

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Lucio Marsiaj de Oliveira

**A responsabilidade civil da imprensa:
a ADPF 130 e a aplicação do Código Civil**

Porto Alegre
2010

Lucio Marsiaj de Oliveira

**A responsabilidade civil da imprensa:
a ADPF 130 e a aplicação do Código Civil**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Sérgio Viana Severo

Porto Alegre
2010

Lucio Marsiaj de Oliveira

Monografia apresentada à Faculdade de Direito,
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**A responsabilidade civil da imprensa:
a ADPF 130 e a aplicação do Código Civil**

Lucio Marsiaj de Oliveira

Aprovada em:

Aprovado por:

Orientador: Prof. Sérgio Viana Severo

Prof.

Prof.

Porto Alegre, de dezembro de 2010.

RESUMO

O objetivo de presente estudo é analisar o atual sistema de responsabilidade civil dos meios de comunicação no Brasil, em especial após a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF que entende não recebida a lei 5.250/67 pela Constituição Federal e fixa o sistema de responsabilidade civil do Código Civil como aquele aplicável. Para tanto é apresentada a situação da imprensa e da liberdade de imprensa de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como o sistema de pressupostos da responsabilidade civil para então verificar como se aplicam esses pressupostos em relação à imprensa.

Palavras-Chave

Responsabilidade Civil. Imprensa. Liberdade de Imprensa.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the current liability system of the media in Brazil, especially after the decision of the submission of Breach of Fundamental Precept No 130/DF who understands the law 5.250/67 not received by the Federal Constitution and establishes the liability system as the Civil Code that apply. To do so is presented the situation of press freedom and freedom of the press according to the understanding of the Supreme Court, and the system of assumptions of liability to then see how these assumptions apply in relation to the press.

Key-Words

Liability. Press. Freedom of the Press.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A ADPF 130 E A "NOVA" IMPRENSA BRASILEIRA.....	12
2.1 O significado e papel da imprensa.....	12
2.1.1 Imprensa como instituição-idéia, instituição-entidade e formadora da chamada opinião pública	12
2.1.2 Imprensa como instância de controle das coisas relativas à sociedade e ao Estado.....	15
2.2 Tratamento constitucional da liberdade de imprensa. Liberdade de imprensa e demais princípios constitucionais	16
2.2.1 Liberdade de imprensa e o valor social da visibilidade	16
2.2.2 Liberdade de imprensa e democracia.....	18
2.2.3 Liberdade de expressão e direitos de personalidade. Verificação de dano a posteriori. Prevalência dos princípios	19
2.3 Critérios informadores do quantum indenizatório.....	23
2.4 Conclusões	24
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	26
3.1 O dever de indenizar e a responsabilidade civil	26
3.2 Ato ilícito	27
3.3 Tipos de responsabilidade.....	28
3.3.1 Responsabilidade civil e penal	28
3.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual	29
3.3.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva	30
3.4 Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva	31
3.4.1 Culpa.....	32
3.4.1.1 Diferença entre culpa e dolo	32
3.4.1.2 Conceito de culpa	33
3.4.1.3 Elementos do conceito de culpa	34
3.4.1.3.1 Conduta voluntária com resultado involuntário	34
3.4.1.3.2 Previsão ou previsibilidade.....	34
3.4.1.3.3 Falta de cuidado.....	34
3.4.1.4 Tipos de culpa.....	35

3.4.1.4.1 Culpa grave, leve e levíssima	35
3.4.1.4.2 Culpa contratual e extracontratual.....	36
3.4.1.4.3 Culpa <i>in eligendo</i> , <i>in vigilando</i> e <i>in custodiando</i>	36
3.4.1.4.4 Culpa presumida e culpa contra a legalidade.	37
3.4.1.4.5 Culpa concorrente	38
3.4.2 Nexo Causal	38
3.4.2.1 Conceito e aplicação	38
3.4.2.2 Concorrência de causas	40
3.4.2.2.1 Concausas preexistente e supervenientes ou concomitantes	41
3.4.2.2.2 Solidariedade	41
3.4.3 Dano.....	41
3.4.3.1 Dano patrimonial.....	42
3.4.3.2 Dano moral	43
3.4.3.3 Excludentes de responsabilidade	44
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA IMPRENSA	45
4.1 Características da responsabilidade da imprensa.....	46
4.2 Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva da imprensa	49
4.2.1 Culpa.....	49
4.2.1.1 Dever de veracidade	50
4.2.1.2 Dever de lealdade	52
4.2.1.3 Dever de pertinência.....	52
4.2.2 Nexo causal	54
4.2.3 Dano	55
4.2.3.1 Extensão do dano da imprensa como formadora da opinião pública	57
4.2.3.2 Fixação de indenizações como restrição à liberdade de imprensa	57
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade examinar o sistema de responsabilidade civil da imprensa no Brasil após o julgamento da ADPF 130/DF, que declarou como não recepcionados pela Constituição Federal de 1988 todos os dispositivos da Lei federal nº 5.250 de 1967, a Lei de Imprensa. Esse estudo vem em um momento de indefinição acerca da matéria, decorrente da própria decisão, e de recentes ataques à liberdade de imprensa durante a campanha eleitoral de 2010. O cerne da questão é: qual o papel da imprensa no Brasil hoje, o que é liberdade de imprensa e como funciona a responsabilização da imprensa pelas notícias e opiniões vinculadas sob a proteção do princípio da liberdade de imprensa.

Para iniciar nosso estudo, cabe inicialmente definir o entendimento do que era imprensa antes da decisão supra referida. Segundo o dicionário eletrônico Houssais, versão 3.0, imprensa é o “conjunto de publicações jornalísticas” ou “qualquer meio utilizado na difusão de informações jornalísticas (p. ex. a radiodifusão); conjunto dos processos de veiculação de informações jornalísticas”. Aqui, cabe frisar que este conceito de imprensa é intimamente ligado ao conceito de jornalismo, o que afasta desde logo outras maneiras de manifestação do pensamento do nosso estudo, como cartazes, livros, anúncios. Da mesma maneira, afastam-se as atividades de diversão que utilizam o mesmo meio de difusão das informações jornalísticas, tais quais novelas, espetáculos musicais e os modernos *reality show*. Segundo Luis Gustavo G. C. de Carvalho, “Imprensa hoje significa informação, jornalismo, independente do processo que o gerou, seja a prensa ou seja a radiodifusão de sons”¹.

Feita essa consideração, traça-se um pequeno apanhado histórico do desenvolvimento da imprensa no Brasil, especificamente no período do Regime Militar, quando da elaboração da referida Lei de Imprensa. Tal apanhado tem por objetivo apresentar o panorama político-social da época, que levou à criação de uma Lei que, hoje, entende-se incompatível com o modelo democrático adotado a partir da Constituição de 1988. Isso é importante para verificarmos que a liberdade de imprensa plena, como pretendemos ter no país, é algo relativamente novo, uma vez que desde o início oficial da imprensa brasileira, com a chegada da Família Real

¹ Carvalho, Luis Gustavo Grandetti Castanho de: Liberdade de Informação e o direito difuso à informação verdadeira, Rio de Janeiro, 1994, pág. 23.

Portuguesa em 1808, passando pelo período do Império, o Estado Novo e o Regime Militar, sempre houve, em diferentes graus, o “cuidado” estatal com aquilo que deveria ser veiculado.

Logo no início da colonização já não era permitida pela metrópole a manutenção de tipografias no território brasileiro. Esforços foram feitos no intuito de circular publicações nacionais, porém todos em vão. Apenas com a vinda da corte portuguesa para a colônia em 1808 que se iniciou oficialmente a história da imprensa no Brasil. Logo foi criado um jornal oficial da Coroa, a *Gazeta do Rio*, que só publicava matérias de interesse da família Real. Em 1821 aparece a primeira legislação acerca da liberdade de imprensa, através de um decreto de D. João VI, que abole a censura. Na prática esta mudança não foi verificada, uma vez que se manteve a censura anterior à circulação dos jornais. Somente com decreto do príncipe regente D. Pedro neste mesmo ano que a censura foi retirada das provas tipográficas. Com a declaração de independência, a liberdade de imprensa foi confirmada, com previsão, entretanto, de punição a excessos na forma da lei, aprovada em 1923.

A matéria manteve-se praticamente inalterada durante todo o Império e a República Velha, sendo a liberdade de imprensa confirmada pelas Constituições de 1824 e 1892. As modificações deram-se no campo da responsabilidade penal da imprensa.

A Constituição de 1934 retoma a censura prévia, mas apenas para espetáculos e diversões públicas. Foi a primeira a tratar do direito de resposta.

A carta de 1937 foi a mais limitadora da liberdade de imprensa no Brasil. Instituiu a censura para a imprensa e previu a possibilidade de proibição da publicação e circulação. O Estado Novo foi um dos períodos de maior repressão da imprensa no Brasil.

Em 1946 é retomada a linha anterior, com a abolição da censura prévia referente a imprensa, excetos em casos especiais, como publicações com preconceito de raça e cor, propaganda de guerra².

A partir do golpe Militar de abril de 1964, iniciou-se pela desmobilização da imprensa uma gradativa destruição de qualquer resistência ao golpe. Segundo Nelson Werneck Sodré, desde o início do regime:

² Idem, págs. 19-22.

Última Hora foi invadida e depredada; jornais e revistas nacionalistas ou esquerdistas foram fechados; instaurou-se uma rigorosíssima censura no rádio e na televisão; numerosos jornalistas foram presos, torturados, exilados e alguns tiveram seus direitos políticos cassados³

A opressão exercida pelo regime de exceção junto à imprensa brasileira é notória. Segundo Elio Gaspari “desde 1964, a imprensa fora o único setor de atividade econômica contra a qual o regime praticou e permitiu agressões patrimoniais”⁴. A seguir desse momento diversos jornais foram fechados, jornalistas cassados, presos e interrogados através dos instrumentos da ditadura, ao mesmo tempo em que houve a preservação de uma liberdade de imprensa restrita, seletiva. O fim disso, que Elio Gaspari chama de ambigüidade do regime, se dá em dezembro de 1968, com o envio de censores a rádios e televisões, bem como a jornais do Rio de Janeiro e São Paulo. O objetivo era “obter da imprensa falada, escrita e televisada o total respeito à Revolução de Março de 1964, que é irreversível e visa à consolidação da democracia”. Iniciou-se então uma pressão cada vez maior aos veículos de imprensa, constantemente com matérias censuradas, editores e diretores presos. A situação causou uma crise financeira grande e jornais tradicionais, como o *Correio da Manhã* e a *Última Hora*, ambos do Rio de Janeiro, trocaram de donos. Passado a fase inicial, “de choque”, do AI-5, os censores deixaram as redações e o controle do conteúdo a ser impresso era feito informalmente, através do contato diário entre a censura e as empresas jornalísticas. Inicialmente pretendida como “uma ação defensiva do Estado tornou-se, a partir de 1969, a principal peça de sua máquina de desmobilização e de supressão do dissenso”⁵.

Dá-se, portanto, o início do período de maior repressão. Com a recusa de cumprir o “acordo” feito com a censura, dois jornais – *O Estado de São Paulo* e o *Jornal da Tarde* – receberam censores em suas redações freqüentemente. Os cortes eram visíveis, uma vez que eram publicadas receitas culinárias, poemas, e trechos literários nos espaços vazios.⁶

³ Sodré, Nelson Werneck: História da imprensa no Brasil, Rio de Janeiro: Muad, 1999, 4. Ed. Pág. 435.

⁴ Gaspari, Elio: A ditadura escancarada, São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pág. 210

⁵ Idem, pág. 218

⁶ Idem, págs. 218/219

Nesse contexto, foi promulgada a Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

A lei de Imprensa é, inequivocamente, um reflexo do regime de exceção. Ainda que a regulamentação trazida pela Lei possa ser considerada branda em relação à prática de controle exercida pelo Estado⁷, muitas normas apresentam um caráter nitidamente autoritário, no sentido de controle do conteúdo vinculado. Cito como exemplo a possibilidade de apreensão de impressos que ofendessem a “moral pública e os bons costumes” prevista no art. 61, inciso II da Lei⁸. Desnecessárias maiores discussões acerca da abrangência das definições de moral pública e bons costumes e da possibilidade de alargamento dos conceitos a fim de satisfazer os interesses do Estado, especialmente em um regime como o existente à época no Brasil. Nesses casos a lei permite, no §6º do mesmo artigo, que apreensão seja feita de ofício pelo Juiz, ou mediante provocação do Ministério Público, inclusive de maneira imediata para impedir sua circulação.

Com a abertura política e a promulgação da Constituição de 1988 a imprensa assume um papel novo no cenário sócio-político nacional. A Constituição reserva à imprensa posição de destaque e assegurando a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de informação jornalística, bem como vedando toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística⁹. Desde logo surgem contestações acerca da constitucionalidade de diversos artigos da Lei 5.250/67 à luz da nova Constituição, especialmente em relação à possibilidade de proibição de veiculação de notícias, a censura prévia, e os diversos crimes previstos na Lei.

Em razão disso, a Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso ajuíza Ação Direta nº 520 no Supremo Tribunal Federal arguindo a inconstitucionalidade dos artigos 1º, parágrafos 1º e 2º; artigo 2º; artigo 8º; artigo 9º e parágrafo único; artigo 10, parágrafos 1º, 2º e 3º; artigo 14; artigo 15, “a”, “b”, e

⁷ Miragem, Bruno: Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código civil e a lei de imprensa, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, pág. 228

⁸ Art . 61. Estão sujeitos à apreensão os impressos que:

I - contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe, bem como os que promoverem incitamento à subversão da ordem política e social.

