

Colli
Orsatti
Daniachi
Wolff

Colli
Orsatti
Daniachi
Wolff
SOCIEDADE
DE ADVOGADOS

156

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO 18ª VARA
CIVEL DO FORUM CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO-SP.

Página | 1

Sim em termos, recebo o presente recurso
em seus regulares efeitos. Vista para contra-
razões e, após, subam os autos à Superior
Instância observadas as formalidades legais.
São Paulo

TJSP-18ª OFICINA CIVIL-24/JAN/2012 17:09-000001-3/2

PROCESSO Nº 583.00.2011.201.838-5

CONTROLE Nº 8250/2011

RAFAEL BASTOS HOCSMAN, já

qualificado nos autos em epígrafe, não se conformando "*data maxima venia*"
com a decisão proferida de fls., com fulcro nos artigos 513 e seguintes, em
especial o artigo 520 do Código Processo Civil, interpor o Recurso de Apelação,
cujas razões seguem anexo.

Face a tempestividade e a presença dos demais
elementos de admissibilidade deste recurso, requer a Vossa Excelência que o
receba em ambos os efeitos (suspensivo e devolutivo) e faça juntar aos autos,

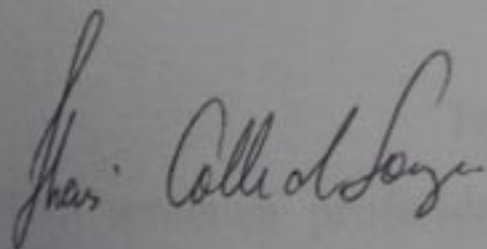
Al. Santos, 2335 Conj. 81 Cerqueira César
CEP 01419-002 São Paulo - SP
0262-4888 Fax 55 11 3061-4086

...tendo-o, após as formalidade de praxe, ao juiz "ad quem" para que conheça
de provimento para reformar a sentença ora impugnada.

Ante o exposto, requer o recebimento do Recurso de Apelação a fim de que posteriormente remeta-o a Superior
Página | 2
Poder Judiciário.

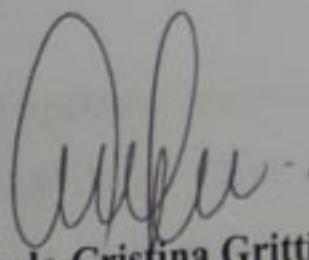
Termos em que
Pede deferimento,

São Paulo, 18 de Janeiro de 2012.



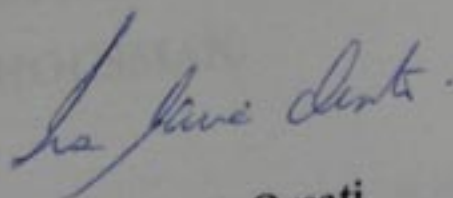
Thais Colli de Souza

OAB/SP 174.063



Carla Cristina Gritti

OAB/SP 278.461



Iva Maria Orsatti

OAB/SP 195.349

RAZÕES DE APELAÇÃO

VARA DE ORIGEM: 18ª Vara Cível do Fórum Central da Comarca da Capital - SP.

AUTOS DO PROCESSO ORDINÁRIO- n.º 583.00.2011.201.838-5

APELANTE: RAFAEL BASTOS HOCSMAN

APELADOS: MARCOS BUAIZ e WANESSA GODOI CAMARGO BUAIZ

Página | 3

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara,

Doutos Julgadores.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a respeitável sentença proferida pelo M. Juiz da 18ª Vara Cível do Fórum Central da Comarca da Capital, nos autos da ação da Ação de Indenização que MARCOS BUAIZ e WANESSA GODOI CAMARGO BUAIZ, movem em face de RAFAEL BASTOS HOCSMAN.

Em que pesem os conhecimentos jurídicos do eminente juiz "*a quo*", não merece prosperar da decisão em comento.

A r. sentença proferida pelo M. Juiz merece ser reformada integralmente, em favor do apelante, pelos motivos que a seguir passa a expor.

136

• **BREVE RESUMO DOS FATOS ALEGADOS**

Os apelados propuseram a presente Ação de Indenização, pleiteando o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em razão de supostas ofensas proferidas pelo Apelante no programa "CQC – CUSTE O QUE CUSTAR" veiculado no dia 19 de setembro p.p., conhecido programa de humor. Página | 4

Ocorre que os Apelados interpretaram a frase proferida pelo Apelante, argumentando que não se tratava de uma piada, mas de uma ofensa proferida contra os Apelados.

