetivo, podendo surgir arbitrariedades ou mesmo banalização do direito. Consoante assegura o professor Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 83),

na falta de critérios objetivos, essa questão vem-se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade [...], corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.

Acrescenta-se que o poder da comunicação tomou proporções globais e, diante desse contexto, o limite entre vida pública e vida privada atingiu um nível limítrofe. Sobre esse aspecto, observou-se que programas destinados a humor passaram a engrossar o cenário judicial de danos morais em razão de direitos de personalidade e direitos constitucionais fundamentais.

No que tange ao direito de expor pensamentos, Guilherme Döring Cunha Pereira (2002, p.56) afirma que “com efeito, não tem sentido permitir a prova da verdade, quando está em jogo uma opinião[...]. O crivo judicial desse texto não pode passar por uma discussão da veracidade ou não do que nele contém”.

Sob o prisma de quem atua na diversão, não há que se falar em limite à sátira. Assim disse Rowan Atkinson, ator e intérprete do célebre Mr. Bean (BRODER, 2017): “o direito de ofender é muito mais importante do que qualquer direito de não ser ofendido”. Isso porque o humor tem a finalidade de diversão. Em razão disso, o que se percebe é a defesa de imunidade do humor frente à moralidade.

Essa afirmação se reveste de certa verdade ao se observar o cenário humorístico nacional, em que piadas de certos grupos, como o de mulheres, o de loiras, o de gordinhos, são tão cotidianas que sequer se entende tratar-se de algum tipo de dano moral.

Esse humor negro, constante principalmente em programas humorísticos, é justificado pelo *animus jocandi*, necessário ao conteúdo do entretenimento.

Em busca realizada na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, consideraram-se as expressões “humor e prostituta”, origem 2º grau, tipo acórdãos, homologações de acordo e decisões monocráticas e data da publicação. Obteve-se o resultado das apelações nº 01860363520098260100 SP 0186036-35.2009.8.26.0100 e nº 0123693-76.2009.8.26.0011, em que atrizes de filmes pornográficos tiveram inicialmente seu pedido de indenização acolhido em razão de terem sido chamadas de prostitutas no programa CQC. Porém, em sede de apelação, as rés/apelantes conseguiram sentença de procedência, tendo provimento no recurso que julgou improcedente a demanda das autoras, invertendo, inclusive, o ônus de sucumbência, justamente por terem “profissões assemelhadas”, descaracterizando o ilícito e, conseqüentemente, a obrigação de indenizar. Em nova pesquisa, considerando-se os mesmos critérios anteriores, utilizando-se, porém, a expressão “piada e loira” e, logo após, “humor e

anão”, não se obteve nenhum processo que teve por escopo dano gerado pela utilização indevida de alguém que tenha como característica ser loira ou ser anão.

A pesquisa realizada no maior Tribunal de Justiça nacional leva a crer que certos grupos sequer ingressam no judiciário a fim de buscarem reparação por danos morais, em razão de sátira que faça alusão à qualidade própria.

A fim de se evitarem excessos, cabe deixar evidente que o dano moral não abarca o mero dissabor, mágoa ou irritação, tão somente a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que ultrapasse os limites da normalidade do indivíduo, porém a depender das partes em um processo, os excessos apresentam limites diferenciados.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PERSONALIDADE: CONFLITOS E PONDERAÇÃO

Diante do que fora anteriormente apontado, urge a ponderação de direitos fundamentais individuais, bem como de direitos de personalidade. Assim, como assevera Manoel Jorge e Silva Neto (2010, p. 119), o próprio “sistema constitucional torna possível a escolha por duas ou mais normas que são conflitantes entre si”.