II - ofenderem a moral pública e os bons costumes.

(...)

§ 6º Nos casos de impressos que ofendam a moral e os bons costumes, poderão os Juizes de Menores, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público, determinar a sua apreensão imediata para impedir sua circulação.

⁹ Constituição Federal de 1988, artigo 220

parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 5.250/67. Os referidos artigos dizem respeito às restrições previstas à liberdade de manifestação de pensamento, à restrição de circulação de publicações que atentem contra a moral e os bons costumes, à obrigação de registro em cartório de empresas que publiquem ou produzam informações jornalísticas, à possibilidade de aplicação de multa em caso de inobservância desses registros e a crimes estabelecidos e puníveis de acordo com a Lei de Imprensa.

A ADI teve como relator o ilustre Ministro Paulo Brossard. Em seu voto, o Ministro sustenta a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma lei anterior à própria Constituição. Segundo o Ministro, havendo incompatibilidade entre lei anterior à nova Constituição, seria caso de revogação da Lei discutida. Sendo assim, votou pelo não conhecimento da ação por impossibilidade jurídica do pedido, voto este seguido unanimemente pelo seus pares..

Esta decisão obviamente não esclareceu acerca da possibilidade de aplicação da Lei de Imprensa face à Constituição e, por conseguinte, a questão passou a ser solucionada pelo controle difuso de constitucionalidade, ou seja, caso a caso.

Desde então, novas dificuldades surgiram relativas à aplicação da Lei. A previsão constitucional do dano moral gerou uma enxurrada de ações contra empresas jornalísticas buscando a reparação civil por danos causados por matérias veiculadas. Ocorre que a lei de Imprensa traz a previsão do prazo prescricional de três meses para ajuizamento de ação de reparação civil (art. 56) e a tarifação do valor das indenizações, o que sistematicamente é afastado pelas decisões judiciais¹⁰.

Nesse contexto foi ajuizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 do Distrito Federal buscando “o reconhecimento da total invalidade jurídica da Lei 5.250/67, porquanto *incompatível com os tempos democráticos*”¹¹.

A ação foi recebida e julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰ Miragem, Bruno: Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra, pág. 230

¹¹ Relatório da ADPF 130/DF, Relator Sr. Ministro Carlos Ayres Britto

2 A ADPF 130 E A “NOVA” IMPRENSA BRASILEIRA

Conforme mencionado na introdução, a Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130 foi ajuizada com o intuito de discutir a recepção ou não da lei federal nº 5.250/67 pela Constituição de 1988. Porém, como comum no Supremo Tribunal Federal, quando se trata de questão constitucional controvertida e relevante, o julgamento avançou muito além da simples verificação de conformidade de lei anterior com Constituição posterior. Neste julgamento foi assentado o que é a imprensa no Brasil pós-Constituição de 1988, ou seja, como nós devemos entender a imprensa, seu papel na sociedade, sua relação com a própria Constituição e com o Estado.

O voto vencedor foi o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, acompanhado dos Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, todos, à exceção do Ministro Eros Grau, incluindo fundamentos, mas votando pela não recepção em bloco da chamada lei de imprensa. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ministra Ellen Gracie.

Obviamente não serão expostos todos os argumentos lançados nos inúmeros votos proferidos na decisão, mas sim aqueles pertinentes ao tema em estudo, a responsabilidade civil da imprensa. Serão analisados, portanto, aqueles argumentos que ajudam a traçar um norte para a interpretação da imprensa a vista de estabelecer um sistema de responsabilidade civil próprio.

2.1 O significado e papel da imprensa

2.1.1 Imprensa como instituição-idéia, instituição-entidade e formadora da chamada opinião pública

Na introdução foi apresentado um conceito de imprensa baseado na transmissão de informações jornalísticas, ou seja, aquelas que transmitem fatos. Segundo o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, a imprensa hoje adquire um *status* diferenciado. O Ministro entende a imprensa, pelo ângulo objetivo-normativo como uma atividade humana, que, pela sua capacidade de disseminar idéias e influenciar conduta, ganha os ares de “instituição-idéia”. Por outro lado, pelo ângulo subjetivo, “constitui-se de um conjunto de órgãos” que o Ministro acaba por caracterizar com uma “instituição-entidade”. Nessa linha, temos a imprensa como uma entidade, um conjunto de veículos e meios de comunicação, mas que, nesse sentido, não ultrapassa o conceito anteriormente posto como meio de transmissão de informações jornalísticas. Assim, além dos fatos ocorridos no mundo real, a imprensa ganha o dever de transmitir idéia, opinião, espírito crítico, toda aquela massa de informações além dos simples acontecimentos, sejam eles cotidianos ou extraordinários¹².

Entender a imprensa como conjunto de órgãos é bem palpável, uma vez que já estamos acostumados a enxergar os meios de comunicação dessa maneira, mas o que significa imprensa como instituição-idéia? Nesse contexto deve-se compreendê-la como mais que um simples meio de transmissão de informações, mais sim como uma instituição capaz de influenciar cada pessoa no seu íntimo. Em outras palavras, a imprensa ao transmitir suas informações recebe a incumbência de zelar por elas, dada sua ascendência sobre o público em geral.

Isso nos leva a outra questão importante levantada no voto, que diz respeito ao público-alvo da imprensa. Uma das mais importantes características da imprensa é a universalização das suas informações. Foi-se o tempo em que os meios de comunicação eram segmentados e buscavam um público específico. Imprensa hoje deve falar a todos, deve atingir todas as pessoas, assumindo de vez seu papel como veículo de comunicação em massa. Aliás, é essa universalidade que diferencia a imprensa dos demais meios de comunicação social.

Dessa conexão entre o conceito de imprensa como instituição-idéia e sua capacidade de atingir um sem número de pessoas é que surge uma das principais

¹² ADPF 130/DF, Voto do Relator Sr. Ministro Carlos Ayres Britto

características e responsabilidades da imprensa¹³, sua faceta de formadora da chamada “opinião pública”.

O Ministro Carlos Britto define opinião pública como “modo coletivo de pensar e sentir acerca dos fatos, circunstâncias, episódios, causas, temas, relações que a dinamicidade da vida faz emergir como respeitantes à coletividade mesma”¹⁴. Segue no sentido de assentar à imprensa o dever e direito de ser um fiscal do Estado e da sociedade civil. Segundo o Ministro, essa dimensão confere à imprensa, conforme dito anteriormente, o poder de influenciar um conjunto de pessoas.

Estabelece-se como característica própria da opinião pública o fato de ser imparcial. Esse sentir e pensar coletivo de fato pensa e sente, e, conseqüentemente, reage ao que lhe é alcançado, reação essa também coletiva. Nesse aspecto a opinião pública se distancia da imprensa, pois, afinal, não cabe aos meios de comunicação “comandar” a opinião pública, guiando a mesma para um fim de seu interesse. A verdadeira imprensa, que como instituição-ideia, leva informação, incentiva o pensamento crítico e o raciocínio, confere ao próprio pensar coletivo a responsabilidade de tomar sua posição. Pensamento crítico que é tratado pelo relator como aquele com “potencial emancipatório”, como pensamento que gera reflexão, comprometido com a verdade, em contraponto à espécie de pensamento construído como maneira de distorcer a realidade dos fatos, criado com esse fim.

Isso não significa que a imprensa deva ser ela imparcial, o que é uma utopia, mas sim que ela deva ser sincera. Sincera no sentido de tratar o seu leitor, ouvinte, espectador como um ser humano com capacidade plena de criar suas próprias convicções a levá-las à sociedade. Sincera no sentido de admitir sua imparcialidade, anunciando que determinado veículo possui uma linha de pensamento e de dar ao público a capacidade de discernir o que é informação e o que é opinião.

Em seu voto o Relator não se alonga na análise da imprensa como formadora da opinião pública, limitando-se a apontar essa formação como uma de suas características. Traz, por outro lado, outra significância dessa característica, sua possibilidade de atuação em oposição ao próprio Estado quanto à penetração no seio da sociedade. Seguindo esse pensamento, a imprensa é entendida como o

¹³ Quanto ao tema da responsabilidade da imprensa, trataremos mais especificamente adiante, mas vale adiantar que o fato da imprensa hoje gozar de uma grande liberdade, inclusive confirmada pela decisão ora analisada, bem como de sua capacidade de penetração e influência na sociedade criam um dever de indenizar danos que merece consideração especial.

¹⁴ ADPF 130/DF, Voto do Relator Sr. Ministro Carlos Ayres Britto

meio de comunicação que pode verdadeiramente rivalizar com o Estado em termos de capacidade de atingir a população em geral. O Ministro Menezes de Direito, em voto que segue a linha de pensamento do voto de relator e acrescenta fundamentos importantíssimos à decisão, apresenta a imprensa como sendo a:

única instituição dotada de flexibilidade, do âmbito e da iniciativa necessárias para descobrir e publicara as mazelas secretas do Executivo, deixando a cargo das outras instituições do sistema a tarefa de saber o que fazer com essas descobertas¹⁵

Podemos pensar que todas as pessoas se relacionam com as instituições estatais de uma forma ou de outra. O Estado está presente na vida de qualquer pessoa, mais que qualquer outra instituição da sociedade civil. Empresas, associações, organizações não-governamentais, todas possuem um espectro de influência restrito ao grupo de pessoas que atende. Sendo assim, a imprensa surge como um meio de comunicação em massa, capaz de atingir grande parte da população e de apresentar uma visão diferente dos fatos, uma visão “civil”.

2.1.2 Imprensa como instância de controle das coisas relativas à sociedade e ao Estado

A imprensa, além de constituir um organismo formador de opinião, e também por isso, assume um papel importante como órgão de controle dos fatos ocorridos. O Ministro Relator chega a afirmar que a imprensa se constitui em um “necessário contraponto à leitura oficial dos fatos e suas circunstâncias”, e também como “alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade”¹⁶.

Esse papel é consequência lógica da história da imprensa brasileira. Conforme visto anteriormente, durante longos períodos a imprensa esteve, de certa maneira, sujeita aos interesses do Estado. Somente era divulgada a dita “versão estatal” como meio de manutenção do controle social e do regime imposto. Aqui é importante notar a proximidade com o papel de formadora da opinião pública. Na

¹⁵ ADPF 130/DF, Voto do Sr. Ministro Menezes de Dieito

¹⁶ ADPF 130/DF, Voto do Relator Sr. Ministro Carlos Ayres Britto

realidade, quando passível de controle pelo poder estatal a imprensa deixa de ser centro irradiador do referido pensamento crítico, e não consegue concretizar o seu papel de formadora da opinião pública.

Assim, entra o princípio da liberdade de imprensa como meio de concreção desse poder de vigília.

2.2 Tratamento constitucional da liberdade de imprensa. Liberdade de imprensa e demais princípios constitucionais

Aqui passamos a análise do princípio da liberdade de imprensa propriamente dito. O princípio da liberdade de imprensa é muito importante no presente estudo, pois é o principal elemento norteador da atuação jornalística no país. Inicia-se o estudo da responsabilidade da imprensa a partir deste princípio.

Liberdade de imprensa na decisão da ADPF 130 possui diversas dimensões, conforme se depreende do voto vencedor. Sua relação com os demais princípios constitucionais é de suma importância para entendermos a relevância da liberdade de imprensa com princípio fortalecedor da democracia e, principalmente, suas limitações em relação aos direitos de personalidade, cuja violação representa a principal causa do dever de indenizar por parte da imprensa hoje.

2.2.1 Liberdade de imprensa e o valor social da visibilidade

Neste aspecto o relator apresenta uma relação entre a liberdade de imprensa e aquilo que chama o “valor social da visibilidade”. Essa relação é posta como uma limitação ao dever de indenizar face à importância desse “direito individual e coletivo ao real conhecimento dos fatos e suas circunstâncias”. A imprensa torna-se, portanto, veículo de transmissão de informação acerca de pessoas, mais especificamente de protagonistas da sociedade, especialmente agentes públicos. Esse chamado “valor social da visibilidade” está diretamente relacionado à

informações referente a pessoas e instituições. É compreendido como um direito do cidadão comum de conhecer tudo aquilo que possa ser importante acerca dos pensamentos, da vida pregressa, das realizações, de declarações das pessoas que ocupem papel de destaque no meio social.

Cabe à imprensa do dever de transmitir informações à sociedade a bem habilitá-las a tomar posições no dia-a-dia. Esse direito a conhecer a vida das pessoas, decorre diretamente dos princípios da soberania e da cidadania. Soberania como a possibilidade do cidadão-eleitor de tomar as decisões políticas e sociais importantes para o desenvolvimento social do país. Aqui falamos de cidadania e do cidadão, entendido esse como o “habitante da cidade que se interessa por tudo que é de todos”, aquela pessoas que exerce realmente seu direito de fiscalizar e opinar sobre os assuntos relevantes da sua comunidade, seja como fiscal e eleitor dos agentes políticos ou de todas instituições da sociedade civil, inclusive a própria imprensa¹⁷. O ministro Joaquim Barbosa afirma em seu voto que “é através da imprensa que os cidadãos se conscientizam dos problemas comuns da *pólis*”. Ela é fundamental na orientação e no esclarecimento conducentes à tomada de posição, pelos cidadãos, quanto à formação dos quadros dirigentes da nação e quanto ao juízo a que todos nós temos direito de fazer acerca das políticas públicas implementadas pelos representantes eleitos.”