O D. Magistrado proferiu sentença na qual condenou o Apelante ao pagamento de 10 (dez) salários mínimos para cada Apelado.

Entretanto é cediço que a frase de humor, dita em programa de humor, não poderia configurar ilícito, nem merecer repressão ou reparação conforme passamos a expor, motivo pelo qual a sentença há de ser reformada.

**DA ILEGITIMIDADE ATIVA DO NASCITURO e DA INEXISTÊNCIA
DE DANO:**

Página | 5

**"A FIGURA DA PESSOA SURGIDA COM A CONCEPÇÃO
EMBRIONÁRIA, ANTECEDE A PERSONALIDADE CIVIL(...)"** (trecho
extraído da sentença proferida pelo Magistrado "a quo").

No que concerne a ilegitimidade do nascituro,
em que pese o entendimento do D. Magistrado "a quo", tal entendimento não
merece prosperar.

É sabido que: *"A personalidade civil da pessoa
começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os
direitos do nascituro"*. (Art. 2º do Código Civil de 2002)

Ao nascituro se confere apenas mera
expectativa de direito, só fazendo jus à personalidade após o nascimento com
vida (art. 2º, 1ª parte do CC/02), assim reconhece a teoria natalista, que entende
que o feto adquire direitos a partir do seu nascimento com vida.

O fato do nascituro já ter nascido em nada altera
a alegação visto que apura-se o fato ocorrido enquanto ele ainda se encontrava
no ventre materno.

Portanto, se o nascituro não é titular de
direitos subjetivos, não será também, ainda que por ficção, possuidor.

Para José Carlos Moreira Alves, em um
posicionamento mais alinhado com a teoria natalista, "não há, nunca houve,

direito do nascituro, mas, simples, puramente, expectativas de direito, que se lhe protegem, se lhe garantem, num efeito preliminar, provisório, numa Vorwirkung, porque essa garantia, essa proteção é inerente e é essencial à expectativa do direito(...)".ⁱ

Página | 6

A circunstância de não ter nascido quando da propositura da ação, restringiu a capacidade do nascituro, e mais a circunstância de não ter nascido quando do ato praticado, impede que o nascituro sofra algo diante do ocorrido.

O nascituro não possui sensibilidade suficiente que lhe possibilite ser vítima de dano moral!

Assim, mais razoável o entendimento no sentido de que, considerado o conceito de dano moral aliado aos efeitos do ato, deverá ser efetivamente aquilatada a repercussão efetiva na personalidade da vítima e sua aptidão para assimilar tais efeitos de modo perceptivo.

Além disso, a relação quantitativamente menor de situações que o nascituro pode titularizar, em comparação com as pessoas nascidas, advém de sua condição de ser humano em formação. Sua capacidade de gozo era, pois, menor que a das pessoas nascidas.

Segundo Maria Helena Diniz, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que se refere aos direitos personalíssimos, passando a ter personalidade jurídica material, adquirindo os direitos patrimoniais, somente, quando do nascimento com vida.

Neste caso se reveste de especial interesse o significado que o judiciário atribuirá à expressão "dano moral". Pois se

entendermos o dano moral como uma tristeza e abatimento (sentido psicológico), o nascituro, ou ainda o bebê não tem como sentir-se ofendido pela piada, trata-se de punir o Apelante, por uma presunção de dano, o que a legislação não permite.

Página | 7

Vejam Excelência, para que seja configurado o Dano Moral, é imprescindível que tenha havido a dor, o sofrimento, a comoção da própria pessoa. No caso do nascituro, a ausência de sensibilidade para qualquer tipo de sentimento moral é latente!

Além disso, não se pode presumir dano moral, ou ele existe, ou não, como então aceitar o nascituro no pólo ativo da presente demanda, diante da absoluta impossibilidade de atribuir-lhe o alegado dano.

O Plenário do STF, no julgamento da **ADIN 3.510**, declarou a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005):

"O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa.(...) Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...)O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição." ii

Vale ressaltar o conceito de nascituro e o *dies a quo* que fixa o começo da personalidade humana:

1. O atributo jurídico da pessoa passa a existir a partir do momento em que o feto sai do ventre da mãe, quer por parto natural, induzido ou artificial, e tenha vida.

2. É a vida que dá a personalidade jurídica da pessoa.
3. Muito embora o embrião já tenha nascido, quando da propositura da ação, este não poderia configurar no polo ativo da presente ação!

Página | 8

SENDO ASSIM, DA CONCEPÇÃO ATÉ O NASCIMENTO COM VIDA, O EMBRIÃO É UM NASCITURO, GERADO E CONCEBIDO COM EXISTÊNCIA NO VENTRE MATERNO; NEM POR ISTO PODE SER CONSIDERADO COMO PESSOA.