A Carta Magna, em seu art. 5º, X, afirma serem invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, o que é confirmado pelo inciso V no que se refere ao direito de indenização. O próprio Código Civil, quando trata dos direitos de personalidade, afirma, em seu art. 17, que “o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”. No art. 21, que assegura ser inviolável a vida privada da pessoa natural, “e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Por outro lado, a Constituição, em seu art. 5º, inciso IX, proclama ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Mais adiante, no inciso XIV, assegura “a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, completado pelo inciso XVIII, que diz ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. O art. 220 §1º trata da liberdade de informação propriamente dita, e o §2º veda qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Ainda sobre censura, a Constituição apresenta seus controles dos meios de comunicação, sendo eles o art. 21, inciso XVI (controle administrativo de classificação), art. 5º, inciso XXXV (controle judicial de lesão ou ameaça de lesão), art. 223, § 5º (controle administrativo de prazo para vinculação), art. 224 (controle legislativo de ordem social).

Percebe que surgem possibilidades de conflitos no que tange à liberdade de expressão de forma ampla e aos direitos de personalidade, de intimidade, de vida privada, de honra e de imagem de pessoas e grupos. Diante dessa colisão, Pedro Lenza (2014, p. 1.066) afirma que “indispensável será a ponderação de interesses à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização”.

Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto (2010, p. 124-136) elenca alguns princípios norteadores de interpretação constitucional, a fim de melhor solucionar a controvérsia. Para aplicação ao presente estudo, optou-se por três desses princípios por melhor se adequarem ao tema proposto:

Princípio da Unidade: comanda a interpretação constitucional, gerando parâmetro quanto à unidade sistemática. Em razão disso, o intérprete deve analisar a sua globalidade e não normas e princípios de forma isolada e dispersa. Apesar de aparentar enrijecer o ordenamento jurídico, os demais princípios são responsáveis para que isso não ocorra.

Princípio da Concordância Prática: os bens infra e constitucionalmente protegidos serão ponderados, impedindo a excessiva valoração de um em detrimento do outro.

Princípio da Proporcionalidade: impõe soluções legislativa e judicial menos restritivas possíveis aos direitos contrariamente alegados.

Como se sabe, nenhum direito é absoluto, portanto, não goza de imunidade. No ordenamento brasileiro, adota-se a ponderação proporcional no caso concreto, preservando o ordenamento jurídico uno. Para Robert Alexy, a ponderação se realiza em três planos: “no primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito.” (ALEXY, 1998 *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 425).

Ocorre que essa ponderação pode mudar a depender de diversos fatores que não envolvam o caso em si. Exemplo disso envolve o caso do humorista Rafinha Bastos e a cantora Wanessa Camargo, em que o comediante, disse, no programa CQC, que “comeria ela e o bebê, não tô nem aí”, quando a cantora se encontrava grávida. Em primeira instância, o órgão julgador entendeu que não havia dano moral no pedido da autora; já o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a piada gerou abalo moral à cantora e seu filho em gestação, concedendo-lhe o valor indenizatório no montante de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ponderando honra e liberdade de expressão, consoante o STJ no Recurso Especial n. 1.487.089/SP.

Já em relação à “Lei Eleitoral sobre o Humor”, o STF entendeu o contrário. Os art. 45, II e III, e §§ 4º e 5º da Lei n. 9.504/97 “violam a liberdade de imprensa, visto que o humor pode ser considerado imprensa”, conforme ADI 4.451. A ementa complementa dizendo que “se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos quem envolvam partidos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral”.

Em virtude desses dois julgados com decisões divergentes quanto à interpretação do dano moral, é possível retirar três aspectos importantes a serem analisados separadamente, como se verá a seguir.

3.1 BINÔMIO PUNITIVO-COMPENSATÓRIO E PUNITIVE DAMAGES NO DANO MORAL

Quanto ao primeiro aspecto, Vinícius Silva Lemos (2014, p. 187) afirma que a indenização, no direito brasileiro, com viés moral, busca, primeiramente, a reparação da dor, e, após, a punição educativa do infrator com intuito de não reincidência no ato ilícito. Por meio dessa finalidade, a reparação indenizatória possui um caráter punitivo-compensatório, não sendo caracterizador de exemplo para a sociedade.