Esse tipo de informações, muitas delas tão antigas que não permanecem na memória nem mesmo dos mais atuantes cidadãos, somente a imprensa tem a capacidade de transmitir porque se constitui do maior repositório de informações acerca da história diária da sociedade e do Estado e detém, conforme referido anteriormente, o poder de verdadeiramente disseminar essas informações e colocá-las ao alcance de todos.

Fica claro que somente com uma imprensa livre é possível atingir esse ideal de transmissão de informações. Não se pode obstaculizar a atuação de jornalistas que busquem transmitir a realidade acerca das pessoas e instituições, sob pena de sonegarmos à própria sociedade a possibilidade de ser cidadã na verdadeira acepção da palavra.

O Ministro Menezes de Direito, citando Owen Fiss, refere que:

¹⁷ Abordaremos adiante a questão da sociedade como fiscal e controladora da imprensa e, principalmente, da qualidade da imprensa.

os cidadãos dependem de várias instituições para informá-los sobre as posições dos vários candidatos a cargos governamentais e para relatar e avaliar políticas em andamento e as práticas do governo, e prossegue afirmando que na “sociedade moderna, a imprensa organizada, incluindo a televisão, talvez seja a instituição principal que desenvolve essa função, e, para cumprir essas responsabilidades democráticas, a imprensa necessita de um certo grau de autonomia em relação ao Estado¹⁸

Em relação aos agentes públicos, a visibilidade ganha contornos mais importantes ainda, sob o prisma do princípio da publicidade, norteador do proceder da Administração Pública. Não existe outra maneira de concretizar o princípio da publicidade a não ser garantindo a possibilidade de transmissão das informações referentes à atuação do Estado e seus agentes¹⁹.

2.2.2 Liberdade de imprensa e democracia

Outro aspecto importante do princípio da liberdade de imprensa é a sua relação com o princípio democrático. Isso se verifica através da atuação popular no Estado como manifestação do poder de governar, aquele poder que vem de baixo para cima. Na realidade, o princípio da liberdade de imprensa deve ser encarado como uma via de fortalecimento dessa democracia, onde o povo deixa de ser sujeito passivo, espectador dos acontecimentos políticos e passa a exercer papel de destaque na conjuntura política do seu Estado.

Nas palavras do Ministro Menezes Direito, a liberdade de expressão passa a integrar o conceito de democracia política, uma vez que significa o meio de acesso ao pensamento livre à livre expressão de idéias. Segundo o Ministro Relator, a imprensa desfruta de “uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos assim considerados”. Isso porque as manifestações e pensamentos individuais ganham força com a veiculação em meios

¹⁸ ADPF 130/DF, Voto do Sr. Ministro Menezes de Direito

¹⁹ Castanho de carvalho citando Aguilera Fernandez, afirma existir “uma relativa preferência do direito à intimidade quando em conflito com a liberdade de imprensa e de informação. Esta preferência seria invertida quando o assunto tivesse interesse político, interesse público, como no caso de governantes e de políticos, em que sua privacidade seria menos protegida.”

de comunicação²⁰, o que fortalece democracia, entendida aqui como a pluralidade de pensamento e livre manifestação deste. Segue o Ministro Menezes de Direito firmando que “a democracia, para subsistir, depende de informação e não apenas do voto; este, muitas vezes, pode servir de mera chancela, objeto de manipulação.” Ainda sobre a importância da liberdade de expressão para a democracia, assevera o Ministro Menezes de Direito: “os regimes totalitários convivem com voto, nunca com a liberdade de expressão”.

Nesse ponto, o princípio da liberdade de imprensa como fator de concreção da democracia muito se assemelha ao valor social da visibilidade anteriormente abordado. Na realidade, podemos entender a importância da liberdade de imprensa para a solidificação da democracia como um segmento do da visibilidade.

De qualquer sorte, este entendimento apenas robustece a visibilidade como um informador de direção para o entendimento das veiculações da imprensa, inclusive para análise da sua responsabilidade.

2.2.3 Liberdade de expressão e direitos de personalidade. Verificação de dano *a posteriori*. Prevalência dos princípios

Essa questão tem sido a principal discussão no âmbito do judiciário acerca da liberdade de imprensa. Afinal, até onde a liberdade de imprensa é assegurada quando “invade” a privacidade dos indivíduos. Toda importância da liberdade de imprensa na sua relação com a democracia é, sem sombra de dúvida, fator

²⁰ Sobre essa questão, o Ministro Carlos Ayres Britto aponta o “capítulo constitucional da comunicação social como um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato. Comunicando-se, então, a todo segmento normativo prolongador a natureza jurídica do segmento prolongado”. Desse entendimento, decorre a idéia do Relator de que o princípio da liberdade de imprensa previsto no artigo 220 da Constituição Federal de 1988 constitui-se em um segmento dos direitos de personalidade, estes como origem direta da dignidade da pessoa humana. Sobre o assunto, a Ministra Carmen Lucia assevera em seu voto que “é a liberdade de imprensa – como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar, se informar e ser informado, que é a garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor a dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes.” O Ministro Celso de Mello, o brilhante voto proferido, assinala que “a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente”.

informador da compreensão da sua relação com os direitos de personalidade. Mas isso não basta para entender o todo da questão. Importantes questionamentos são levantados, principalmente em relação à prevalência de um sobre o outro; e é exatamente na questão da prevalência que se funda a maior divergência do julgamento.

O voto do Relator assenta entendimento da prevalência do princípio da liberdade de imprensa sobre os direitos de personalidade. Conforme dito anteriormente, o Ministro compreende o princípio da liberdade de imprensa como um segmento alongado dos direitos de personalidade, entendimento inclusive compartilhado por parte dos seus pares. Segue o Ministro, afirmando que o *caput* artº 220 da Constituição de 1988²¹ “veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento”²². Por outro lado, reconhece a existência de preceitos fundamentais cuja observância é obrigatória no desempenho dessa liberdade, quais sejam, a vedação do anonimato (parte final do inciso IV), direito de resposta (inciso V), direito de indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas (inciso X), o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII), direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV), todos do artigo 5º da CFRB/88²³ e não por coincidência, os incisos citados no parágrafo primeiro do artigo 220 da CF²⁴. A polêmica se encontra na afirmação do Ministro de que “a constituição brasileira se posiciona diante dos bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato senso*”²⁵. Esta primazia decorre do receio de que, sob o argumento de respeito aos preceitos fundamentais garantidores dos direitos de personalidade, crie-se uma “brecha” pra o retorno de um controle sobre a circulação de informações com o intuito de tolher - lá.

²¹ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

²² ADPF 130/DF, Voto do Relator Sr. Ministro Carlos Ayres Britto

²³ Idem

²⁴ Parágrafo primeiro do art. 220. “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

²⁵ ADPF 130/DF, Voto do Relator Sr. Ministro Carlos Ayres Britto

Assim, inicialmente se garante a liberdade de expressão sem a possibilidade de controle antecipado. Essa liberdade apenas se conciliaria, à época da veiculação com a proibição do anonimato e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício profissão, e após a veiculação com o direito de resposta e dever de reparação por dano causado. Assim, o relator afirma que qualquer violação de direitos de personalidade será resolvida em sede de direito de resposta, ações de indenização e inquéritos criminais.

Destarte, afirma que a única maneira de garantir a plena liberdade de expressão sem colocar em espera os direitos de personalidade, ou seja, sem que estes possuam aplicação imediata no âmbito da liberdade de imprensa. Eles somente incidem após concretizada a livre manifestação do pensamento.

Segundo o relator, este tipo de liberdade não se trata de “mandado de otimização” não aceitando a realização “na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. A liberdade de manifestação, como princípio fundador da liberdade de imprensa, prefere a outras normas constitucionais e deve ter sua aplicação garantida de forma absoluta, não admitindo qualquer tipo de restrição²⁶.

Esta idéia leva o relator a um alargamento desse conceito de não restrição: a impossibilidade de criação de leis acerca da atuação da imprensa, entendido assim, o “diploma legislativo de feição orgânica ou estatutária” sobre a organização e atuação dos órgãos de imprensa. Em que pese não faça parte do objeto de análise do presente estudo a possibilidade de criação de uma nova lei de imprensa, mas sim como se coloca a situação hoje, quando não existe lei de imprensa em vigor, importante assinalar a conclusão do Relator, inclusive para confrontá-la com as conclusões dos demais Ministros.

Assim, o Relator assevera a impossibilidade de criação de uma nova lei de imprensa, referindo que toda e qualquer regulamentação acerca da questão encontra-se definida na própria Constituição, inclusive aquela de define a impossibilidade de atuação estatal na regulamentação do exercício da liberdade de informação jornalística.

O Ministro Celso de Mello segue a linha do relator ao defender a responsabilização *a posteriori* durante o processo judicial. Nessa linha, enfrenta as

²⁶ Idem

questões da colisão dos princípios no âmbito judicial, da responsabilidade civil e faz diversas observações pertinentes acerca do direito de resposta.

Sobre essas assertivas, divergem seus pares.

O Ministro Menezes de Direito inicia ressaltando a importância dada aos direitos de personalidades pelo constituinte²⁷. Afirma que existe um “sistema de próprio equilíbrio entre a liberdade de comunicação e o respeito aos direitos de personalidade”, baseado no “processo de ponderação”²⁸. Reitera a convivência de ambos princípios na ordem constitucional e a necessidade de respeito a ambos²⁹.

Muito importante a observação lançada pelo Ministro acerca da problemática do fortalecimento exacerbado de uma instituição e sua conseqüente fragilidade. Afirma que quando fortalecida em excesso e posta acima de qualquer controle uma instituição, cria-se um sentimento de “permanente acerto”. Apenas com um sistema de controle externo seria possível garantir a qualidade da instituição, no caso específico a imprensa. Por isso prega a necessidade do legislador agir, de maneira a criar esse controle externo, decidindo o conflito posto entre liberdade de expressão e direitos de personalidade³⁰.

O Ministro Cezar Peluso, seguindo a linha do Ministro Menezes de Direito, faz ressalvas ao voto do Relator quanto à vastidão emprestada à liberdade de pensamento. Chama atenção ao fato que a Constituição não prevê qualquer direito

²⁷ Castanho de Carvalho segue essa linha. Ao analisar as limitações à liberdade de imprensa, afirma, em relação ao direito à intimidade: “A Constituição assegura o direito à intimidade no art. 5º, inciso X, preenchendo omissão da anterior que não o mencionava textualmente, de forma a estabelecer um limite à liberdade de imprensa, que não pode, a título de informar, devassar o recato privado e íntimo das pessoas.

Desta forma, o direito fundamental da livre imprensa há que ser compatibilizado com o outro direito fundamental que impõe de terceiros o respeito à intimidade.”

²⁸ Sobre “processo de ponderação” dos princípios, ou proporcionalidade, assim apresenta Cristiane Catarina de Oliveira Ferreira: “A utilização do princípio da proporcionalidade com os três critérios (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) definidos para a resolução de casos em que há colisão entre duas normas (princípios) de direitos fundamentais é a decorrência da opção constitucional pela proteção dos direitos fundamentais e instituição do Estado Democrático de Direito. Ademais, pelo caráter correspondente com o princípio da razoabilidade, a proporcionalidade está expressamente permitida pela Constituição brasileira de 1988, no art. 5º, inciso LIV, que consagra o devido processo legal.”

²⁹ ADPF 130/DF, Voto do Sr. Ministro Menezes de Direito.

³⁰ Aqui cabe referir que a questão do controle da atuação dos meios da imprensa não deixou de ser tratada pelo Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Tratou esta questão de maneira diferente, delegando à própria sociedade civil o papel de fiscal do exercício da liberdade de imprensa. Segundo o Relator, em um sistema de total liberdade conforme pretendido no Brasil, não haveria espaço para intervenção estatal. Por outro lado, caberia à sociedade a verificação da qualidade dos profissionais. Seria um caso de seleção natural entre os profissionais e os veículos de imprensa, onde os bons receberiam o respaldo do público e aqueles considerados de má qualidade ou apelativos, sofreriam com a falta público e acabariam deixando de existir.

absoluto e, por isso mesmo, não haveria como entender assim a liberdade de imprensa. A liberdade de imprensa deve ser compreendida, em sua visão, dentro dos limites conceituais constitucionais previstos na Constituição³¹.

Segue essa mesma linha a Ministra Ellen Gracie, expondo que não enxerga “uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na constituição federal”³².

Em outras palavras, a Ministra não admite a possibilidade que certos direitos fundamentais sejam “congelados” e somente passem a incidir após a concreção de outros. Faz uma ressalva bastante importante acerca dos danos ditos irreparáveis, quando o socorro tardio ao judiciário ou a instancia cabível é capaz de produzir um dano exagerado.

2.3 Critérios informadores do quantum indenizatório

A decisão que está sendo analisada é bastante profícua em termos de análise do papel da imprensa, do significado da liberdade de expressão e sua relação com a liberdade de imprensa e com os direitos de personalidade. Em contrapartida, carece de maior discussão acerca da responsabilidade propriamente dita, indenizações, direito de resposta. A questão é tratada pelo Ministro relator no tocante ao quantum indenizatório.

