

SEÇÃO CÍVEL

Algumas considerações sobre a atual Lei de Imprensa e a indenização por dano moral

ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*)
Professor - SP

I – Lei de Imprensa e interpretação conforme à Constituição. Legitimidade passiva e responsabilidade civil de jornalista, quando autor de texto assinado

Constitui, no presente momento, um verdadeiro lugar comum, entre os autores que tratam do dano moral, a afirmação de que os incisos V e X, do art 5º, da Constituição da República, vieram dar definitiva consagração à indenização por dano moral. Evitando citar muitos autores, lembramos, por todos, Caio Mario da Silva Pereira (“Responsabilidade Civil”, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1990, nº 48, pág 65): “A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação de dano moral”. Ora, diante de novo quadro normativo constitucional, não resta dúvida de que deve haver releitura das regras da Lei de Imprensa, a fim de compatibilizá-las com a Constituição da República. É o que se denomina de “interpretação conforme à Constituição”. Segundo se expressa Karl Engisch, em “Introdução ao Pensamento Jurídico” (6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág 322): “Wengler mostrou como, em toda parte do mundo, as modificações das circunstâncias de fato, das concepções políticas, culturais e morais, e sobretudo ainda da restante legislação pela qual a regra jurídica em questão como que se encontra rodeada, conduzem, sem a intervenção de uma especial *lex posterior*, à rejeição do direito contrário aos princípios, isto é, em contradição com os novos princípios. O espírito da nova legislação exorcizará o direito antigo, formal, que ainda se encontra em vigor”. Salientamos que o autor, nesse trecho, está se referindo a uma espécie de “novo entendi-

(*) Titular da Faculdade de Direito da USP

mento”, e não, à revogação, das leis antigas, tendo em vista o “espírito” da nova legislação -- essa nova legislação, aí, não é sequer uma legislação de hierarquia mais alta, como a Constituição. Há, pois, que se entender que esse movimento de renovação, pela interpretação, há de ser ainda mais forte quando a legislação, pela qual a lei anterior está “rodeada”, é, na verdade, superior a ela, isto é, a própria Constituição. De fato, escreve ainda Engisch - citando uma fórmula de Wengler - que, em 1949, tinha em vista a Alemanha Federal que acabava de sair do regime nacional-socialista, quando havia ainda em vigência muitas leis da situação anterior: “Aquilo que não for conciliável com estes pensamentos ou idéias fundamentais não terá aplicação”. Continua o mesmo autor: “Uma forma menos ampla de adaptação do antigo direito à nova situação jurídica global seria a já acima referida interpretação, conforme à Constituição, na medida em que esta interpretação se refira a direito pré-constitucional, e não só o interprete, em sentido estrito, como também o complemente ou desenvolva com vista a harmonizá-lo, quanto ao seu conteúdo, com os princípios da Constituição agora vigente e com os princípios das novas leis, interpretando estas de conformidade com aquela”

Segue-se do exposto que, entre nós, a Lei de Imprensa, de 1967, não há de permanecer impermeável ao espírito da Constituição de 1988. Aquela lei, publicada durante o regime militar, procurou compensar as restrições à liberdade de informação e manifestação do pensamento com regras que levavam a uma parcial irresponsabilidade da empresa e do jornalista, mas não pode, hoje, deixar de sofrer a “interpretação conforme à Constituição”. O espírito da nova Carta é de plena liberdade de expressão e, em consequência, de plena responsabilidade dos autores dessa expressão. O jornalista, hoje, é responsável por tudo que assina. Aliás, a nosso ver, até mesmo antes da Constituição de 88, nos casos de dolo, não havia limitação alguma, porque o artigo específico da responsabilidade dos jornalistas, o art 51 da Lei de Imprensa, distingue entre dolo e culpa em sentido estrito. Como quer que seja, a responsabilidade por dolo, - e responsabilidade legalmente ilimitada, -- é, hoje, inquestionável.