É certo que existe diferença entre a criança já nascida e o nascituro, a diferença é fática e independe de lei que a reconheça, o direito por sua vez deve apenas acompanhar a diferença estabelecida pela própria vida.

O professor Washington de Barros Monteiro, com a experiência de um grande civilista esclarece:

“Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.” ⁱⁱⁱ

Muito embora existam duas correntes doutrinárias sobre o início da personalidade humana, a natalista e a concepcionista, o sistema

158/

positivo nacional adotou a primeira, que *"reconhece o início da personalidade no nascimento com vida, reservada para o nascituro uma expectativa de direito"*. No mesmo sentido se coaduna o entendimento de outros juristas de renome.^{iv}

Página | 9

O que a legislação resguarda são alguns direitos do nascituro, entretanto, a condenação sofrida pelo apelante, de indenizar o nascituro, agora recém nascido, se funda em um dano que este NÃO sofreu, portanto além de ser parte ilegítima, também não que se falar na ocorrência de um dano.

Percebe-se que, nos acórdãos, há uma tendência do julgador em adotar as teorias natalista ou da personalidade condicional, considerando a "ausência de personalidade" como questão prejudicial.

Exemplos típicos são os julgados abaixo transcritos:

"Responsabilidade civil – Acidente de trânsito – Seguro obrigatório de veículos automotores – Danos letais – Nascituro. Sumaríssima de reparação de danos letais causados à mulher grávida e a seu feto. Reconhecido que fora o direito ao seguro obrigatório, este reconhecimento não se estende ao nascituro, que não é pessoa nem sujeito de direito".^v

"Há uma expectativa de direito em relação ao nascimento do feto. Personalidade jurídica só inicia-se com o nascimento com vida."^{vi}

Em vista de todo o exposto requer-se seja reconhecida a ilegitimidade de parte do nascituro/bebê, sendo este excluído da lide por falta de personalidade jurídica para ingressar como Requerente/Apelado

da presente ação, ou ainda, que reconheçam que não houve dano praticado contra este.

• DO PERFIL DO APELANTE

Página | 10

Inicialmente, cumpre esclarecer que o **Custe o Que Custar** (mais conhecido pela sua sigla, **CQC**) é um **PROGRAMA DE HUMORÍSTICO TELEVISÃO**, de frequência semanal, que trata os fatos políticos, artísticos e esportivos da semana com pitadas satíricas e humorísticas.

Faz parte do programa o quadro "**PROTESTE JÁ**", no qual o Apelante apresentou por alguns anos e que examina assuntos e denúncias de enorme interesse público e social, tais como a qualidade nos transportes públicos de Brasília, bairro em Taubaté construído sobre lixão, funcionários fantasmas no município de Cotia, super-faturamento da merenda escolar em Mairiporã. Ainda, matéria sobre uma TV doada pelo programa a uma escola do município de Barueri que foi parar na casa de uma funcionária da escola (links em anexo).

O Apelante participou também do bem sucedido programa "**A LIGA**", de grande alcance social, vivenciando situações limites em quadros em que entram em cena a surpresa, a indignação, a reflexão e a opinião.

Assim, passou quase dois dias --capturados de longe-- "sem celular, dinheiro, sem nada", entre pessoas que moram nas ruas para "mostrar o que a gente vê todo dia, mas não imagina como é, para mostrar a vida dos moradores de rua.

1606

O D. Magistrado, em fls. 138, fundamenta sua decisão no seguinte sentido:

Página | 11

“a liberdade de imprensa há de ser exercida com responsabilidade, atento o jornalista aos relevantes serviços que presta – imprescindíveis mesmo, mormente nos tempos que correm, quando a boa imprensa e os bons jornalistas, têm se esmerado em denunciar desmandos e ilegalidades, com real proveito para a nacionalidade” (trecho extraído da sentença recorrida)

Vejam, que o Apelante se encaixa totalmente na descrição acima indicada.

Acredita-se que o D. Magistrado não tenha observado que através do Apelante, no programa **A LIGA**, veiculado em 16/08/2011, que foi formulada a denúncia contra a rede **ZARA**, de que seria conivente com o trabalho escravo de bolivianos ao contratar serviços de empresas que adotam essa prática. Essa atuação desencadeou a ação do Ministério Público e das autoridades em relação ao gravíssimo problema.