Segundo o Ministro Ayres Britto, a questão é regulada quando a Constituição fala “de direito de resposta proporcional ao agravo”. Essa proporcionalidade se comunicaria com a questão indenizatória. Neste ponto é feita uma ressalva. Em que pese interpretar a expressão “proporcional ao agravo” de forma extensiva às indenizações, é feito um alerta para que as indenizações não sejam fixadas de maneira exacerbada. Essa preocupação tem duas razões: inicialmente, o fato do próprio medo de pesadas indenizações poder funcionar como meio de restrição da liberdade de imprensa e segundo, a dificuldade que pode ser enfrentada por meios de comunicação de menor porte financeiro em face destas indenizações³³.

³¹ ADPF 130/DF, Voto do Sr. Ministro Cezar Peluso

³² ADPF 130/DF, Voto da Sra. Ministra Ellen Gracie

³³ ADPF 130/DF, Voto do Relator Sr. Ministro Carlos Ayres Britto

Aqui o Ministro faz mais uma observação quanto aos critérios de fixação da indenização. Segundo o Relator³⁴

a relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa”.

A seguir, reafirma

nada tem a ver com essa equação de Direito Civil a circunstância da veiculação da ofensa por órgão de imprensa

Essa observação decorre do receio de que o fato de majorarmos as indenizações decorrentes de violações de direitos de personalidade possa vir a se tornar uma restrição à prática da liberdade de manifestação.

Trago ressalva feita pela Ministra Ellen Gracie quando afirma “entender que a ofensa proferida por intermédio de meios de comunicação, quanto maior for sua extensão, maior gravame trará e, portanto, maior reprovabilidade merecerá”³⁵.

2.4 Conclusões

Termino essa breve análise do julgamento, assentando alguns apontamentos que poderão ajudar na tarefa de estabelecer um sistema próprio de responsabilidade civil para os danos causados pela imprensa. Essa é, na realidade, o primeiro apontamento: o dever de reparação decorrente dos danos causados pelos meios de comunicação é regido pelo Código Civil.

Durante o tempo em que a lei 5.250/67 vigeu contemporaneamente à Constituição de 1988, muito se discutiu qual seria o sistema aplicado aos danos causados pelas veiculações apresentadas pela imprensa, se seria aquele previsto na Lei de Imprensa, ou um novo, de acordo com o Código Civil de 2002. A realidade

³⁴ Idem

³⁵ ADPF 130/DF, Voto da Ministra Sra. Ellen Gracie

é que, em processos judiciais, os argumentos eram usados ao bel prazer dos litigantes, ou seja, utilizava-se apenas a parte benéfica dos sistemas. Hoje isso não mais prospera, tendo sido assentada a aplicação das regras contidas no Código Civil de 2002.

Podemos verificar também a relação estabelecida entre a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade se desdobram em duas questões: a possibilidade de verificação *a priori* dos danos que podem ser causados, por meio de uma medida cautelar que venha a impedir uma publicação (o que de fato ocorreu no Brasil recentemente³⁶), e, esta uma questão assente, a possibilidade de condenação de uma empresa jornalística por danos causados.

Outro apontamento diz respeito à responsabilidade que recaí sobre os meios de imprensa uma vez que assentada seu papel de formadora da opinião pública. Esse papel apontado brevemente pelo Ministro Relator é, na minha opinião, de suma importância para a verificação da extensão do dano causado. Conforme exposto pela Ministra Ellen Gracie, não podemos olvidar que o dano causado por veículos de comunicação com a possibilidade de penetração não pode ser comparado com aquele causado, por exemplo, em uma discussão de condomínio ou no âmbito do local de trabalho. Essa conclusão se junta ao mencionado pelo Relator ao afirmar que o quantum indenizatório não pode, de maneira alguma, se tornar fator de impedimento ao livre exercício da liberdade de imprensa, assim entendida como segmento da liberdade de expressão.

Essas e outras questões voltarão a ser abordadas com mais profundidade no capítulo que tratará da responsabilidade civil da imprensa propriamente dita.

³⁶ Há cerca de um ano, o desembargador Dácio Vieira, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), proibiu o jornal *O Estado de S.Paulo* de publicar reportagens que contenham informações da Operação Fator, mais conhecida como Boi Barrica. O recurso judicial, que pôs o jornal sob censura, foi apresentado pelo empresário Fernando Sarney, filho do presidente do Senado, José Sarney (PMDB-AP).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Assentado o entendimento que as normas aplicadas aos casos de dano causado por órgão de imprensa são aquelas previstas na legislação comum³⁷, passa-se agora à análise dos institutos da Responsabilidade Civil, mormente aqueles concernentes ao tema da responsabilidade.

3.1 O dever de indenizar e a responsabilidade civil

Podemos entender com um dos objetivos da ordem jurídica a manutenção da convivência pacífica da sociedade, de maneira que as diversas relações humanas se desenvolvam sem que os indivíduos sofram com os atos de outros.

Decorre dessa idéia a imposição de deveres direcionados a regular a vida em sociedade, com estabelecimento de condutas positivas (um fazer) ou negativas (um não fazer). Ocorre que, em certas circunstâncias, esses deveres são descumpridos, gerando o que chamamos de ilícito. Esse ilícito, na maior parte das vezes, causa um dano a terceiro. Esse dano causado que cria o *dever de indenizar*, que, segundo Sergio Cavaliere Filho³⁸, no Código Civil de 2002 foi tratado como uma obrigação. Assim, o ato ilícito cometido por uma pessoa se transforma em fonte de uma obrigação, tratada pelo Código como obrigação de indenizar. Esse dever de indenizar pelos danos causados é o que chamamos de responsabilidade civil.

Assim um conceito importantíssimo para a caracterização da responsabilidade civil é o do *ato ilícito*, ou seja, o ato que origina a obrigação de indenizar.

³⁷ Conforme ementa do julgamento da ADPF 130/DF: “11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa.”

³⁸ CAVALIERE FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2010. 588 páginas.

3.2. Ato ilícito

Quanto ao conceito de ato ilícito, afirma Silvio de Salvo Venosa que

se o agente dos negócios e atos jurídicos, por ação ou omissão, pratica ato contra o Direito, com o sem intenção manifesta de prejudicar, mas ocasiona prejuízo, dano a outrem, estamos no campo dos atos ilícitos³⁹

Por seu turno, Maria Helena Diniz conceitua o ato ilícito como aquele que

é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo (CC, arts. 927 e 944) seja ele moral ou patrimonial (Súmula 37 do STJ). Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei⁴⁰.

Dessas duas definições, extraímos que o ato pode ser intencional ou não, bastando que tenha sido realizado em desacordo com a ordem jurídica e tenha causado dano a terceiro.

A grande questão posta no conceito de ato ilícito no que tange à sua relação com a responsabilidade civil diz respeito à inclusão, ou não, da do elemento da culpa. Aqui, trazemos a observação lançada por CAVALIERI, de a culpa deve compreendida no seu sentido amplo, relativa à todo ato contrário ao direito que pode ser atribuído a alguém. Não se deve confundir a culpa na responsabilidade civil com intenção. Isso é de grande importância devido ao atual crescimento dos casos de *responsabilidade civil objetiva*, a qual independe da culpa do agente.

Filiamo-nos nesse ponto à idéia defendida por CAVALIERI de que o a ilicitude do ato teria duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva.

A dimensão objetiva da ilicitude diria respeito à contrariedade a ordem jurídica. O simples fato de o agente ter um comportamento que afronte o direito já caracteriza um ato ilícito.

³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009. 612 páginas. página 518.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil. 20ª Ed. Ver. e aum. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. 477 páginas.

A sua dimensão subjetiva necessita de um juízo de valor acerca da conduta para definir se tal comportamento apresentou o elemento da culpa. É necessário aqui que o ato jurídico objetivamente ilícito venha acompanhado de uma conduta voluntária e culposa⁴¹.

Bem, o que nos interessa da discussão acerca do ato ilícito é saber que esta é a conduta geradora do dever de indenizar⁴² que estudaremos.

3.3 Tipos de responsabilidade

Neste ponto veremos as divisões acerca do tipo de responsabilidade que pode ser imputada ao agente. Abordaremos a responsabilidade penal e civil, contratual e extracontratual, objetiva e subjetiva. Existem outros tipos específicos de responsabilidades previstos no ordenamento, como as decorrentes das relações de consumo, mas que não serão tratadas.

3.3.1 Responsabilidade civil e penal

Ambas as espécies de responsabilidade pressupõem um ato ilícito. A grande distinção que podemos fazer entre elas diz respeito ao bem resguardado pela regra de direito que é violada.

Historicamente, o direito penal traz normas de direito público que tratam de bens afeitos à sociedade como um todo. No caso da responsabilidade penal a lesada pelo ato ilícito é a própria sociedade, e não apenas uma pessoa individualmente. Claro que, no caso do homicídio, por exemplo, apenas um ou alguns indivíduos perderam a sua vida, mas o direito à vida (ou à propriedade, no

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. O elemento da culpa na responsabilidade civil será mais bem abordado quando tratarmos dos pressupostos da responsabilidade civil objetiva.

⁴² Existem casos previstos em lei que um ato lícito, o mesmo um ato de terceiro, podem gerar a responsabilidade de indenizar, porém estes não serão tratados no presente trabalho face à irrelevância de sua relação com a questão dos danos causados pela imprensa.

caso do furto) é de tamanha importância que se entende que todos nós somos lesados quando ele é infringido.

Em relação à responsabilidade civil, o direito violado é de natureza privada e pode ser individualizado. Cabe dizer que o ato ilícito fere um direito que não é afeito a toda sociedade, mas sim exclusivo do indivíduo.

Destaca-se que sobre a mesma conduta ilícita pode incidir a responsabilidade penal e civil, na medida em que os direitos atingidos tenham proteção nas duas esferas.

3.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Outra maneira de dividir a responsabilidade tem como fundamento a fonte da obrigação que foi violada.

Como vimos o ato ilícito é aquele praticado contra um dever de conduta estabelecido pela ordem jurídica. Este dever poderá ter sido previsto em um contrato estabelecido entre as partes ou pela própria lei. CAVALIERI, citando o professor Ricardo Pereira Lima, assim distingue a fonte dos deveres

dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e manifestações unilaterais de vontade⁴³

Assim, havendo a transgressão de uma obrigação contraída em razão de um contrato firmado, temos a responsabilidade contratual. Tendo em vista que esta deriva do contrato entre as partes, é possível neste caso que sejam previstas outras obrigações decorrentes do inadimplemento, que não apenas o ressarcimento do dano, como a cláusula penal, multa, obrigações de fazer.

Por outro lado, quando a obrigação deriva da lei, temos a chamada responsabilidade extracontratual, também conhecida como *aquilian*. Esta responsabilidade é regulada pelas normas gerais constantes no Código Civil.

Sobre a distinção entre, afirma CAVALIERI que

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. Página 15

em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que as regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual⁴⁴.

3.3.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva

Esta talvez seja a distinção mais importante no aspecto prático da responsabilidade civil.

Nos Direito Romano, a responsabilidade era objetiva, não havendo necessidade de comprovação da culpa. Com a evolução do instituto, a culpa passou a ser parte integrante da idéia de responsabilidade. Somente haveria responsabilização havendo a culpa do agente. Este entendimento permaneceu por muitos anos e ainda hoje é elemento nuclear para a obrigação de indenizar. No Brasil o pressuposto da culpa foi mantido pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 186⁴⁵ para a caracterização da responsabilidade civil geral, digamos assim.

Com a evolução das relações sociais, começaram a surgir situações em que a culpa era prescindível para a responsabilização. Uma especial dificuldade surge com relação aos acidentes do trabalho, nos quais era inviável cobrar a culpa do empregador, o que na maioria das vezes deixava o empregado desamparado. Nesse contexto foi desenvolvida a *teoria do risco*. Segundo CAVALIERI, “risco é perigo, é probabilidade de dano, importando isso dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente”⁴⁶. Nesse contexto, exercer atividade perigosa significa explorar atividade perigosa.

Pois bem, esta é a distinção entre a responsabilidade objetiva e subjetiva. Enquanto esta necessita do pressuposto da culpa para gerar responsabilidade, aquela não.

⁴⁴ Idem. Página 16.

⁴⁵ Art. 186. “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. Página 142

Arnaldo Rizzardo afirma que

pela teoria da responsabilidade subjetiva, só imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposo possível de ser evitado. Não há responsabilidade quando o agente não pretendeu, e nem poderia prever, tendo agido com a necessária cautela ⁴⁷

Cumprido salientar que, conforme exposto anteriormente, a legislação brasileira adota como regra a segunda hipótese, adotando a responsabilidade objetiva em diversas normas esparsas.

Analisaremos agora a modalidade subjetiva de responsabilidade, seus pressupostos e aplicabilidade.

3.4 Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva

Para que haja a caracterização de um ato ilícito indenizável e conseqüente fixação da responsabilidade civil, é necessário que estejam presentes alguns pressupostos.

Estes pressupostos estão explicitados no texto do artigo 186 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O primeiro pressuposto é a *conduta culposa* do agente. Podemos perceber claramente este quando o artigo cita uma “*ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência*”. Ação e omissão dizem respeito à conduta. A culpa está prevista nas expressões “*voluntária, negligência ou imprudência*”.

O segundo pressuposto é o *nexo causal*. A necessidade do nexo causal está posta na utilização da palavra “*causar*”, ou seja, é preciso que o a conduta culposa tenha relação com o dano. Essa percepção é de suma importância na hora de auferir a responsabilidade pelo dano, uma vez que apenas aquele que tenha dado

⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 963 páginas. Página 29.

causa ao dano que é por ele responsável. É possível ainda que mais de um evento tenha contribuído para o dano, situação na qual deve ser precisamente encontrado o nexo causal a fim de evitar eventual responsabilização a maior do agente.