Recentemente, tendo em vista o advento da Constituição, em acórdão sobre responsabilidade civil e Lei de Imprensa, teve o relator, Desembargador J. Roberto Bedran (Ap Cível nº 256 397-1/7-00, de 28.5.96, 2ª Câmara de Direito Privado), as seguintes palavras: “Nesta contingência, o jornal atuou com manifesta culpa. Cuidando-se de reportagem policial, cabia à empresa jornalística maior prudência e cautela na divulgação da fotografia, de forma a evitar a indevida e nem sequer autorizada reprodução da imagem pessoal do autor. De se ponderar, a propósito, que se a liberdade de imprensa representa princípio constitucional, não é menos certo caber ser desempenhada com responsabilidade e o maior respeito à dignidade alheia, de modo a não causar ofensas à honra e à intimidade das pessoas, direitos individuais igualmente protegidos e assegurados pela Magna Carta”. Também em artigo recente (Revista dos Tribunais, nº 729, de julho de 1996), escreve Antonio Chaves, citando decisão da 4ª Câmara do TJSP (20.12.90), de que foi relator o Desembargador Ney Almada: “A CF/88, no entanto - e em boa hora, visto que, segundo acreditamos, a limitação do valor da indenização por dano moral prevista nos arts 51 e 52 da Lei nº 5.250/67 deveu-se aos longos e habilidosos trabalhos desenvolvidos pelas poderosas empresas que atuam no campo das comunicações - estabeleceu a inviolabilidade da honra, assegurando o direito de indenização do dano moral decorrente de ofensa praticada contra ela e determinou que seu montante será proporcional ao agravo sofrido (CF/88, art 5º, incs V e X). Na demonstração de que aqueles dispositivos tornaram-se ineficazes, por incompatíveis com a nova ordem jurídica, restabelecendo-se então o critério de que a indenização por dano moral, a exemplo daquela devida por dano material, deve ser a mais ampla possível, dentro do texto do art 159 do CC, transcrevem, os autores do texto comentado, a fundamentação do aludido acórdão da 4ª Câmara: ... a composição do dano moral poderá, em termos, aproveitar-

se do critério preconizado na Lei de Imprensa, mas terá por alicerce primacial o lapidar preceito do CC, art. 159. O pedido de ressarcimento é, de regra, genérico, porque a indenização deve ser a mais ampla possível!

Por outro lado -- é um segundo aspecto e é também o que se deduz dos trechos citados --, não há alternativa, isto é, proposição disjuntiva, entre o art. 159 do Código Civil e a Lei de Imprensa, interpretada conforme a Constituição. Generalizou-se, hoje, o emprego da expressão "micro-sistema", sem que, porém, autores esclareçam qual o exato significado dessa expressão; a nosso ver, micro-sistema exige órgão de **input** e de **output** (como no direito do consumidor, em que há "operadores"/consumidores, de um lado, e "Procons" e entidades especializadas, de outro), o que não ocorre em matéria de imprensa. A Lei de Imprensa não é um micro-sistema; ela é, antes, uma "unidade normativa". Todavia, micro-sistema ou unidade normativa, não se pode entender essa lei como autônoma, infensa a qualquer interação com o Código Civil. As duas legislações, atualmente, não se excluem; completam-se. O advento da Constituição, "terceira dimensão do ordenamento jurídico", no dizer de De los Mozos, "acima dos macro-sistemas de direito público e de direito privado", tornou evidente o quanto é necessária a articulação da verdadeira cláusula geral de responsabilidade civil, que é o art. 159 do Código Civil, com o restante das normas sobre o mesmo assunto.