No episódio Origem da Vida, o Apelante acompanhou o parto de uma jovem. Rafael Bastos mostrou o dia a dia de crianças que trabalham no Brasil. Acompanhou por 24 horas da vida de um usuário/viciado em crack e, no episódio SAIR DA RUA o personagem “13”, viciado em crack, deixa as drogas.

Ora, D. Julgadores, após a exposição acima, no que concerne ao trabalho do Apelante, cumpre trazer a baila exatamente as

palavras de CARLOS ALBERTO DI FRANCO, utilizadas pelo D. Magistrado em fls. 140 da sentença: “um jornalista deve ser homem livre, independente, um demolidor de tabus, um questionador do politicamente correto. é o nosso papel. é a nossa missão. é o que uma sociedade espera de nós”.

Página | 12

Desta forma, o trabalho do Apelante na televisão não se limitou as citações mencionadas pelos Apelados. E o que se pode concluir quando assistimos as diversas atuações do Apelante, é que claramente na bancada do programa “CQC”, ele estava atuando de acordo com o que se espera de um humorista, ou seja, fazendo humor.

o D. magistrado, equivocadamente entende que o apelante “violentou a inocência do nascituro”, e a “sacralidade da maternidade”, e mais, informa que “acerca do gracejo, atingiu até mesmo o nascituro, de todos os presentes que deus proporcionou aos homens, nenhum é maior que uma criança – mas disso, lamentavelmente, nem sequer cuidou o irreverente suplicado” (trechos extraídos da sentença ora recorrida)

Acredita-se que o D. Juiz “a quo”, não tenha se atentado ao fato de que o Apelante é um pai zeloso, responsável, amoroso, preocupado, que cuida de sua família que tem bons relacionamentos com seus pais e preza esta convivência.

Em nenhuma hipótese faria qualquer ofensa a magnitude que é ser pai, ou seja, TER UM FILHO!

Os apelados, bem como a sentença, procuraram desqualificar o Apelante, com base no tipo de humor por ele praticado.

Página | 13

Embora se possa desgostar de sua prática humorística, tal enfoque é totalmente preconceituoso e injusto, porque muitas das citações apontadas pelos Apelados deturpam por completo as piadas de Rafinha, que nem sequer diziam respeito a lide.

O julgamento de que o **humor** é distorcido, coloca o direito de expressão do Apelante, nas mãos do Magistrado.

Como bem menciona o Magistrado, tratou-se de HUMOR! E como tal, não se nega a intenção de gracejar.

Cumprе ressaltar que não cabe ao Magistrado o julgamento de que o humor é bom, ou não, mas tão somente seu reconhecimento, que interfere e aclara a intenção do Apelante, que não era ofender os Apelados.

Em matéria de humor, o Colendo Superior de Justiça enfrentou a questão com clareza: “não cabe aos tribunais dizer se o humor praticado é ‘popular’ ou ‘inteligente’, porquanto à crítica artística não se destina o exercício da atividade jurisdicional.”^{vii}

O voto condutor da eminente Ministra Nancy Andrigli é uma verdadeira aula a respeito da questão do humor. Tratava-se de ação de dano moral movida em função de publicação da revista humorística

"Bundas", na qual constava reportagem que teria exposto ao ridículo o Barão Smith de Vasconcelos, chamado de "o Barão da Merda".

O pedido fora julgado improcedente, ao argumento de que é "(...) inadmissível impedir a ironia, a piada, a galhofa, o animus jocandi, próprio da criação artística, com o intuito apenas de fazer rir e não denegrir, desmoralizar, desacreditar ou conspurcar a imagem de quem quer que seja".

O Acórdão que não conheceu do Recurso Especial, tem a seguinte ementa: "*REVISTA DE HUMOR. Animus jocandi, para fazer rir, divertir, ironizar. Não se deve restringir a criação artística ou desestimular os grandes humoristas intelectuais. A matéria publicada não causa 'lesão à alma' ou 'dano material' ao castelo mencionado ou seus donos. Sentença confirmada, apelo desprovido*".

E deixou assentado, na feliz dicção da Ministra Nancy Andrighi:

"Em primeiro lugar, a conduta praticada não carrega a necessária potencialidade lesiva para causar a dor que as recorrentes desejam ver reconhecida, porquanto carecedora da menor seriedade a suposta ofensa perpetrada, estando o texto dentro dos limites daquilo que se entende por prática humorística e em veículo a tal destinado.

Em segundo lugar, conforme demonstrado, nada houve para além de uma crítica genérica de costumes pela reportagem; não houve um ataque pessoal à memória do Barão, porquanto a expressão tida por injuriosa pertence ao domínio público e foi utilizada em sentido meramente alegórico, em total coerência com as finalidades da publicação.