Coadunam desse caráter binômio Carlos Alberto Bittar (1994, p. 115 - 239), Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 348- 351), Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 291-292) entre outros.

Casos como o de Wanessa Camargo vs Rafinha Bastos, em que a autora doou o valor recebido a título de compensação (WANESSA..., 2016), violaria o fundamento valorativo-material, uma vez que acionou o judiciário com intuito meramente punitivo do réu. Ou seja, poderia haver a configuração do *venire contra factum proprium*, momento em que a autora requereu prestação pecuniária a título compensatório, para logo em seguida ofertar aos menos favorecidos, demonstrando total contradição com o pedido da exordial.

Quanto ao valor auferido pela cantora, vislumbrou-se a existência do Dano Punitivo ou *Punitive Damages*, conceituado por Salomão Resedá (2008, p. 230) “como sendo um acréscimo econômico na condenação imposta, em razão da sua gravidade e reiteração, indo além do que seria considerado necessário para compensação do dano moral sofrido, configurando indenização por dano moral a título punitivo”.

Apesar de o dano moral não necessitar de previsão específica, os *punitive damages*, por serem penas privadas, exigem tal ocorrência legislativa para sua aplicação, o que não ocorre no direito brasileiro (FLUMIGNAN, 2015, p. 208). Por efeito dessa ausência legal, configuraria enriquecimento sem causa e feriria o princípio da isonomia.

O próprio Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil entende que “o art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”, deixando transparecer referência ao *punitive damages*, mesmo o ordenamento jurídico não disciplinando sobre tal assunto, resultando em insegurança jurídica. Dessa feita, a indenização poderia ultrapassar a extensão do dano, como forma de proteção à sociedade contra comportamentos delituosos, mesmo não havendo previsão legal para tal possibilidade.

Esse é o entendimento de Salomão Resedá, afirmando que “ao imputar um valor além daquele voltado a compensar a vítima não significa simplesmente punir o ofensor. Muito mais do que isso, ele é o caminho adotado pelo ordenamento para desestimular novas práticas desta conduta” (2008, p. 283 - 284). O próprio autor acrescenta que o Código Civil traz em seu bojo hipóteses com caráter sancionador como cláusula penal, juros de mora, pagamento em dobro e restituição em dobro, não configurando *bis in idem*.

Diferentemente, Anderson Schreiber (2013, p. 20) entende que o *punitive damages* é ilegal por não possuir prévia cominação legal e, por se tratar de pena, não poderia ser aplicada em ambiente civil “sem as garantias próprias do processo penal”.

Além do mais, o valor indenizatório acima da média, caracterizado como dano punitivo, diverge do sistema norte-americano, que distingue claramente o dano compensatório do dano punitivo.

O próprio autor (2013, p. 72) cita que, “para muitos penalistas, as violações à honra poderiam ser solucionadas exclusivamente por meio da responsabilidade civil, sem necessidade de se criminalizar essas condutas”.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA, TEORIA DO ABUSO DE DIREITO E INDENIZAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA

No limiar do dano punitivo, surge o segundo aspecto, qual seja a Teoria do Abuso de Direito. Em relação ao tema deste estudo, o abuso de direito surge no excesso do programa de humor, que, em tese, é ambiente propício à existência de piadas.

Os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015, p. 584) garantem que “o essencial do abuso do direito será dado pela boa-fé, pelos bons costumes e pela função social e econômica dos direitos” conforme art. 187 do Código Civil, mas que “o verdadeiro critério do abuso do direito, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa-fé”.

Essa boa-fé é objetiva, pois sua função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes. A importância do art. 187 é definir que o abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social, segundo Josserand (*apud* FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 587).

O próprio Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil diz que “a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”, sendo independente a vontade do agente em causar o dano, sendo analisado somente seu comportamento excessivo (Teoria Objetiva). Ocorre que, pela Teoria Subjetiva, torna-se necessária a existência de comprovação de culpa, podendo estar inserida no contexto do dano moral, a depender do caso. As duas teorias são positivadas pelo art. 927 do Código Civil.