Há, ainda, um terceiro aspecto, isto é, outra questão teórica que merece uma consideração maior por parte da doutrina e dos operadores de direito; é que pode-se dizer que, no Brasil, através dos incisos V e X, do art. 5º, da Carta Magna, deu-se a constitucionalização do art. 159, do Código Civil. Trata-se do fenômeno conhecido como "direito civil constitucional" (sobre isso, veja-se, na Itália, Francesco Galgano, "Il diritto privato fra Codice e Costituzione", Bolonha, Zanichelli, 1979, além dos vários trabalhos de Perlingieri e os da "Rivista di Diritto Civile", de 1980, Parte Prima; na França, François Luchaire, ex-membro da Corte Constitucional, na "Revue Française de Droit Constitutionnel", de 1982, com longo artigo "Les fondements constitutionnels du droit civil", e Bertrand Mathieu, na "Revue Trimestrielle de Droit Civil", nº 1, de 1994, com "Droit constitutionnel et droit civil", e, ainda, entre nós, Maria Celina B. M. Tepedino, na "Revista de Direito Civil", nº 65, de 1993, "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", e Julio Cesar Rivera, na "Revista dos Tribunais", nº 725, de 1996, "El derecho privado constitucional", entre outros).

Ora, com essas premissas, é inconstitucional admitir que o autor de texto assinado não responda por seus atos. Ou seja, é inconstitucional entender que somente a empresa jornalística tem responsabilidade. Está, pois, certíssima a recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Dano moral - Matéria jornalística - Propositura contra o articulista - Indeferimento da inicial - Fundamentação na legitimidade passiva da empresa jornalística - Decisão anulada - Citação do jornalista determinada - Tratando-se de ação indenitária fundada em conteúdo jornalístico, tem o autor legítimo interesse, econômico e moral, de perseguir a condenação do ofensor, não lhe interessando a condenação da empresa que publica o artigo. Dessa forma, precipitou-se o Juiz ao indeferir a inicial ao fundamento de que somente a empresa jornalística responde pelas reportagens inseridas nas páginas que edita. Melhor admitir, pelo menos até pronunciamento do jornalista que sequer foi citado, o desenvolvimento da relação processual sem freios, para, somente depois de muita reflexão sobre os efeitos, legítimos ou nocivos a depender do critério subjetivo do julgador, da impunidade civil direta de quem escreve em jornais, lançar decisão definitiva sobre a ilegitimidade passiva (TJSP - 3.ª Câmara de Direito Privado; Ap. Cível nº 261.864-1/0-SP; Rel. Des. Ênio Zuliani; j. 8/10/1996; v.u.; ementa)".

Um escrito ofensivo é, em princípio - eis que ato consciente e querido --, ato doloso. Vigora a máxima **malitia non est indulgendum**. A irresponsabilidade equivaleria a dar, previamente, uma autorização para delinquir. Reconhecer irresponsabilidade civil por

dolo é absurdo jurídico. Escrevendo sobre a possibilidade de, num contrato, estar determinada a irresponsabilidade por dolo (como, **ad argumentandum**, estaria na Lei de Imprensa), afirma Aguiar Dias ("Cláusula de Não-Indenizar", 3ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1976, pág. 116): "É repugnante, com efeito, ao senso jurídico e à regra moral admitir a impunidade do dolo, até porque... (omissis)". No mesmo sentido, Ana Prata ("Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual", Almedina, Coimbra, 1985, pág. 288): "O que é inadmissível não é incumprir, mas sim fazê-lo dolosamente: o que a ordem jurídica tutela prioritariamente é uma certa forma de conduta e fá-lo punindo todas aquelas que lhe são desconformes. O devedor não pode, pois, reservar-se o direito de actuar dolosamente. E o credor não pode, por seu lado, prescindir de um instrumento de sanção, que não se destina a salvaguardar o seu interesse, mas o interesse social da repressão e prevenção de condutas intencionais ilícitas". Sobre a responsabilidade pré-contratual, pedindo desculpas pela auto-citação, também já escrevemos, em idêntica linha de pensamento (relatório brasileiro para os "Travaux de l'Association Henri Capitant" sobre a boa fé -- La bonne foi, Litec, Paris, Tome XLIII, 1992, pág. 83): La conclusion que l'on peut tirer des paragraphes précédents c'est que la responsabilité extracontractuelle pour dol est inamovible, car la clause de non indemnisation n'autorise pas la pratique de l'acte illicite, mais cette même responsabilité peut être éliminée le cas échéant de l'acte coupable".