O terceiro pressuposto é o próprio dano. É imprescindível para a pretensão de reparação que a vítima tenha sofrido dano. Este dano pode ser material, quando atinge economicamente a vítima, ou moral, quando atinge apenas os direitos de personalidade do indivíduo.

3.4.1 Culpa

A culpa, conforme exposto anteriormente, é tradicionalmente um dos pressupostos de caracterização do ato ilícito e conseqüente responsabilidade civil subjetiva.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Agir com [culpa] significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo⁴⁸

Conforme previsto no art. 186 do CC/02, a culpa é diretamente relacionada a uma ação ou omissão. A culpa só será verificada após essa ação ou omissão. O citado artigo abrange, em sua previsão de culpa, tanto o dolo quanto à chamada culpa *stricto sensu*.

Para melhor trabalharmos o conceito de culpa, veremos a diferença entre a culpa *stricto sensu* e o dolo.

3.4.1.1 Diferença entre culpa e dolo

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 11ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 1042 páginas. Página 537.

Ambos os conceitos se relacionam a uma conduta voluntária do agente. Aqui deve estar presente, mesmo que minimamente, o elemento da vontade de agir de determinada maneira. É no resultado da ação⁴⁹ que se diferenciam os dois conceitos. A ação dolosa visa o resultado antijurídico, enquanto a ação culposa falha ao deixar de prever o resultado antijurídico.

Em que pese a clara distinção entre os dois conceitos, o Código Civil não previu tratamento diferenciado à reparação dos danos causados por condutas culposas ou dolosas. Cabe dizer que nosso Código avalia a indenização do dano através da extensão do próprio dano, e não do comportamento adotado pelo agente causador deste.

3.4.1.2 Conceito de culpa

A conceituação de culpa sempre foi um elemento tortuoso no campo do direito. Silvio de Salvo Venosa⁵⁰ explicita esta dificuldade conceitual, mas afirma que seu reconhecimento no caso concreto sempre foi de mais fácil percepção.

Sergio Cavaliere Filho conceitua culpa como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”⁵¹.

Arnaldo Rizzardo segue a linha de Venosa ao expor a grande dificuldade enfrentada pela doutrina para chegar à conceituação da culpa. Apresenta diversos conceitos dos mais diferentes mestres franceses, alemães, italianos, porém todos eles relacionando a culpa com uma conduta que viola um dever, seja ele contratual (no caso da responsabilidade contratual), legal, ou de mera conduta, que deveria ser observado.

Assim, seguindo a doutrina de CAVALIERI, podemos definir três elementos que caracterizam uma conduta culposa: uma conduta voluntária com resultado

⁴⁹ Ação aqui entendida lato sensu, abrangendo tanto a ação stricto sensu, como a omissão.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. Página 35.

involuntário, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

3.4.1.3 Elementos do conceito de culpa

3.4.1.3.1 Conduta voluntária com resultado involuntário

Conforme exposto anteriormente, a conduta culposa sempre é uma conduta voluntária. Está presente o elemento da vontade. O agente quer agir de determinada maneira. O que não foi buscado é o resultado da ação.

3.4.1.3.2 Previsão ou previsibilidade

É importante que o resultado originado pelo comportamento adotado pelo agente não seja imprevisível.

Quando o resultado é previsto pelo agente, a culpa muito se aproxima do dolo. Entende-se que o agente agiu sabendo que causaria um dano, mesmo que não quisesse causar o dano.

Quanto o resultado é dito previsível, temos que a conduta tomada pelo agente apresenta ao menos uma possibilidade previsível de violar uma norma. Não existe a previsão lógica de que uma conduta acarretará um resultado, mas essa possibilidade pode ser prevista. É uma situação em que o agente não prevê o dano, mas esse poderia, e deveria, ser por ele previsto.

3.4.1.3.3 Falta de cuidado

A violação do dever de cuidado, segundo CAVALIERI, “é a própria essência da culpa”⁵². De certo modo, podemos pensar que se o agente tivesse tomado todas as cautelas necessárias para que seu comportamento não causasse um dano, este não seria causado. Essa violação de dever vem apresentada pelos vocábulos *imprudência* e *imperícia*, previstos no art. 186 do Código Civil.

Imprudência é relacionada a um ato do agente, no qual não foram observadas as precauções necessárias no caso concreto. Podemos citar como exemplo um motorista que dirige em velocidade alta em dia de chuva.

Já a negligência pode ser caracterizada como a falta de observação de alguns “sinais” que poderiam levar o agente a agir de outra forma. Caracteriza-se quando o indivíduo não dá a devida atenção (aqui podemos dizer, a atenção que o homem médio daria) para elementos que deveriam ser observados. Em exemplo citado por CAVALIERI, o motorista que deixa de revisar os freios.

Outra conduta que não está prevista no Código, mas é largamente considerada como uma forma de falta de cuidado é a imperícia. Imperícia aqui entendida como a falta de qualificação técnica para o desempenho de determinada tarefa.

3.4.1.4 Tipos de culpa

Quanto aos tipos de culpa, adotamos mais uma vez o critério utilizado por Sérgio Cavalieri Filho. Ressalta-se que o cerne do conceito de culpa não se modifica de um tipo de culpa para outro. As modificações são apenas de acordo com o dever jurídico que foi atingido. Não nos alongaremos demais na exposição, bastando uma breve apresentação do conceito e diferenciação de cada tipo.

3.4.1.4.1 Culpa grave, leve e levíssima

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. Página 36

Culpa grave pode ser considerada aquela em que o agente previu o resultado e mesmo assim decidiu agir acreditando que esse resultado não se concretizaria.

A culpa leve é aquela em que o dano poderia ser evitado se fossem observados critérios básicos de cuidado, aqueles observados pelo chamado homem médio. O dano era previsível, e poderia ser evitado.

A culpa levíssima é aquela decorrente de uma falta em que não observados critérios específicos de cuidado, quando era necessário um conhecimento além daqueles exigidos do homem comum.

Em que pese à importância, inclusive histórica, desta distinção, a regra do Código Civil não leva em conta o grau da culpa na hora da fixação da indenização, mas sim a extensão do dano. Porém o Código prevê, no parágrafo único do artigo 944⁵³, situação especial em que a indenização pode ser equitativamente diminuída se desproporcional a culpa ao dano causado.

3.4.1.4.2 Culpa contratual e extracontratual

Distinção bastante simples, diz respeito ao fundamento da culpa. Sendo o dever violado previsto em contrato, diz-se que temos a culpa contratual.

Sendo esse dever oriundo da ordem jurídica, temos a culpa extracontratual ou culpa aquiliana.

3.4.1.4.3 Culpa *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiando*

A culpa *in eligendo* é aquela decorrente da má eleição de uma pessoa. Ou seja, aquele que escolhe pode ser considerado culpado pelas falhas do escolhido, justamente em razão da má escolha.

⁵³ Art. 944 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

A culpa *in vigilando* é relacionada a alguém que está sob os cuidados de outrem. Esse outrem deveria tomar as precauções necessárias para que aquele que está sob seus cuidados não cause dano, sob pena de responder por esse.

Já a culpa *in custodiando* tem a mesma natureza da *in vigilando*, porém diz respeito a danos causados por animais e coisas sob sua custódia

Assinala CAVALIERI que:

essas espécies de culpa, todavia, estão em extinção, porque o Código Civil de 2002, em seu art. 933, estabeleceu responsabilidade objetiva para os pais, patrão, comitente, detentor de animal etc., e não mais responsabilidade com culpa presumida, como era no Código anterior⁵⁴

3.4.1.4.4 Culpa presumida e culpa contra a legalidade

A culpa presumida refere-se aos casos em que dá própria conduta do agente extraí-se a culpa. Seria algo como, este resultado não ocorreria caso não houvesse culpa. Um dos casos historicamente previstos como de culpa presumida é o do cão que ataca alguém. Não é plausível pensar que um cão atacaria alguém caso o dono houvesse observado todos os deveres de cuidado. Assim, inverte-se o ônus da prova para incumbir o réu de demonstrar que observou todos os deveres de cuidado no que respeita o seu cão.

CAVALIERI alerta que essa presunção não afasta a responsabilidade da modalidade subjetiva para a objetiva, uma vez que ainda é defeso ao réu demonstrar a inexistência de culpa.

Em relação à culpa contra a legalidade, esta diz respeito à inobservância de um preceito previsto em lei ou regulamento. Aqui não se confunde a responsabilização por eventual dano causado pela inobservância com a conduta em si. Vale dizer, alguém que, fumando em local proibido, não causa dano a ninguém, não sofrerá ação de responsabilidade civil, porém, poderá ser responsabilizado por ter transgredido a regra de não fumar. Por outro lado, se, na mesma situação, o

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. Página 39.

agente põe fogo no estabelecimento, este responderá civilmente pelos danos causados.

Nestes casos a culpa é conseqüência lógica da conduta antijurídica, necessária apenas a comprovação do dano e do nexo causal.

3.4.1.4.5 Culpa concorrente

Diz-se que existe culpa concorrente quando a própria vítima contribui para o evento danoso. CAVALIERI⁵⁵ fala em concorrência de causa, e não em concorrência de culpa. É a situação em que tanto a conduta culposa do agente quanto um comportamento da própria vítima que levam a ocorrência do dano. Vale dizer que são casos em que o dano não ocorreria se a vítima não houvesse contribuído para ele.

Na prática, acaba ocorrendo uma repartição do “prejuízo” causado. Cada parte arca com a parcela de sua responsabilidade. A divisão da indenização deve ser proporcional à intensidade da responsabilidade de cada um no evento danoso.

O assunto é disciplinado no Código Civil pelo art. 945⁵⁶, quando prevista a indenização em conta da gravidade da culpa do agente em relação à do autor.

3.4.2 Nexo causal

3.4.2.1 Conceito e aplicação.

O nexo causal, segundo pressuposto para a caracterização do ato ilícito, nada mais é que a relação existente entre a conduta culposa do agente e o dano causado.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. Página 42.

⁵⁶ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

CAVALIERI define nexa causal como “um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual podemos concluir que foi o causador do dano”⁵⁷.

Em que pese a definição de nexa causal seja simples, sua verificação no caso concreto nem sempre será fácil. Obviamente existirão casos em que o nexa causal é evidente, porém, em grande parte das vezes, inúmeras causas e diversas condições concorrem para o acontecimento danoso. Diversas teorias foram desenvolvidas com o fito de melhor apontar a causa que deve ser considerada como verdadeira causadora do dano.

O código civil não traz regra expressa acerca do nexa de causalidade, cabendo assim à doutrina e à jurisprudência a definição da teoria que melhor se aplique à responsabilidade civil. O entendimento majoritário⁵⁸ é de aplicação da teoria da causalidade adequada. Arnaldo Rizzardo⁵⁹, apresentando voto do Eminentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo de Tarso Sanseverino, proferido quando ainda Desembargador do TJ/RS, assim define a adequação do nexa causal.

Trata-se de aplicação concreta da teoria da causalidade adequada, que orienta as normas sobre o nexa causal na responsabilidade civil no direito brasileiro.

A teoria da causalidade adequada, que é prevalente no âmbito da responsabilidade civil, (diferentemente da responsabilidade penal onde tem prevalência a teoria da equivalência dos antecedentes), restringe o conceito de causa, estabelecendo como tal apenas a condição que, formulado um juízo abstrato, se apresenta adequada à produção de determinado resultado. Após a verificação concreta de um determinado processo causal, deve-se formular um juízo de probabilidade com cada uma das múltiplas possíveis causas, de acordo com a experiência comum em um plano abstrato. Se após a análise de certo fato for possível concluir que era provável a ocorrência do evento, deve-se reconhecer a relação de causa e efeito entre eles.

A causa é aquela condição que demonstrar melhor aptidão ou idoneidade para a causação de um resultado lesivo. Nesta

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. Página 47.

⁵⁸ Entendimento diverso apresenta Carlos Roberto Gonçalves. Segundo o autor, o Código Civil, em seu artigo 403 (Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual) define como teoria a utilizar para a determinação do nexa causal a do dano direto e imediato. Segundo o autor, essa teoria seria uma híbrida entre a teoria da causa mais adequada e a teoria da equivalência de condições e sua aplicação seria “o desejável meio-termo, mais razoável”. Pág. 587

⁵⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Página 71.

perspectiva, causa adequada é aquela que apresenta como conseqüência normal e efeito provável a ocorrência de outro fato⁶⁰

A lição é bastante esclarecedora. Não baste que determinada causa tenha contribuído para o efeito no caso concreto, devemos ser capazes de verificar em abstrato que esta causa previsivelmente, daria ensejo àquele efeito

GONÇALVES, sobre a teoria da causa adequada, afirma que esta:

somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos que concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre nos casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância accidental, diz-se que a causa não era adequada⁶¹

Vencida a questão da definição do nexos causal, passamos a uma breve análise da concorrência de causa e das concausas.

3.4.2.2 Concorrência de causas

A concorrência de causa muito se assemelha à culpa concorrente da vítima. Na visão de CAVALIERI, ambos os institutos deveriam ser tratados como concorrência de causa, uma vez que se refere a uma conduta da vítima que dá causa ao evento danoso.