Como já falando anteriormente, o dano moral tem caráter subjetivo, havendo necessidade no caso concreto, porém a responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva. Retirando do Código de Defesa do Consumidor o art. 14, que se refere à Teoria do Risco, a emissora que possui programas com tema humor assumiria o risco do negócio, conforme art. 37 §6º da Constituição Federal, não havendo necessidade de comprovação de culpa. De outro modo, em se tratando de sátira emitida por apresentador ou pessoa participante do programa, a responsabilidade assumiria caráter subjetivo, conforme art. 927, *caput*, do Código Civil, tendo, a vítima, o ônus de comprovar a culpa do agente causador do dano.

Quanto à reparação do abuso, o Enunciado 589, da VII Jornada de Direito Civil afirma que “a compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio.” Diante dessa permissão, o autor do dano moral, ao se retratar publicamente, e até mesmo por outro meio, repararia o dano causado.

Nesse sentido, a obrigação de fazer assumiria o papel principal e somente a sua não satisfação caracterizaria a indenização, conforme dispõe o art. 815 do Código de

Processo Civil, tornando a indenização pecuniária um viés subsidiário, até mesmo como forma de reduzir a indústria do dano com ações mercenárias.

O autor Anderson Schreiber (2013, p. 18-19) acrescenta que “os tribunais brasileiros já “despatrimonializaram” o dano, mas não ainda a sua reparação”.

Em razão disso, havendo possibilidade de reparação do comportamento excessivo por outros meios e sendo comprovada sua realização, o abuso de direito insurgiria àquele que, tendo seu direito de personalidade afetado, recebeu compensação diversa de pecúnia e, mesmo tendo ressarcimento, ingressa no judiciário, emergindo nova questão acerca de possível inversão do abuso de direito.

Esse caso poderia ser observado no caso supracitado, em que algumas mulheres foram comparadas como prostitutas, mas que dentro do mesmo quadro houve a correção da piada. A demanda das vítimas foi considerada improcedente. Considerando esse fato, à emissora ou ao autor da piada insurgiria o direito de requerer danos morais das “vítimas” por terem sido acionadas judicialmente por dano já reparado, visto que não poderia haver repetição de indébito de algo não pecuniário (art. 940 do Código Civil)? Sobre essa questão não se encontrou estudos.

3.3 LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PERSONALIDADE DE PESSOAS FAMOSAS OU PÚBLICAS

Por fim, coloca-se em pauta o último aspecto, que se refere à limitação de direitos fundamentais e de personalidade de pessoas famosas ou públicas. Há uma premissa de que direitos de imagem, de intimidade e de privacidade não são absolutos, podendo haver restrição.

Entretanto, essa limitação é diferente para os políticos. Por mais que exerçam atividades públicas, há ocasiões em que fatos relativos à sua vida estritamente pessoal ostentam relevância ou interesse de conhecimento público. Nesse sentido, os tribunais vêm decidindo há muito tempo, conforme se verifica as palavras do Rel. Des. Marco César:

Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma. (BRASIL, 2017).

O professor Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2008, p.70) justifica o mesmo entendimento afirmando que

o político gera a coisa pública ou representa a vontade popular. Age, destarte, em nome e no interesse da coletividade. Sua atividade se desenvolve de forma pública, sob a fiscalização da sociedade, para o que, é evidente, necessário que mais se amplie a possibilidade de limitações a seus direitos da personalidade, sem anulá-los de todo, é certo.

A crítica que se faz é quanto ao limite que ingressa na vida privada de grupos como os dos políticos, mas o mesmo não se faz quanto às demais pessoas famosas.

Exemplo disso foi a absolvição de Joice Hasselmann, mesmo chamando o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva de ladrão e de corrupto em vídeos divulgados na internet (CANÁRIO, 2017).