Na verdade, ainda que se faça abstração do "espírito da Constituição" e da constitucionalização dessa verdadeira cláusula geral da responsabilidade civil que é o art. 159 do Código Civil, posicionar-se pela ilegitimidade passiva dos jornalistas, pessoas físicas, não corresponde a um bom entendimento da própria Lei. Nela, a norma, que prevê a responsabilidade das empresas jornalísticas e, inclusive, ação regressiva contra o autor do escrito (art. 50, da Lei de Imprensa), de forma alguma exclui a responsabilidade do autor. Não há nenhum preceito nesse sentido. O inverso é que é verdadeiro, porque seria contrário à economia processual não admitir, desde logo, se há possibilidade de ação regressiva, a inclusão do autor do escrito na inicial. Mais ainda: a possibilidade de agir contra a empresa é uma faculdade, dada pela Lei à vítima, para lhe facilitar o futuro recebimento de indenização. Trata-se somente de garantir maior idoneidade financeira à responsabilidade; por isso, escreve Darcy Arruda Miranda ("Comentários à Lei de Imprensa", 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1995, nº 723, pág. 745): "Nº 723 - Quem responde pela reparação do dano - Preceitua o § 2º do art. 49 desta Lei que se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal periódico ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação, com direito à ação regressiva contra o autor do escrito ou transmissão incriminada. Nessas condições, a ação civil deverá ser proposta contra a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação, ou divulgação, o que não impede que se mova a ação diretamente contra o autor, desde que idôneo financeiramente".

Cumpra salientar, por fim, que as últimas decisões dos Tribunais, admitindo ilegitimidade passiva de pessoa física, se examinadas com cuidado - por exemplo, o rec. especial nº 11.884-0, de que foi relator o Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, publicado no Boletim 1874, da AASP -, revelam que não se trata, nessas hipóteses, de publicação de texto assinado, mas sim, de entrevistas ou reportagens em que as palavras, postas na boca do pseudo-ofensor, podem ter sido deturpadas pelo meio de comunicação; nesses casos, a ilegitimidade resulta da razão evidente de que o possível autor das ofensas, ao contrário do que acontece com os textos assinados, não assumiu expressamente a responsabilidade do que lhe foi atribuído.

Em síntese, terminando esta parte: diante, atualmente, das normas da Constituição da República e tratando-se de publicação de matéria assinada, de ato praticado com dolo,

não é possível interpretar a Lei de Imprensa com oposição ao art 159 do Código Civil e reconhecer ilegitimidade passiva aos jornalistas, pessoas físicas, por ofensas causadoras de dano moral.

II – Conflito de princípios jurídicos. Liberdade de informação e liberdade de manifestação do pensamento. Preservação da imagem e da dignidade humana. Controle social pelos tribunais

O exame dos setenta e sete incisos do art 5º, da Constituição da República, revela, logo à primeira leitura, que são muitas as possibilidades de conflito entre eles. Ora, partindo da diferença entre princípio e regra, estabelecida inicialmente por Dworkin ("Taking Rights Seriously", 5ª edição, Londres, Duckworth, 1987; também Eros Grau, "Contribuição para a Interpretação e a Crítica da Ordem Econômica na Constituição de 1988", tese, 1990, pág 107 e segs, e, ainda, Larenz, "Derecho Justo", Civitas, 1985, passim), tem sido dito e repetido que o conflito entre princípios jurídicos não tem a mesma solução normativa que o conflito entre regras. No caso do conflito entre estas, o que se afirma é que ele é solucionado pela tradicional norma 'lex posterior derogat priori' (§ 1º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil); havendo conflito, a regra posterior exclui, do ordenamento, a anterior, ou seja, a regra vitoriosa simplesmente expulsa a vencida, do sistema. No caso de conflito de princípios jurídicos, porém, e diferentemente, um não exclui o outro; ambos, ainda depois do conflito instaurado, continuam vigentes mas é evidente que, no caso concreto, o juiz há de dar precedência a um, em detrimento do outro. É como escolher? É preciso estabelecer uma hierarquia axiológica, que não está muito clara na Constituição Federal, embora, a nosso ver, ela exista (sobre hierarquia axiológica, tratam o livro "A Interpretação Sistemática do Direito", de Juarez Freitas, professor gaúcho, e o artigo "Sobre a Interpretação Sistemática do Direito", de Alexandre Pasqualini, na "Ajuris", nº 65, de 1995).