A questão paralela posta pelas recorrentes, a respeito do 'nível' do humor praticado pelo periódico – apontado como 'chulo' – não é tema a ser debatido pelo Judiciário, uma vez que não cabe a este órgão estender-se em análises críticas sobre o talento dos humoristas envolvidos; a prestação jurisdicional deve se limitar a dizer se houve ou não ofensa a direitos morais das pessoas envolvidas pela publicação.

Página | 15

Não cabe ao STJ, portanto, dizer se o humor é 'inteligente' ou 'popular'.

Tal classificação é, de per si, odiosa, porquanto discrimina a atividade humorística não com base nela mesma, mas em função do público que a consome, levando a crer que todos os produtos culturais destinados à parcela menos culta da população são, necessariamente, pejorativos, vulgares, abjetos, se analisados por pessoas de formação intelectual 'superior' – e, só por isso, já dariam ensejo à compensação moral quando envolvessem uma dessas pessoas, categoria na qual as recorrentes expressamente se incluem logo na petição inicial do presente processo (fls. 05).

A tarefa de examinar aquilo que se poderia chamar de 'inteligência' do humor praticado cabe, apenas, aos setores especializados da imprensa, que concedem prêmios aos artistas de acordo com o desempenho por eles demonstrado em suas obras.^{viii}

Também merece destaque a decisão do Colendo Tribunal Federal da 2ª Região que manteve sentença que julgara improcedente ação civil pública movida contra emissora de televisão, afirmando que:

“Ademais, partindo para o conteúdo propriamente dito da fita, detecta-se o indiscutível objetivo da programação, qual seja, fazer humor. Não com as enfermeiras, zombando delas, ofendendo-as, mas, sim, com a contextualização das cenas, envolvendo um sonho tido por um idoso (o grande ator Rogério Cardoso, já falecido), no qual também aparece uma enfermeira sensual. E ser

1656

sensual por si só não é algo ofensivo. Ao ver as cenas, de imediato, perguntamo-nos: Onde está a ofensa? Um senhor não pode desejar sexualmente uma enfermeira? E uma enfermeira não pode desejar um idoso? Onde está a ofensa a ensejar o ajuizamento de uma Ação Civil Pública?

A propósito, nos diversos humorísticos, de toda e qualquer emissora, comediantes, com o indispensável animus jocandi, promovem humor a partir de quadros envolvendo determinadas profissões, o que, por si só, não nos permite concluir que a imagem dos respectivos profissionais seja atingida e humilhada pela programação.

Página | 16

Aliás, apenas para exemplificar, basta lembrar das pilhérias envolvendo políticos, policiais, modelos, jogadores e técnicos de futebol, servidores públicos, atrizes, dentre tantos outros, o que, antes de configurar qualquer atentado à imagem e à honra dessas pessoas, revela que o tempo da censura está ultrapassado, sendo a livre manifestação do pensamento um direito assegurado constitucionalmente.

Até mesmo a figura do atual Presidente da República tem sido objeto de humor por parte de certo programa do mesmo canal de TV, o que nos faz lembrar do saudoso Bussunda."

Vai mais longe o Acórdão, ao afirmar:

"O avanço da sexualidade vivenciado pelo mundo atual não pode ser desprezado pelo aplicador do Direito. Logo, inaceitável acreditar que tais cenas, dentro do contexto humorístico em que foram divulgadas, não sendo elas ofensivas, apelativas ou imorais, possam ser prejudiciais à imagem da categoria. Somente para efeito de ilustração, o tipo penal previsto no art. 233 do Código Penal brasileiro em vigor (Crime de Ato Obsceno) deve ser interpretado à luz do sentimento reinante numa considerada sociedade, já que não será qualquer conduta, com ou sem apelo sexual, que terá aptidão para ofender o bem jurídico penalmente protegido (a moralidade pública). Portanto, citado tipo reclama uma

leitura consentânea aos novos rumos, lição perfeitamente aplicável à situação sob comento.

Por conseguinte, nos dias atuais, não é descabido afirmar que muitos fetiches fazem parte da imaginação das pessoas, sendo que daí não se extrai qualquer aspecto vergonhoso, pecaminoso ou imoral, como outrora ocorria. Fazer humor a partir de fetiches, desde que dentro de um contexto cênico e jocoso, não pode ser interpretado como ofensa. Hoje, apenas aquelas pessoas dotadas de exacerbado puritanismo poderiam detectar, no quadro humorístico apresentado pela Apelada, qualquer ato ofensivo e humilhante à categoria." ix

Página | 17

Finalmente, a psicanalista Miriam Gorender destaca o caráter intrinsecamente subversivo do humor:

"Em Laughing: a psychology of humor, Holland afirma sobre o riso que nós não o compreendemos e não confiamos nele. Desconfiança esta presente desde a Antiguidade, já que os filósofos pré-socráticos afirmavam que gracejar é inconsistente com a piedade, preferindo esta última.