O fato de um dos indivíduos que dá causa ao dano ser a vítima não exclui a devida definição do nexos causal. Utiliza-se a teoria da causa mais adequada para aferir qual conduta que realmente deu causa ao evento. É possível, inclusive, que se entenda que a conduta da vítima é a mais adequada para gerar o dano. Assinala CAVALIERI que a concorrência de causas ocorre excepcionalmente, apenas quando não for possível verificar aquela causa mais adequada.

⁶⁰ Apelação Cível nº 70003579968, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 14.08.2002.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. Página 587.

3.4.2.2.1 Concausas preexistentes e supervenientes ou concomitantes

As concausas preexistentes são entendidas como condições anteriores que de alguma maneira contribuem para o agravamento do dano. Este tipo de concausa não afasta o nexo causal existente entre a conduta ilícita do agente e o dano causado, mesmo que em grau superior ao que seria causado se não houvesse a condição. O agente sempre responde pelo total do dano causado, mesmo que não tenha conhecimento da condição da vítima.

As causas supervenientes é aquela que ocorre após a consolidação do dano, também contribuindo seu agravamento. Essa causa superveniente somente será considerada se guardar nexo de causalidade com outro dano, ou seja, vier a criar uma nova relação. Esta determinação também deve se utilizar da teoria da causa mais adequada. Se for considerada que a causa mais adequada para o dano final tenha sido o próprio dano anterior, causado pela primeira conduta, aquela superveniente não será considerada.

As causas concomitantes são verificadas através da teoria da adequação, a fim de determinar qual a que realmente causou o dano.

3.4.2.2.2 Solidariedade

Ocorre quando diversas pessoas participam do ato ilícito gerando o efeito danoso. Aqui não se trata de casos em que não se consegue definir qual agente que levou a efeito o ato, mas sim quando todos são considerados causadores

Na realidade a solução é mesma de quando não se pode determinar o causador, a responsabilidade é solidária pelo dano causado.

3.4.3 Dano

O dano é ao grande motivo da existência da responsabilidade civil. É a partir do dano que se estruturou toda a doutrina do dever de reparar. Somente com a verificação da existência de um dano que se cogita a hipótese de reparação deste.

A primeira relação que fazemos da palavra dano é com lesão. Dano é uma lesão. Segundo CAVALIERI, dano seria:

a subtração ou de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral⁶²

Exatamente sobre esta distinção que trataremos, o dano patrimonial e o dano moral.

3.4.3.1 Dano patrimonial

Dano patrimonial, como já se infere da sua própria denominação é aquele dano que atinge o patrimônio da vítima. Entende-se patrimônio, segundo CAVALIERI, como “o conjunto e relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”⁶³. Nas palavras de RIZZARDO, “o conceito de patrimônio envolve qualquer bem exterior, capaz de classificar-se na ordem das riquezas materiais, valorizável por sua natureza e tradicionalmente em dinheiro”⁶⁴.

De ambas as concepções, denota-se que o dano patrimonial pressupõe perda financeira. Esta perda pode ser de um bem corpóreo ou incorpóreo, como bem ilustra CAVALIERI. Quando RIZZARDO menciona “tradicionalmente em dinheiro”, podemos compreender como a possibilidade do dano ser expresso em dinheiro, mesmo que diga respeito a um bem corpóreo, como um carro, um relógio.

A doutrina faz uma distinção entre o dano emergente e o lucro cessante.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. Página 73.

⁶³ Idem. Página 73.

⁶⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Página 17.

O dano emergente seria aquele sofrido no momento do evento, o prejuízo real e imediato no momento do dano. Seria, por exemplo, a perda de um automóvel, ou de uma quantia em dinheiro.

Já o lucro cessante é aquele bem material que ainda não havia se incorporado ao patrimônio da vítima, e deixou de ser incorporado justamente em função do dano sofrido. Aqui é muito importante distinguir aquilo que certamente seria recebido do que poderia vir a ser. Somente é devido aquilo que a vítima efetivamente iria receber.

3.4.3.2 Dano moral

A definição de dano moral ainda é muito discutida na doutrina. RIZZARDO define como “o mal ou dano - que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranqüilidade de espírito, a reputação, a beleza, etc.”.⁶⁵

Nós adotamos o entendimento exposto por Sérgio Cavalieri. Segundo o autor, o dano moral visa proteger os direitos de personalidade previstos na Constituição Federal de 1988, decorrentes da proteção à *dignidade da pessoa humana*. Afirma o autor que “em *sentido estrito*, dano moral é a *violação à dignidade*”⁶⁶.

CAVALIERI igualmente afasta o dano moral da concepção de sofrimento psíquico. Para o autor, com a nova previsão da Constituição não existe mais a necessidade de sofrimento psíquico por parte da vítima, bastando a ofensa à dignidade. Afirma o autor:

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser conseqüências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma reação orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser

⁶⁵ Idem. Página 19.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. Página 82.

considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade⁶⁷

Em outras palavras, para aferição do dano moral devemos nos focar apenas na causa dele – a violação de um direito de personalidade – e não nos seus efeitos – uma reação psíquica individual de cada pessoa. Nessa concepção, afasta-se a possibilidade uma mesma conduta que viole os direitos de personalidade de dois indivíduos seja considerado dano moral para um e para outro não, em função das diferentes reações internas.

3.4.3.3 Excludentes de responsabilidade

Alguns autores tratam das excludentes de causalidade, nós decidimos adotar a nomenclatura de Arnaldo Rizzardo por considerarmos mais adequada a representar o que realmente são estas excludente. São hipóteses em que, mesmo resultando em dano, não representam ato ilícito. Não vamos entrar no mérito de cada excludente, bastando apenas uma breve menção.

São situações em que não há responsabilidade, segundo RIZZARDO⁶⁸: a legítima defesa, o exercício regular de um direito reconhecido, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, o caso fortuito ou de força maior e a culpa exclusiva da vítima.

⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Página 83.

⁶⁸ Idem. Páginas 81/106

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DA IMPRENSA

Nos capítulos anteriores, estudamos como se entende a imprensa no Brasil hoje e qual os limites da liberdade da sua atuação, segundo o Supremo Tribunal Federal, bem como as características e pressupostos da responsabilidade civil tal como prevista no Código Civil de 2002.

Pois bem, ficou assentado que a assim como a liberdade de imprensa é protegida - e bem protegida, diga-se de passagem – no nosso ordenamento jurídico, também os indivíduos foram protegidos contra eventuais abusos cometidos em nome desta liberdade. Os direitos de personalidade previstos na Constituição de 1988 são os grandes limitadores da liberdade de expressão.

Atualmente, grande parte das demandadas em face dos órgãos de imprensa são relacionadas aos direitos de personalidade, buscam a reparação do chamado dano moral. Porém, uma atuação, que vamos chamar de ilícita da imprensa, pode causar enormes danos materiais a pessoas jurídicas, indivíduos e a toda coletividade.

Não é nosso objetivo discutir a colisão entre o princípio da liberdade de imprensa e os direitos e personalidade, tema largamente explorado na doutrina. Buscaremos aqui caracterizar o ato ilícito cometido pela imprensa, ou seja, analisar a atuação da imprensa em conformidade com os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva a fim de estabelecer quando a imprensa atua de forma legal, dentro da sua assegurada liberdade e quando a imprensa extrapola os limites impostos à sua atuação.

A responsabilização dos órgãos de imprensa que nos interessa é a partir da veiculação de notícias e opiniões. Isso porque a imprensa quando na sua dimensão de instituição-entidade nada mais é que um conjunto de empresas que mantém junto à sociedade um sem número de relações comerciais sujeitas à responsabilização. Deveres com os assinantes e responsabilidades decorrentes desta relação de consumo, contratos com agências de notícias e de publicidade e toda a eventual responsabilidade contratual que pode existir são parte do funcionamento dos órgãos de imprensa quando entendemo-la como a chamada instituição-entidade.

Essas relações não fazem parte do nosso objeto de estudo. A nós importa a imprensa como instituição-idéia. A imprensa na sua dimensão de veículo responsável pela comunicação social, pela disseminação de informações jornalísticas. Sua atuação nessa dimensão que será analisada a partir dos tipos de responsabilidade e dos pressupostos apresentados no Capítulo 2 – culpa, nexo causal e dano.

4.1 Características da responsabilidade da imprensa

No capítulo 2 apresentamos as diferentes espécies de responsabilidade civil – civil e penal, contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva.

A responsabilidade da imprensa pela veiculação de informações que nos interessa é a civil. Nada impede que ao veicular uma matéria a atuação da imprensa gere uma responsabilização penal. Inclusive os crimes que poderiam ser praticados pela imprensa estavam previstos na Lei 5.250/67 e atualmente, após a decisão da ADPF 130/DF, sua atuação está sujeita aos limites do Código Penal. Enéas Costa Garcia aponta uma influência do direito penal sobre a responsabilidade civil presente na Lei 5.250/67, especialmente com a indicação de artigos que prevêem figuras criminais que dão origem a responsabilização civil, como o inciso I do art. 49⁶⁹. Por outro lado a partir da Constituição Federal de 1988, o autor rechaça esse diálogo entre a esfera criminal e a responsabilidade civil. Afirma que

“especialmente com o advento da Constituição de 1988, deve ser afastada toda a influência de ordem material que o direito penal pretende exercer na determinação da responsabilidade civil. Toda a conduta que lesa os direito de personalidade gera o dever de indenizar. Indenização esta que inclui o dano material e moral. Tudo isto independentemente da simultânea responsabilidade criminal que a conduta desencadeia”⁷⁰

⁶⁹ Art . 49. Aquêlê que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

⁷⁰ GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade civil nos meios de comunicação. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 664 páginas. Página 365.

Com isso, fica afastada a utilização do direito penal como fonte do dever de indenizar. Vale dizer que a responsabilidade civil deve ser verificada através dos seus próprios pressupostos e não mais como decorrência de uma conduta tipificada como crime. Ficam ressalvados, por óbvio, os casos que a responsabilidade civil e penal se confunde, sendo que a mesma matéria redundará em uma ação civil e outra penal.

A responsabilidade que estudamos é claramente extracontratual. Como já referido anteriormente, existem inúmeras possibilidades de responsabilidade contratual dos meios de comunicação face à suas inúmeras relações comerciais com clientes, fornecedores, investidores, etc., mas aqui importa a responsabilidade extracontratual decorrente da violação de deveres relativos à atuação da imprensa que estão inseridos no ordenamento jurídico, ora como regras, ora como princípios sempre prevendo *Standards* no desenvolvimento da atividade. São deveres extracontratuais.

A última classificação diz respeito à responsabilidade subjetiva ou objetiva.

No Brasil não resta dúvida que a responsabilidade da imprensa pela veiculação de matérias jornalísticas é subjetiva, seja pela previsão do art. 927, parágrafo único, do CC/02⁷¹, seja pela importância conferida pela Constituição Federal à liberdade de imprensa. Assim, em nosso ordenamento, é necessária a comprovação da culpa do veículo de comunicação e/ou do autor da matéria para verificação de eventual ato ilícito cometido pela imprensa.

Em entendimento diverso, Enéas Costa Garcia apresenta estudo realizado pelo autor argentino Ramon Daniel Pizarro em seu livro *Responsabilidad Civil de los Medios Massivos de Comunicación*, no qual o autor defende uma aproximação da responsabilidade da imprensa à responsabilidade civil objetiva, fundamentando essa aproximação na teoria do risco. Conforme Costa Garcia, duas são as idéias defendidas por Pizarro: que a atividade da imprensa é uma atividade de risco e que não existe incompatibilidade entre a responsabilidade civil objetiva e a liberdade de imprensa. O autor argentino apresenta um retrato da “comercialização” dos meio de

⁷¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

comunicação de massa para defender a idéia da responsabilidade objetiva, afirmando que:

*estamos na presença de verdadeiras “máquinas de informar” que atuam com a vertiginosidade que impõem os novos tempos. Não deve surpreender que nessa dinâmica possam imolar-se indevida e arbitrariamente os direitos da pessoa quanto à sua dignidade”, e segue dizendo que “negar o caráter arriscado que representa a atividade que desenvolvem os meios quando difundem informação em sentido estrito, é negar a realidade. E o que é mais grave ainda, pretender trasladar-lhe construções jurídicas elaboradas para outra imprensa, muito distinta da atual: aquela que para seu tempo previram as democracias liberais dos séculos XVII e XVIII*⁷².

Em que pese a interessante fundamentação acerca do tema, não nos parece possível imaginar uma responsabilidade baseada no risco para a atividade exercida pela imprensa. Se, de certo modo, concordamos com o fato que a veiculação de notícias é uma atividade de risco, sua importância para o Estado democrático de direito é tanta, conforme reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão analisado no capítulo 2, que várias foram as prerrogativas criadas para garantir que essa se desenvolvesse livremente. Em outras palavras, no nosso ordenamento entende-se que o risco da atividade da imprensa é um “preço” que pagamos para que ela se desenvolva com liberdade e cumprindo seu papel perante a sociedade civil.

Outra questão interessante é que Ramón Pizarro não afasta o juízo de antijuridicidade da atuação da imprensa como requisito para a caracterização da responsabilidade objetiva. Assim, na sua visão, não basta a presença do dano e do nexos causal, sendo requisito, também, a conduta antijurídica. No nosso entendimento, essa visão aproxima demais a responsabilidade objetiva da noção de culpa, especialmente da maneira que a culpa é entendida no âmbito da responsabilidade de imprensa.