Nesse sentido, a ADI 4.451, que suspendeu a eficácia dos incisos II e III *in fine* do art. 45 da Lei 9.504/1997, o fez sob o argumento de que programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de imprensa, sinônimo perfeito de informação jornalística (BRASIL, 2012). Esses incisos restringiam justamente programação de televisão e rádio de cunho humorístico em períodos de eleição. Apesar de vencidos, as considerações de isonomia elencadas pelos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio podem incitar uma discussão quanto à limitação de direitos fundamentais e de personalidade para alguns grupos e para outros não, uma vez que, por voluntariedade, pessoas famosas e/ou públicas escolhem ocupar posições de maior notoriedade.

O próprio autor Godoy (2008, p. 74) posiciona-se pela diferenciação entre pessoas públicas (considerando estas como os políticos) e pessoas famosas, afirmando que essas não podem “valer-se do socorro a sua privacidade, afinal voluntariamente exposta” citando o trocadilho “quem brinca com fogo se queima”; enquanto que aquelas são gestores públicos, vezes em que “fatos relativos à vida estritamente pessoal do político podem ostentar relevância ou interesse ao conhecimento do público” (2008, p. 70)

Contrariamente à presunção de elasticidade de direitos de personalidade de pessoas públicas ou famosas, Schreiber (2013, p. 82) defende

não ser possível aceitar-se a aplicação da tese segundo a qual as figuras públicas devem suportar, como ônus de seu próprio sucesso, a divulgação de dados íntimos, já que o ponto central da controvérsia reside na falsidade das acusações e não na relação destas com o direito à intimidade do autor.

O autor completa seu posicionamento exemplificando o momento em que o STJ, no Recurso Especial, fez jus compensatório a um “político de grande destaque nacional que, durante CPI relacionada a atos praticados durante sua administração, é acusado de manter relação extraconjugal com adolescente, da qual teria resultado uma gravidez”, com posterior comprovação de inexistência de relação de parentesco comprovada por DNA, por violação a sua honra, maculando sua carreira política.

Acrescenta-se, ainda, que, no que tange à indenização, os valores dados às pessoas com maior poder aquisitivo tendem à maior valoração em relação às pessoas comuns, configurando distinção subliminar e ferindo a isonomia que o direito deveria garantir, assim descrito pelo Juiz George Marmelstein Lima (2013).

Em razão do exposto, a professora Maria Helena Diniz (2007, p. 101-102) elenca regras que poderiam ser seguidas pelo órgão jurisdicional, com intuito de atingir homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral, como se segue resumidamente:

a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima; c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão; d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas; e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta lesiva; f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica; h) levar em conta o contexto econômico do país; i) verificar não só o nível cultural e a intensidade do dolo ou grau da culpa do lesante em caso de responsabilidade civil subjetiva, e, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poder-se-á reduzir, de modo equitativo, a indenização (CC, art. 944, parágrafo único), como também as posses econômicas do ofensor para que não haja descumprimento da reparação, nem se lhe imponha pena tão elevada que possa arruiná-lo; k) analisar a pessoa do lesado; l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes; m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso sub iudice (LICC, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade e, ainda, procurando demonstrar à sociedade que a conduta lesiva é condenável, devendo, por isso, o lesante sofrer a pena.

Apesar da tentativa de equalizar o valor das indenizações, a nobre autora, com os passos supracitados, poderia alçar objetivo inverso do desejado, visto que nem todos os aspectos podem ser adotados em todos os casos; já nos demais casos seriam supervalorados.

Nesse sentido, os tópicos em que há referências de valoração pecuniária continuam a suplantar aqueles em que há maior capital ou certa fama, assim como o último critério elenca a indenização como pena (*punitive damages*).