Em matéria de imprensa, pode ocorrer a hipótese de um conflito entre, de um lado, os princípios da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de informação (incisos IX e XIV, do art 5º, da C.R.) e, de outro, os princípios de preservação da imagem e da dignidade humana (incisos V e X, do art. 5º, da C.R.). Nesse conflito de princípios – todos os "direitos individuais e coletivos" do art 5º –, o trabalho do julgador tem de ser delicado, cuidadoso, paciente e, especialmente, tratando-se de tribunal, há de não perder de vista as conseqüências sociais, quer no sentido de fixar precedentes quer no sentido de dar indicação sobre qual deva ser, em situações semelhantes, o comportamento futuro dos interessados. Ora, a nosso ver, e cumpre afirmar desde logo, o princípio da dignidade humana, por ser constitucionalmente "princípio fundamental" – estando previsto, com essa formulação, logo no art 1º, da Constituição da República –, há de ter precedência a qualquer outro princípio, em caso de conflito. Nesse sentido, a liberdade de manifestação do pensamento, – mais do que, propriamente, a liberdade de informação, que é limitada, antes, pelo interesse público – não pode ultrapassar os limites decorrentes do "princípio fundamental", que é o da dignidade humana. A Constituição da República fixa com mais clareza os limites de liberdade de informação (§ 1º, do art 220) que os da liberdade de manifestação do pensamento (art 220, caput).

As modernas investigações sobre norma e hermenêutica não deixam de salientar, quanto à primeira, a norma que a lei não é somente uma ordem, ou um comando, mas também um "modelo", isto é, uma indicação na qual as pessoas procuram orientação sobre como devem se comportar (Antoine Jeammaud, "A Norma Jurídica como Modelo" in "Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul", nº 10, 1994, pág. 79). Por isso mesmo, quanto à segunda – a hermenêutica – faz-se a observação que as decisões, especialmente as dos tribunais, devem levar em conta não

somente os métodos tradicionais de interpretação – gramatical, lógico, sistemático, teleológico, histórico –, mas também suas repercussões, sabendo que os interessados se guiarão pelas decisões, para resolver, no futuro, qual o comportamento a seguir. Por outras palavras, um acórdão, segundo a moderna hermenêutica, não decide, na verdade, somente sobre fatos passados, "fazendo justiça" limitadamente àquela situação isolada, considerada como se fosse um átomo, mas estende-se a todo o seu contexto e, ainda, ao futuro.

Ora, para o bom controle do exercício da liberdade de imprensa, os tribunais devem, pois, agir didaticamente e distinguir entre liberdade de informação, ou de informar, e liberdade de manifestação de pensamento, ambas espécies da liberdade de expressão. A primeira é objetiva (tanto quanto possível) e a segunda se fundamenta em forte subjetivismo; daí, merecerem tratamento diferente. Havendo interesse público, o político, no regime democrático, não pode escapar do exercício jornalístico da primeira, mas, sobre a segunda, se envolve pessoas, há de pesar a limitação do "princípio fundamental" da dignidade humana. Não é possível, a pretexto de liberdade de manifestação de pensamento, qualquer um dizer, sobre qualquer pessoa, ainda que homem público, tudo o que pensa. Afinal – e esse é o sentido geral destas considerações –, a liberdade de imprensa, independentemente do teor da lei vigente, ou até mesmo da nova lei em elaboração, não pode deixar de ter certos parâmetros fundados em princípios ético-jurídicos, como a responsabilidade civil dos autores de artigos assinados e o respeito à dignidade humana nas manifestações de pensamento envolvendo pessoas.