Portanto, não existe como aplicar a responsabilidade civil objetiva aos meios de comunicação no Brasil hoje, sendo necessária a comprovação da conduta culposa dos veículos de imprensa.

⁷² Idem. Página 184/185

4.2 Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva da imprensa

Neste tópico, vamos analisar a responsabilidade civil da imprensa em conformidade com os pressupostos apresentados no capítulo 3. O objetivo aqui é verificar objetivamente quando existe o dever de indenizar pelos órgãos de imprensa, quando sua atuação pode ser considerada ilícita.

4.2.1 Culpa

Como já vimos no Capítulo 3, a culpa é o mais complexo pressuposto da responsabilidade civil, mas muitas vezes é de fácil percepção no caso concreto. Vimos também que são elementos do conceito de culpa a conduta voluntária, a previsão ou previsibilidade do resultado e a falta de cuidado⁷³.

A conduta voluntária não causa maiores problemas para sua identificação. O que necessita ser voluntária é a publicação, a veiculação da matéria. Não se confunde aqui com o interesse em veicular uma matéria jornalística com o objetivo de ferir os direitos de personalidade de algum indivíduo. Neste caso a conduta poderia até ser entendida como dolosa. O que precisamos estabelecer é que o veículo de comunicação que divulgou a notícia o fez de maneira voluntária. Podemos citar como exemplos de publicações involuntárias, as publicações legais e as publicações relacionadas ao direito de resposta. O direito de resposta é a única forma de intervenção do poder estatal sobre a mídia admitida pelo Relator da ADPF 130/DF, Ministro Carlos Ayres Britto, razão pela qual não há como entendê-la como uma conduta voluntária da imprensa.

A previsão ou previsibilidade do resultado é verificada pelo próprio teor da matéria. Mesmo sendo uma matéria jornalística totalmente lícita, existem algumas divulgações que é previsível a possibilidade de dano. Matérias investigativas sobre pessoas ou empresas que visem a divulgação de atividades ilícitas por parte destas são exemplos claros de matérias jornalísticas em que o dano é previsto. Não se

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil

pode imaginar que a divulgação de uma atividade supostamente ilícita por parte de um cidadão não vá causar-lhe danos morais e possivelmente materiais, inclusive pelas características adotadas pela imprensa pós-Constituição de 1988, especialmente como formadora da opinião pública. Este juízo está muito ligado à verificação do nível de agressividade da matéria em relação à pessoa ou empresa que lhe é objeto.

O último elemento da culpa é a falta de cuidado. Caracterizamos no tópico 3.4.1.3.3 a falta de cuidado como a “falta das cautelas necessárias por parte do agente para assegurar que seu comportamento não causasse dano”. Sendo a atividade da imprensa de suma importância para sociedade e para o Estado Democrático, desenvolverem-se ao longo dos anos, diversos deveres específicos para a atuação da imprensa. Este tipo de desenvolvimento específico de deveres de conduta para cada atividade humana é algo bastante comum. Podemos verificar que existem profissões que existe o dever de sigilo, enquanto em outras não existe. Segundo ENEAS COSTA, a culpa do jornalista deve ser considerada como culpa profissional, ou seja, como a culpa de um agente que possui conhecimento técnico sobre a questão, não a culpa baseada na conduta do homem médio. Afirma, neste sentido, que “na determinação da responsabilidade civil do jornalista o julgador deparar-se-á com a culpa profissional. Mister buscar uma falha na atuação do profissional, um desvio na prudência necessária e inerente a este tipo de atividade”⁷⁴.

Bem, em relação à imprensa, foram desenvolvidos diversos *Standards* de procedimento para os profissionais da área. Trataremos aqui dos deveres de veracidade, lealdade e o dever de pertinência.

4.2.1.1 Dever de veracidade

O dever de veracidade é apresentado por CASTANHO DE CARVALHO como decorrência do direito à informação verdadeira⁷⁵. Segundo o autor, com a constitucionalização da liberdade de expressão e a importância adquirida pela

⁷⁴ GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade civil nos meios de comunicação. Página 262.

⁷⁵ Carvalho, Luis Gustavo Grandetti Castanho de: Liberdade de Informação e o direito difuso à informação verdadeira.

imprensa livre, esta assume a responsabilidade de ser verdadeira. O autor divide o dever de veracidade em dois planos, a responsabilidade civil, que se origina de eventual dano causado, e a responsabilidade da imprensa como instituição.

Essa diferenciação, apesar de importante do ponto de vista da atuação da imprensa, não cria dificuldade alguma, uma vez que o dever de veracidade é o mesmo. A diferença é mais importante em relação ao controle desse dever, uma vez que a responsabilidade civil será apreciada pelo Judiciário e a responsabilidade da imprensa como instituição, instituição-ideia nos termos do Ministro Carlos Britto, seria controlada, nos termos da decisão da ADPF 130/DF pela própria sociedade civil.

Bruno Miragem quando trata do tema, afirma que “tudo o que se divulgar por intermédio da atividade da imprensa, a rigor deve estar baseado em informações verazes”⁷⁶. Em outras palavras, a garantia constitucional à liberdade de expressão e de imprensa não é estendida à informações que não sejam verdadeiras. Na realidade esse dever se alinha à liberdade de expressão, fortalecendo-a e legitimando-a.

Obviamente, até porque não é o único dever a nortear o trabalho da imprensa, a veracidade não exclui todas as possibilidades de atuação ilícita da imprensa. Vale dizer, só porque a informação é verdadeira não significa que não pode gerar o dever de indenizar.

A partir desse entendimento, inclui-se um dever correlato à veracidade, o dever de objetividade.

Segundo COSTA GARCIA, o dever de objetividade abrange o dever de veracidade e exatidão⁷⁷. Seria, a nosso ver, uma especificação do dever de veracidade, uma vez que não basta divulgar notícia verdadeira, mas divulgá-la de modo preciso e objetivo, não permitindo um sem número de interpretações acerca da matéria. Isso inclui, conforme entendimento de Bruno Miragem⁷⁸, inclusive a exatidão da linguagem na transmissão das informações. Esta talvez seja a dimensão

⁷⁶ Miragem, Bruno: Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código civil e a lei de imprensa. Página 250.

⁷⁷ GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade civil nos meios de comunicação. Página 265.

⁷⁸ Miragem, Bruno: Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código civil e a lei de imprensa

mais importante do dever de veracidade, a clareza na transmissão da informação, de modo não permitir uma dupla interpretação ou interpretação equivocada⁷⁹.

Claro que esse dever de veracidade não é absoluto. Não podemos cobrar da imprensa a divulgação apenas da verdade absoluta, sob pena de inviabilizar a sua atuação. Porém deve haver uma verdade em relação aos fatos, em relação aquilo que é possível afirmar.

4.2.1.2 Dever de lealdade

O dever de lealdade diz respeito ao modo de agir do jornalista. Não é ligado apenas ao conteúdo da matéria, mas sim a todos os atos praticados pela jornalista para obtenção da matéria.

Segundo COSTA GARCIA, este dever tem duas aplicações, em relação ao personagem da notícia e em relação ao destinatário da notícia. Afirma que

o jornalista deve agir de forma leal em relação ao personagem, evitando-lhe causar danos. Igualmente deve agir de boa-fé para com o destinatário da notícia, sendo fiel aos fatos, cumprindo o dever de informação, não enganando ou dando margem a interpretações⁸⁰

4.2.1.3 Dever de pertinência

O dever de pertinência é conceituado por Bruno Miragem como a:

“necessidade de adequação lógica entre a divulgação de informações e críticas no exercício da atividade de imprensa, e critérios intrínsecos e extrínsecos de aferição da sua regularidade. Os critérios intrínsecos dizem respeito, basicamente à adequação

⁷⁹ Este talvez seja o grande problema da imprensa brasileira hoje. Não que sejam publicadas notícias mentirosas, mas a maneira que é feita a reportagem não é possível depreender exatamente o que aconteceu, é deixada uma margem de interpretação muito grande, ao ponto que cada um que lê a notícia a enxerga da maneira que bem entender, de acordo com suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas.

⁸⁰ GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade civil nos meios de comunicação. Página 285.

entre a versão informada e o fato, razão pela qual se vincula intimamente com a veracidade exigida em relação às mesmas mensagens. De outro lado, os critérios extrínsecos dizem respeito aos limites jurídicos da divulgação⁸¹

Desse modo, nos importa mais os critérios extrínsecos, uma vez que a regularidade da notícia em relação à veracidade já foi apresentada em tópico anterior.

A pertinência no sentido de limites jurídicos pode ser entendida então como a adequação dos fatos revelados com a relevância social da revelação dos fatos. Em outras palavras, ao divulgar notícia sobre a vida pessoal de um empresário, a imprensa estará cumprindo seu papel no Estado Democrático ou estará extrapolando esse papel com objetivos meramente comerciais. É necessário, portanto, estabelecer o que é matéria de interesse público e o que é matéria que apenas diz respeito à vida privada das pessoas.

MIRAGEM estabelece uma definição de interesse público como:

as razões ou justificativas que permitem inferir, de modo razoável a necessidade ou utilidade do acesso geral da comunidade a certas e determinadas informações ou juízos críticos acerca dos fatos, em decorrência da contribuição efetiva que esse conhecimento pode determinar ao aperfeiçoamento da situação retratada, do próprio meio social, ou do regime político de liberdades do Estado Democrático de Direito⁸²

Em que pese a importância de estabelecermos critérios mais objetivos possíveis para a definição do assunto, inclusive para garantir a efetivação da segurança jurídica, sem que casos semelhantes tenham soluções diversas em razão de diferentes compreensões do interesse público, entendemos que esse juízo deve ser deixado em grande parte ao julgador. Especialmente a adequação da situação concreta ao chamado “aperfeiçoamento da situação retratada, do próprio meio social ou do regime político”, não existe como ser retirado do julgador, eis que uma matéria de conhecimento caso a caso.

⁸¹ Miragem, Bruno: Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código civil e a lei de imprensa. Página 256.

⁸² Idem. Página 259.

4.2.2 Nexo causal

Algumas questões surgem para a caracterização do nexo de causalidade em relação aos ilícitos praticados pela imprensa. A utilização da teoria da *causa mais adequada* nos permite verificar se a divulgação da matéria por parte dos meios de comunicação social foi a causadora do dano.

Esta talvez seja a primeira questão a ser enfrentada quando analisarmos o nexo causal. Muitas serão as situações em que o próprio fato noticiado já traz prejuízo à vítima independente da divulgação. Serão casos em que precisamos verificar se o dano sofrido foi causado pelo fato em si ou pela divulgação dele. Tomemos como exemplo uma empresa que foi fechada por causa de uma investigação criminal em curso. A notícia é divulgada e, no final, as atividades da empresa são consideradas lícitas e ela é reaberta. Fica evidente aqui que o dano foi causado pelo Estado e a simples divulgação da notícia não modificou substancialmente sua situação.

Assim, é preciso que verifiquemos se a veiculação da notícia seria, em abstrato, a causa mais adequada a produzir o dano. Não sendo, não haverá fundamento para a reparação.

Existirão casos de mais complexidade, quando divulgação de notícias causarem um agravamento do dano. Aliás, é o que normalmente ocorre. Uma pessoa já sofre um abalo moral em razão de uma situação que ocorreu na sua esfera íntima e esse dano é majorado pela divulgação maciça do ocorrido. É uma das responsabilidades da imprensa como formadora de opinião pública, este poder que lhe é conferido acaba por resultar em um aumento dos danos sofridos.

Esta questão é resolvida com base nas concausas supervenientes, estudadas no tópico 3.4.2.2.1. Assim devemos verificar se a divulgação da informação é fato suficiente a ponto de expandir tanto o dano sofrido que este passa a ser um novo dano, já entendido como dissociado do primeiro. De modo geral entendemos que dado o poder de penetração da mídia, de modo geral, a divulgação de informações independe do fato concreto para causar danos, e, portanto, mesmo se tratando de fato danoso aquele que foi divulgado, temos que sua veiculação causa novo dano.

Assim, estaríamos em frente duas causas que geraram danos relacionados, cabendo ao julgador verificar qual a extensão do dano causado pelo fato em si e pela divulgação deste.

Outra questão interessante diz respeito à solidariedade. Existem casos em que as coberturas jornalísticas são de tamanho interesse que diversos veículos divulgam notícias relativas a investigações, eleições, entre outros assuntos de interesse nacional. Sendo assim, mais de uma empresa jornalística é responsável pela divulgação de notícias, o que torna bastante difícil precisar qual veículo é responsável por eventual dano. O mais comum é que a ação seja intentada contra um grupo jornalístico, quando diversos veículos pertencem ao mesmo grupo econômico, e não contra veículos de diferentes grupos.

4.2.3 Dano

Pressuposto primordial da responsabilidade civil, o dano sempre deve estar presente para que haja o dever de indenizar. Hoje, é indiscutível a possibilidade da imprensa para produzir danos através da veiculação de matérias jornalísticas e opinativas. Ainda que grande parte desses danos causados pela imprensa, que hoje são levados ao judiciário, seja de natureza moral, também é possível a ocorrência de danos materiais, muitas vezes combinados aos danos morais.

Mesmo que pacífica a existência do dano por parte da imprensa, um aspecto do dano sempre causou dificuldade, sua quantificação. A lei 5.250/67, em seu art. 51⁸³, limitou o valor da indenização para danos causados por jornalistas. Neste

⁸³ Art . 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos dêste artigo:

artigo estavam previstos tetos para indenizações decorrentes de danos causados pela conduta culposa do jornalista e referentes a danos causados à honra do indivíduo, ressalvadas os danos dolosos e aqueles à imagem ou da vida privada⁸⁴.