Como se percebe, alguns aspectos não fazem referência ao dano moral no caso concreto e suas particularidades, muito menos à vítima, mas se pauta em uma análise de características próprias do autor, segundo elucida Salomão Resedá (2008, 265)

Cumprе salientar focalização de requisitos pertencentes ao ofendido apresenta-se muito mais importante do que o próprio sujeito passivo. Características subjetivas do agressor também adentram no âmbito da análise. A sua repercussão no meio social, e sua capacidade econômica, são parâmetros que devem ser observados quando da aferição do *punitive damage*.

Ou seja, ao praticar o ato, e sendo condenando como lesivo moralmente, ao autor recai indenização que compense o dano, ocorrendo majoração segundo características subjetivas (do autor).

Não obstante, o Enunciado 588 da VII Jornada de Direito Civil emerge em um contexto de “indústria do dano moral”, ao definir que “o patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial”.

Dessa forma, o valor se pautaria pelo bom-senso e moderação disciplinados pelo art. 944 do Código Civil, devendo considerar decisões e precedentes, para que não haja supervalorização de indenizações entre “ricos e pobres”.

Entretanto, esse enunciado esbarra no direito recursal ao STJ pelo Recurso Especial no que tange à reanálise do valor. A Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça é explícita ao determinar que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, o que impossibilita a análise em razão das provas existentes, pois a modificação da indenização fixada a título de danos morais ensejaria a incursão no campo fático-probatório, procedimento vedado pelo Recurso Especial.

Desse modo, Salomão Resedá (2008, 189) afirma:

Implica em dizer que o STJ analisa o acórdão recorrido para determinado fim, sem que haja produção de prova, nem necessidade de promoção de nova audiência de instrução. Portanto, questiona-se como seria possível o exame dos recursos especiais envolvendo danos morais, se o instituto por si só já demanda uma análise de elementos dos mais diversos possíveis? Como poderia o Tribunal reduzir ou aumentar o montante determinado em primeiro, ou segundo grau, sem isentar-se de adentrar no universo probatório?

Assim, com intuito de proteger a unicidade do ordenamento jurídico, o autor supracitado (2008, p. 191) acrescenta que a Súmula poderá ser afastada:

O valor da indenização por dano moral está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei.

Essa possibilidade entra em um debate acerca da subjetividade do que seria exagerado ou irrisório, diante da inexistência de tarifação ou padrão no que tange ao dano moral e sua particularidade no caso concreto, cabendo ao STJ a uniformização em relação à esses valores.

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se perceber que a colisão entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, ambos os direitos fundamentais, é assunto relevante que deve ser analisado pois reflete, diretamente, no dia a dia do corpo social.

O tema responsabilidade civil resultado de danos morais vem logrando certo espaço nos debates jurídicos, bem como na própria imprensa. Casos como o de Wanessa e Rafinha Bastos passaram a estampar manchetes seja devido ao valor imputado ao autor, seja pelo ambiente em que se deu a piada.

Por muitos anos, piadas ditas como cotidianas foram incutidas na cultura nacional, como é o caso da ‘loira burra’. Evidentemente, as loiras não são burras. Há que se entender que a piada possui, além da própria veia cômica, um viés que distorce a realidade, de modo que, para o ouvinte, a piada não configura verdade, ela somente diverte. E esse é o fundamento dos programas de humor.

Conforme se verificou no Tribunal de Justiça de São Paulo, os próprios grupos que possuem características alvos de piadas “remotas” optam por não ingressar na justiça requerendo tal direito. De fato, deve-se levar em consideração que atualmente

não há índices ofertados pelo Conselho Nacional de Justiça sobre o tema, dificultando em muito uma pesquisa quantitativa, posto que a busca jurisprudencial no presente tribunal não inclui 1ª instância, muito menos Juizados Especiais.

Com o advento da Carta Magna, inserindo, no ordenamento jurídico, a possibilidade de ingresso judicial pleiteando indenização pelos danos extrapatrimoniais por atos ilícitos, insurgiu, no cenário jurídico, a chamada “Indústria do Dano Moral”, decorrente da inexistência de critérios gerais para a fixação do quantum indenizatório. Nesse sentido, há a necessidade de análise do caso concreto para dar subsídios à sentença, assim como para definir o valor.