Mas o humor se constitui, em seu campo próprio, fenômeno tão rico e irrepresentável como o da arte. E não é por acaso que não confiamos no humor. Nosso riso é certamente subversivo. Ao rirmos, desafiamos as leis de homens e deuses."

Portanto, não há que se falar em ofensa proferida por parte do Apelante, tendo em vista a própria natureza do humor, como uma hipótese de exclusão da intenção de insultar, denegrir a imagem, injuriar os Apelados.

Ao reconhecer que a expressão tinha cunho humorístico, se comprova a ausência da vontade do Apelante, de ofender os

Apelados, diante desta ausência de vontade, não há como se atribuir ao Apelante que este agiu com dolo ou culpa atribuindo-lhe a **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA**, que autorizaria sua condenação.

Página | 18

Vejam, Doutos Julgadores, que no caso em tela, deve-se apurar conforme acima exposto, a responsabilidade subjetiva do Apelante. Entretanto, ao reconhecer que se trata de humor, afasta-se o dolo ou ainda a culpa, o que desautoriza a condenação; do que se conclui *data máxima vênia*, que o Magistrado reconheceu uma responsabilidade objetiva do Apelante que não se aplica na presente lide.

Imaginem Senhores, se toda piada ruim fosse submetida ao julgamento dos nossos Tribunais?

Se é reconhecida a natureza do sentimento da fala perpetrada pelo Apelante, atribuindo-lhe inegável caráter de humor, é certo que o princípio que norteia a idéia do dano moral, não existe, diante da ausência de vontade de ofender.

O **humor** não serve apenas para divertir, mas para **contestar**, para **discutir** e para **polemizar**. Divertir é apenas um de seus propósitos, pois o humor **traduz informação, opinião crítica** e, ao mesmo tempo, **revela tiradas de espírito, revela talento criativo** e isso já faz parte da atividade artística exercida pelo Apelante.

“Os humoristas, sejam jornalistas ou não, podem ser considerados verdadeiros artistas da liberdade” (Min. Celso de Mello)

http://www.ncstpr.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=68

0:stf-libera-piadas-sobre-politicos-no-radio-e-na-tv&catid=33:saiu-na-
imprensa

A piada não teve nenhum cunho de agredir o sagrado, as crianças, os presentes Divinos, e, nem se poderia com o que foi dito, ofender tantos princípios. Página | 19

Assim como o direito a liberdade de imprensa, o direito ao humor adquiriu em nosso País dignidade constitucional, tendo nesse sentido, se manifestado o Supremo Tribunal Federal, como sendo o humor legítima emanção dos artigos 5º e 220 da Constituição Federal, que garantem os direitos de expressão e de criação artística.

Não resta dúvida, portanto, que a Carta Magna repudia a eventual demasia à censura ou repressão. Veja Exa. que é próprio do humor o exagero, a hipérbole. E o simples fato de alguém, eventualmente se sentir ferido pelo humor não poderia restringir a atividade, por sua natureza subjetiva.

Convém mencionar que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4451, que ficou conhecida como a ADIn DO HUMOR, em sede de decisão liminar concedida pela Suprema Corte, foi consagrado o sarcasmo como expressão legítima da liberdade de expressão e de criação artística, protegido tanto pelo artigo 5º, como pelo artigo 220 da Constituição Federal de 1988.

Nesta oportunidade o Eminentíssimo Ministro Relator manifestou -se em defesa do humor, como uma extensão da liberdade de expressão:

165

não cabe ao estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. (grifos nossos)

Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu.

Página | 20

Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. (grifos nossos)

Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de "manifestação do pensamento", liberdade de "criação", liberdade de "expressão", liberdade de "informação". Liberdades constitutivas de verdadeiros **bens de personalidade**, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de "Fundamentais": a) "livre manifestação do pensamento" (inciso IV); b) "livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação" (inciso IX); c) "acesso a informação" (inciso XIV).

Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação de idéias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de "imprensa", sinônimo perfeito de "informação jornalística" (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado.

1706

Decisão a que se pode agregar a idéia de que a locução "humor jornalístico" enlaça pensamento crítico, informação e criação artística.