Durante muito tempo discutiu-se a aplicação ou não desta tarifação após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Inúmeros juristas que defendiam a recepção da Lei de Imprensa pela nova Constituição, sustentavam que não existia incongruência entre a tarifação posta na Lei e a proteção estabelecida pelo texto Constitucional⁸⁵.

O entendimento majoritário, contudo, sempre foi na linha da não recepção desta tarifação pela nova ordem constitucional, especialmente em função da elevada estima emprestada aos direitos de personalidade e à dignidade da pessoa humana pela nossa constituição, bem como a garantia de resposta proporcional ao agravo e à indenização decorrente dos danos materiais e morais sofridos, garantias estas constantes no artigo 5º, incisos V e X⁸⁶.

Depois da decisão da ADPF 130/DF, não há falar em aplicação da tarifação do art. 51 da Lei de Imprensa, mas ainda existem dificuldades para a quantificação da indenização, trazidas inclusive pela própria decisão.

Duas são as questões levantadas nos votos que serão aqui tratadas: a majoração do dano pelo fato da imprensa ser responsável pela formação da

- a) os jornalistas que mantêm relações de emprêgo com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão;
- b) os que, embora sem relação de emprêgo, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos;
- c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, o editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b, nº III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

⁸⁴ GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade civil nos meios de comunicação. Página 449.

⁸⁵ Eneas Costa Garcia afirma que tal entendimento era fundamentado no prejuízo que poderia ser causado aos meios de comunicação se essa quantificação fosse deixada nas mãos do Judiciário. Essa tarifação seria, de certo modo, uma proteção à liberdade de imprensa. O autor apresenta com defensores desta tese Adauto Suannes e Rui Stoco.

⁸⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

chamada opinião pública e a não utilização das indenizações como restrição à liberdade de imprensa.

4.2.3.1 Extensão do dano pela imprensa como formadora da opinião pública

Com mencionamos no capítulo 2, a imprensa hoje é compreendida como formadora da opinião pública, ou seja, instituição democrática capaz de influenciar um pensamento coletivo. Esse aspecto relevante da atuação da imprensa acaba por superdimensionar as notícias e opiniões por ela veiculadas. Isso, conseqüentemente, aumenta muito o dano causado pela veiculação da notícia. Não se pode, portanto, tratar do dano moral resultante de uma cobertura jornalística como são tratados os inúmeros danos morais que acontecem diariamente na sociedade, nas relações de consumo, nas relações de trabalho.

Essa característica de universalidade da atuação da imprensa deve ser considerada no momento de apurar a extensão do dano, de modo que este seja de fato completamente ressarcido.

É importante verificar a dupla importância dessa dimensão. Ao mesmo tempo em que confere um grande liberdade à atuação da imprensa, com o objetivo de impedir a sua manipulação, seja pelo governo, por empresas privadas ou por setores da sociedade civil (políticos, religiosos, etc.), dessa liberdade advém um responsabilidade enorme. Os meios de comunicação não devem mais ser tratados pelo próprio judiciário como simples transmissores de notícias, mas sim como verdadeiros veículos capazes de moldar a visão que a sociedade civil tem de um indivíduo ou de qualquer organismo.

Isso não pode ser olvidado na hora da verificação da extensão do dano, sob pena de deixá-lo sem ressarcimento.

4.2.3.2 Fixação de indenizações como restrição à liberdade de imprensa

Outra questão levantada na decisão da ADPF 130/DF, que não diz respeito diretamente à extensão do dano, mas sim a sua reparação, é a fixação das indenizações.

Houve um tempo em que as indenizações eram tarifadas pela Lei de Imprensa, e mesmo que essa tarifação não abrangesse todas as espécies de danos, servia como um norte para a fixação dos valores.

Hoje, como bem se sabe, não existe mais tarifação, e a lei estabelece uma indenização proporcional à extensão do dano⁸⁷. Porém, a liberdade de expressão e de imprensa, entendida sempre como extensão daquela, são preceitos fundamentais da nossa Constituição e, conforme entendimento do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, constituem-se verdadeiros balizadores da fixação da indenização por parte do julgador.

A questão é bastante significativa quando passamos a observá-la pela ótica do controle da atividade da imprensa. Os votos proferidos deixam bem claro que a imprensa está sujeita à responsabilização pelos danos causados, mas ao mesmo tempo sua liberdade não está sujeita a controle por qualquer meio estatal. Até onde é possível controlar a atuação da imprensa por meio da fixação de indenizações? Dependendo do intuito do julgador, é bem possível que uma ou poucas condenações sejam capazes de inibir a atuação investigatória ou mesmo inviabilizar economicamente uma empresa de comunicação.

⁸⁷ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

5 CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi apresentar uma objetiva forma de verificação da existência de responsabilidade da imprensa no plano de sua atuação como transmissora de informações jornalísticas e opiniões.

O tema é bastante complexo, ainda mais pela decisão da ADPF 130/DF, que lançou novas bases para o entendimento dessa atuação da imprensa no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988.

Pela análise dos votos proferidos verificou-se que a liberdade de imprensa é considerada como uma extensão da liberdade de expressão, e deve ser assegurada sua utilização de forma livre e plena, como forma de garantir a concreção de diversos fundamentos constitucionais, entre eles a democracia. Essa importância dos meios de comunicação é saudada como forma de controle do Estado, como uma instituição capaz de oferecer um visão diferente dos fatos da sociedade, uma visão civil.

Porém, é bem percebida a capacidade dessa imprensa em causar danos. Esse é um dos pontos principais da decisão estudada, o confronto entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, elevado à categoria constitucional e entendidos como um segmento da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental no nosso ordenamento jurídico.

Ainda que o entendimento do Ministro Relator Carlos Ayres Britto seja no sentido de uma prevalência da liberdade da imprensa sobre os direitos de personalidade, o que somente permitiria um controle *a posteriori* das notícias veiculadas, a visão dos seus pares foi diversa.

A maioria dos Ministros entendeu que esses dois princípios devem ser considerados no mesmo plano e seu conflito ser decidido com base na *ponderação* e não considerando a prevalência temporal de um sobre o outro.

Isso levanta uma questão interessante quanto ao momento da aplicação dessa ponderação. O objetivo do Ministro Relator era impedir a chamada censura prévia pelo judiciário, ou seja, que matérias jornalísticas ainda não veiculadas ou

coberturas jornalísticas⁸⁸ fossem levadas ao conhecimento do judiciário com o fito de impedir a sua publicação e conseqüente causação de danos. Desse modo, todos os conflitos existentes seriam resolvidos pela responsabilidade civil.

Ao reconhecer que os direitos de personalidade estão no mesmo plano da liberdade de expressão, implicitamente fica aberta a possibilidade de controle *a priori* das matérias a serem veiculadas na imprensa. Embora nenhum Ministro faça menção direta a uma possibilidade do judiciário impedir a publicação de uma matéria, esta possibilidade fica implícita nos votos proferidos, uma vez identificada uma extrapolação da liberdade de expressão.

O importante disso no presente estudo é que essa verificação *a priori* não afasta a utilização de conceitos aqui lançados, como o dever de veracidade, de pertinência. No momento de decidir sobre a liberação ou não da veiculação de uma matéria jornalística, o juiz estará verificando a possibilidade daquela matéria causar dano, se existirá o nexo causal entre a matéria e o dano e se existiria culpa por parte da empresa jornalística. Vale dizer que não haveria justificação de impedir a publicação de uma matéria que não tem condão de causar dano à suposta vítima.

Outra questão importante é a definição das regras de direito civil com aquelas aplicáveis à responsabilidade de imprensa. Como já podemos observar no Capítulo 3, o sistema de responsabilidade civil é bastante desenvolvido, com conceitos e pressupostos coerentes com a atuação da imprensa conforme pretendida para a estabilização do regime democrático. Não existe incongruência entre o sistema da responsabilidade civil subjetiva e o papel da imprensa, pelo contrário, a utilização da culpa, entendida como a violação de um dever específico para atuação da imprensa, para caracterizar a atuação ilícita dos meios de comunicação é viável e salutar para o bom jornalismo.

Como bem salientado pelo Ministro Carlos Britto, cabe à sociedade fiscalizar a atuação da imprensa, para que esta esteja sempre em conformidade com o papel constitucional desta instituição. O Relator aponta como principal modo de fiscalização e controle o que apelidamos de “método IBOPE”, ou seja, através da audiência. Segundo o Ministro, haveria uma espécie de “seleção natural” entre as

⁸⁸ Aqui se entende cobertura jornalística como a série de reportagens acerca de um mesmo fato. Nesse caso, após a veiculação de uma matéria sobre um determinado acontecimento, este é levado ao judiciário com o intuito de inibir novas publicações sobre esse mesmo fato. Seria uma maneira judicial de evitar a extensão de um dano que ao individuo entende estar sofrendo.

empresas jornalísticas, sendo que somente aquelas que praticassem um jornalismo verdadeiro e conseqüente conseguiriam manter um público fiel e interessado e assim se viabilizariam financeiramente. Aquelas empresas se mostrassem idôneas à sociedade não conseguiriam vender seu produto e, via de regra, não mais conseguiriam se sustentar economicamente.

Sem dúvida esta é uma das ferramentas da sociedade na busca de firmar empresas jornalísticas idôneas e afastar aquelas que considera prejudiciais ao regime democrático. Agora, deve-se ver a ação de reparação de danos como uma forma do cidadão comum fiscalizar a atuação da empresa. Não podemos compartilhar da idéia que um bom jornalismo pode prejudicar um indivíduo e ainda assim cumprir o seu papel junto à sociedade. Existem maneiras de transmitir informações jornalísticas sobre um determinado cidadão, mesmo que digam respeito à sua intimidade, sem que isso seja considerado ato ilícito e dê ensejo à reparação dos danos. Verificamos no Capítulo 3 para caracterização do ilícito da imprensa é necessário o preenchimento de pressupostos largamente desenvolvido na nossa doutrina, especificamente transpostos ao regime da imprensa conforme entendida hoje, de maneira a impedir uma atuação ilícita, e nunca a própria atuação.

Fica claro que aquilo que deve ser coibido, inclusive judicialmente, é atuação ilícita da imprensa, o que nada tem a ver com a sua liberdade, mas sim com a sua responsabilidade. Importante assentar que a responsabilidade civil da imprensa nunca deve ser enxergada com uma limitação à sua liberdade, mesmo que, se utilizada de forma indiscriminada, possa acabar se tornando.

Assim, não é possível concordar com o Ministro Relator quando este afirma que as indenizações devam diminuídas em função da liberdade de imprensa. É uma das funções da imprensa informar lícitamente. E se for necessário causar dano, e se esse dano for comprovadamente a benefício da sociedade, não haverá culpa e, em conseqüência, não haverá dever de indenizar.

Voltamos a frisar que a Constituição de 1988 e agora o entendimento esposado na decisão do Supremo Tribunal Federal emprestou à imprensa-instituição um papel central no Estado Democrático de Direito e, assim como todas as instituições, não deve ter sua atuação acima das limitações legais. Como bem salientado pelo Ministro Menezes de Direito, quando uma instituição ganha ares de infalibilidade pelo fato de não sofrer as conseqüências de seus atos, começa a se

achar infalível. Assim, “quanto mais forte se põe a instituição, mais frágil se torna”⁸⁹, uma vez que cria uma “sensação de permanente acerto”⁹⁰.

Assim, entendemos que não basta apenas o controle social da atuação da imprensa, esse controle individual, baseado na motivação pessoal da vítima de um abuso também é de suma importância para termos uma imprensa livre e responsável, que goze de liberdade mas sempre respeitando os direitos individuais dos cidadãos.

⁸⁹ Ministro Menezes de Direito em voto proferido na ADPF 130/DF, fl. 92.

⁹⁰ Ministro Menezes de Direito em voto proferido na ADPF 130/DF, fl. 92.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. 118 páginas.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2010. 588 páginas.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. 20ª Ed. Ver. e aum. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. 477 páginas.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade civil nos meios de comunicação**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 664 páginas.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. 507 páginas.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. 559 páginas.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 1042 páginas.

GUERRA, Sidney. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 214 páginas.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: O novo código civil e a lei de imprensa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. 320 páginas.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à lei de imprensa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. 490 páginas. v.1.

NEVES, Francisco de Assis Serrano. **Direito de Imprensa**. São Paulo: Bushatsky, 1977. 470 páginas.

NOBRE, Freitas. **Imprensa e liberdade**: os princípios constitucionais e a nova legislação. São Paulo: Summus, 1988. 97 páginas. (Coleção novas buscas em comunicação, v. 26)

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Ferreira. **Liberdade de comunicação**: perspectiva constitucional. Porto Alegre: Nova Prova, 2000. 112 páginas.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 963 páginas.

SODRÉ, Nelson Werneck. **História da imprensa no Brasil**. 4. Ed [atualizada]. Rio de Janeiro: Mauad, 1999. 519 páginas. (Título da série, 5).

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. 224 páginas.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009. 612 páginas.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010. 376 páginas (Coleção direito civil, v. 4)

Julgados

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º 130 Distrito Federal*. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em 30 de abril de 2009. DJ em 06/11/2009, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>> Acesso em: 14 de outubro de 2010.

Legislação

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 de outubro 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2010.

BRASIL. Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5250.htm>>. Acessado em 18 de outubro de 2010.