A opção do legislador em adotar um caráter subjetivo no que tange ao dano moral levou a contradições jurídicas, gerando insegurança ao ordenamento, que se pauta pelo Princípio da Unicidade.

Conflitos entre direitos à liberdade de expressão de forma ampla e direitos de personalidade, de intimidade, de vida privada, de honra e de imagem de pessoas e grupos podem ser tratados de maneiras contrárias em razão da não observação da Unicidade.

A própria diferenciação entre pessoas públicas e famosas pode ferir o Princípio da Isonomia, tão enfatizado e lembrado nos estudos das bancas de direito. Desigualar à medida que se desiguam tem o objetivo de equiparar grupos, mas não de colocá-los em posição desfavorável a considerar o cargo que ocupam.

Os próprios doutrinadores defendem essa limitação aos direitos fundamentais e de personalidade de políticos e de pessoas famosas.

Seria descabido fazer essa afirmação diante do amplo estudo da ponderação em que sopesa um direito em razão do outro, considerando a posição jurídica do indivíduo e não sua posição social. Portanto, a colocação de Anderson Schreiber, afirmando que a pessoa pública não deve suportar o ônus de sua própria notoriedade, coaduna com a atual evolução jurídica.

Dizer que “todo político é corrupto” é diferente de “esse político é corrupto”. Assim como ocorre com as loiras e os anões, não é a piada contra grupos que deve ser analisada, mas a individualização da pessoa na anedota.

Evidentemente, torna-se imprescindível colocar, apesar de não ser tema do presente estudo, que há crimes contra certos grupos, como é o caso de homossexuais, de negros e de índios, em que o limite ao humor se faz indispensável para a não propagação de aversões a essas pessoas.

Outra questão muito debatida, mas pouco verificada no âmbito de programas humorísticos é a *punitive damages*. Apesar de previsões esparsas em enunciados ou em entendimentos doutrinários, fato é que essa possibilidade punitiva não possui cominação legal. Ir além da indenização punitivo-compensativa, adquirindo caráter meramente sancionador, é ilegal.

Diante da inexistência de estatísticas sobre essa valoração, bem como da indisponibilidade de acesso aos processos de 1ª instância, essa questão não poderá ser elucidada de pronto. Entretanto, conforme se verificou no caso apresentado no presente estudo, em que a cantora Wanessa auferiu o valor indenizatório de 150 mil reais, decidido pelo próprio STJ, é possível se ter uma noção da problemática levantada.

Apesar de a compensação ser considerada no caso concreto, a razoabilidade deve prevalecer; caso contrário, os juízes e tribunais estariam majorando dano moral a depender de classes sociais, havendo indenização para “rico” e indenização para “pobre”.

Ainda sobre indenização, há que se evidenciar a existência da não pecuniária, que, nos casos de dano moral advindo de programa humorístico, seria uma compensação que se encaixaria muito bem, por a ofensa se dá de modo público. A adoção desse tipo de ressarcimento somente será mais difundida se os próprios juízes e tribunais abandonarem efetivamente a patrimonialização como forma de reparação ao dano; caso contrário, a corrente monetária, atualmente adotada, ganhará mais força.

Em razão dessa observação, levantou-se a questão da inversão do abuso de direito à vítima da piada em programa de humor que, até mesmo de forma espontânea, fora ressarcida não monetariamente pelo autor, seja por um pedido de desculpas, seja por uma correção no que fora falado. Apesar de não se ter encontrado nada sobre a hipótese levantada, trata-se de questão a ser debatida, já que a repetição de indébito, de cunho patrimonial, é regulamentada no ordenamento jurídico. Resta, assim, ao requerimento de dano moral, o papel de ocupar essa lacuna, em que o autor é chamado a reparar dano já reparado.