Página | 21

A mencionada ação versava sobre inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Eleitoral, destacando o Relator, eminente Ministro Ayres Britto, que "Humorismo, segundo feliz definição atribuída ao escritor Ziraldo, que *não é apenas uma forma de fazer rir. Isto pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro termo equivalente. O humor é uma visão crítica do mundo e o riso, efeito colateral pela descoberta inesperada da verdade que ele revela* (cito de memória)." (pág. 3).

A decisão proferida em sede da mencionada ADIN, fixa os marcos de uma garantia constitucional do humor, enquanto legítima atividade de criação e de livre expressão. Tal orientação transparece ao longo de toda a rica discussão: "*Mas, olha, quem muito me impressionou nessa matéria foi o Ministro Peluso. Vossa Excelência vai me permitir uma quase inconfidência. Quando eu falei ao Ministro Peluso da minha preocupação com esse inciso II, o Ministro Peluso disse: "Mas, vedar o humor? Isso é uma piada."*

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – "*Nós vamos liberar o humor.*" (pág. 18)

A eminente Ministra Carmen Lúcia, por sua vez, invoca "*a liberdade de manifestação artística, porque a comédia, a sátira, o humor, desde a antiguidade, é uma das manifestações do teatro e é uma manifestação artística que encontra respaldo, a meu ver, com o núcleo intocável no artigo 5º. Por isso*

mesmo acho que não pode ser, definitivamente, de alguma forma, tolhida. Vossa Excelência fez uma citação há pouco e lembrava até a referência do Ministro Presidente de que impedir esse humor seria uma piada, cito no meu voto uma passagem de Machado de Assis, que diz: "A liberdade, antes confusa, que nenhuma. A liberdade não é surda-muda, nem paralítica. Ela vive, ela fala, ela bate as mãos, ela ri, ela assobia, ela clama, ela vive da vida.". "Está visto, ao depois, que, em nome de suscetibilidades exacerbadas, não pode o ordenamento jurídico, comprometido com as liberdades civis e as chamadas garantias institucionais (Einrichtungsgarantien), cuja posituação é indispensável ao perfil de uma sociedade livre e democrática, reprimir aos humoristas profissionais e à imprensa, ainda quando demasiadas na forma e cáusticas no conteúdo, as expressões artísticas sob as quais exercitam o direito da crítica política ou político-social."

Página | 22

Portanto Exa. a discussão que se estabelece na lide, tem por base o direito constitucional que o Apelante tem de fazer Humor, como humorista profissional que é, e mais, será que o humor, direito legitimamente constituído e preconizado por nossa Constituição Federal e pela Corte máxima deste país, exercido como parte de atividade profissional que não pode ser entendido como capaz de provocar danos morais.

• DA AUSÊNCIA DE DANO MORAL

Logo, ainda que a legislação autorize o pedido de eventual indenização, devem estar presentes requisitos objetivos essenciais à sua existência, que dão origem a obrigação de reparação de dano, conforme o expressamente previsto no artigo 186 do Código Civil.

122/6

É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que para que surja o dever de indenizar, é necessária a co-existência de três elementos, quais sejam: a **culpa do agente**, o **dano experimentado pela vítima** e o **nexo de causalidade** entre os dois primeiros elementos. Violar tal posicionamento implica em violar o próprio artigo 186 do Código Civil, utilizado inclusive para fundamentação do pleito. Página | 23

A *causa petendi* apresentada pelos Apelados, é insuficiente a sustentar o pedido formulado, uma vez que não encontramos os requisitos que autorizam o pedido de reparação pois não foram demonstrados danos concretos nem prejuízos efetivos advindos por parte dos Apelados!

Euler Paulo Jansen (2004) sugere ainda, os elementos para análise, que são:

- a) **Intensidade do dano;**
- b) **Repercussão da ofensa;**
- c) **Grau de culpa do ofensor;**
- d) **Posição sócio-econômica do ofendido;**
- e) **Retratação ou tentativa do ofensor de minimizar o dano;**
- f) **Situação econômica do ofensor;**
- g) **Aplicação de pena ou desestímulo.**

Salientando que estes são facilitadores na função dos magistrados concernente à dosimetria e podem gerar na sociedade uma maior segurança jurídica.

123/6

Tratando dos critérios valorativos do dano moral, Maria Celina Bodim de Moraes (2003, pag. 290), lembrou: *"o STJ, de modo especial nos votos do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, tem sustentado sistematicamente que, na fixação do quantum reparatorio, devem ser considerados os seguintes critérios objetivos: a moderação, a proporcionalidade, o grau de culpa, o nível socioeconômico da vítima e o porte econômico do agente ofensor. No espaço de maior subjetividade, estabelece, ainda, que o juiz deve calcar-se na lógica do razoável, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso."*

Página | 24

Ausente o dano, o Ilícito não tem oportunidade no ordenamento jurídico vigente.