No que se refere aos aspectos sobre o tema danos morais em programas humorísticos, caberá ao poder judiciário o primeiro passo para solucionar as questões, adotando os Princípios da Unicidade, da Concordância Prática e Razoabilidade.

Esse debate em sede judicial provavelmente resultaria em maior discussão doutrinária, levando a uma mudança nos atuais paradigmas que sustentam a incidência do dano moral, preservando a existência fundamental do humor, que é a diversão.

Assim, sem a pretensão de esgotar o assunto, o presente trabalho tem o intuito de fomentar novas pesquisas e estudos sobre o tema, tão relevante para o mundo sócio-jurídico.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

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

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.451. Relator Min. Ayres Britto. Trata-se de Ação Direta Declaratória de Inconstitucionalidade da Associação Brasileira de Rádio e Televisão – ABERT em face dos incisos II e III do artigo 45 da Lei 9.504/97. **DJe** nº 167 Publicação 24 ago. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOHUMORISTASX.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.487.089/SP. Ação de indenização por danos morais de comentário realizado por apresentador de programa televisivo, em razão de entrevista concedida por cantora em momento antecedente. Relator Min. Marco Buzzi. **DJe**, Publicação 26 fev. 2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf. Acesso em: 3 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal ARE 722.744. Relator Min. Celso de Mello. Liberdade de expressão. Profissional de imprensa e empresa de comunicação social. Proteção constitucional. Direito de crítica: prerrogativa fundamental que se compreende na liberdade constitucional de manifestação do pensamento. Julgamento 19 fev. 2014. **DJe** nº 049. Publicação 13 mar. 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24984390/recurso-extraordinario-com-agravo-are-722744-df-stf>. Acesso em: 3 mar. 2017.

BRODER, Henryk M. O ocidente está engasgado de medo. **UOL Notícias**. 5 jan. 2010. Disponível em: <https://noticias.bol.uol.com.br/internacional/2010/01/05/o-ocidente-esta-engasgado-de-medo.jhtm>. Acesso em: 3 mar. 2017.

CANÁRIO, Pedro. Não há difamação se ofensa pessoal é proporcional a fatos da acusação. **ConJur**. Questão de Contexto. Publ. 6 mar. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-06/nao-difamacao-ofensa-proporcional-fatos-acusacao#author>. Acesso em: 3 mar. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A distinção entre dano moral, dano social e *punitive damages* a partir do conceito de dano-evento e dano-prejuízo: o início da discussão. **Revista Acadêmica** – Revista da Faculdade de Direito de Recife. Recife, v. 87, n. 1, jan-jun, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/1588/1218>. Acesso em: 3 abr. 2017.

- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 4.
- LEMOS, Vinícius Silva. Dano punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 26, p. 179 - 201, 2014. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfdue_rj/article/view/7837. Acesso em: 3 abr. 2017.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2014.
- LIMA, George Marmelstein. O Preço da Honra: a moral do pobre e a moral do rico. **Direitos fundamentais**, 2 dez. 2013. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2013/12/02/o-preco-da-honra-a-moral-do-pobre-e-a-moral-do-rico/>. Acesso em: 3 mar. 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva; **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: RT, 2002
- RAMPAZZO, Lino. **Metodologia científica**. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- RESEDÁ, Salomão. A aplicabilidade do punitive damages nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. **Repositório Institucional da Universidade Federal da Bahia**. Dissertações de mestrado, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/12303>. Acesso em: 3 mar. 2017.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional: atualizado até a EC nº 64, de 4 fevereiro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/02/2010: (com comentários às Leis nºs 11.417/06, Súmula Vinculante, e 11.418/06, repercussão geral de questões constitucionais)**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WANESSA Camargo doa valor de indenização paga por Rafinha Bastos. **Veja.com.** 14 nov. 2016. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/entretenimento/wanessa-camargo-doa-valor-de-indenizacao-paga-por-rafinha-bastos/>. Acesso em 03 mar. 2017.