A maioria dos civilistas¹ sempre sustentou que o ato ilícito só interessa ao direito sob a ótica do dano, portanto, da reparação, e desde o ordenamento anterior (artigo 159 do antigo Código Civil), verificava-se

¹ "Todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado." (BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil comentado. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947. p. 290). "Poder-se-ia dizer que o ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem. O ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém." (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 19). "Enquanto no ilícito civil a regra transgredida é inerente à convivência e compatibilidade das atividades dos particulares entre si, no ilícito penal o que está em causa é a conduta a ser observada pelos indivíduos em relação ao todo social. No crime, a figura do criminoso é apreciada como um ente anti-social, ao passo que no Direito Civil o que se tem em vista é o prejuízo patrimonial. Tal a razão pela qual o Direito Civil só se movimenta em defesa do aspecto patrimonial." (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 419-420). "Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 416). Por sua vez, Maria Helena Diniz sustenta que o "ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano à outrem, criando o dever de repará-lo." (DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 169). "A consequência da prática do ato ilícito, devidamente caracterizado, é a obrigação de reparar o dano." (FRANÇA, R. Limongi. Instituições de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 132.).

esse indispensável liame, no que concerne à responsabilidade civil, entre ilícito e dano.²

Partindo desta premissa, de acordo com o conteúdo do mencionado dispositivo, a reparação do dano deveria ocorrer quando, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, houvesse violação a direito ou prejuízo a outrem. Note-se que devido ao emprego da conjunção *ou*, a reparação do dano dependia da ocorrência de uma das alternativas, importa dizer, violação a direito ou prejuízo a outrem. Página | 25

Para efeito de responsabilidade civil, as categorias do ilícito e do dano foram equiparadas, partindo-se que a tutela de reparação do dano é a única forma de tutela contra o ilícito.³

Mesmo para a doutrina que divorcia o ilícito do dano, como Flávio Tartucce, admite que essa associação tem a ver apenas com o direito ressarcitório por subrogação, como no caso em exame.

Afirma o referido Autor que "(...) entretanto, ao estabelecer que comete ato ilícito àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, o legislador insistiu no equívoco, pois, nestes termos,

² A redação era a seguinte: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano." (BRASIL. Lei n. 3071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 05 jan. 1916).

³ Logo, "não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta contra jus, numa palavra, a injúria, fosse qual a fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso." (GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 313-314). Note-se que esta concepção não é encontrada apenas na doutrina nacional. Com efeito, Guido Alpa sustenta que o "atto illecito, in senso tecnico, è appunto l'atto che provoca danni a terzi, e che crea una obbligazione di risarcimento." (ALPA, Guido. Istituzioni di diritto privato. Torino: Utet, 1994. p. 1098).

1756

somente haverá ato ilícito se a violação do direito causar dano. Importa dizer, o ato somente será tido como ilícito quando causar dano. Portanto, houve um visível excesso na definição de ato ilícito que, indubitavelmente, não comporta a figura do dano; *requisito, sim, da obrigação de reparar.*⁴

Página | 26

De fato, o ilícito civil sempre foi um ilícito de dano. Essa tradição acabou refletida no texto do art. 186, do Código Civil vigente, que estabelece: *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Está claro no texto que a idéia de **dano** integra do conceito de **ilícito civil**, de modo que não se pode falar, no sistema do Código, em ilícito sem dano.

Impende distinguir: uma coisa é arbitrar uma indenização pelo dano moral que, fundamentada em critérios de ponderação axiológica, tenha intuito compensatório à vítima, podendo até mesmo ser uma indenização elevada (desde que proporcional); outra coisa é abraçar a doutrina dos punitives damages que, passando longe da noção de compensação, significa efetivamente a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável do ofensor, como é próprio do direito punitivo.

O dano moral deve ser efetivo e claro, não podendo ser considerado como tal uma pequena contrariedade à qual pessoas estão sujeitas no dia-a-dia das grandes cidades, ainda mais como os

⁴ www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Flaviooli_tutela.doc > Acesso em 18.1.2010

Apelados que são PESSOAS PÚBLICAS.

Como assevera Taise Galvani (2009): *"Infelizmente o Poder Judiciário têm utilizado de forma instigada a aplicação do dano moral para todo e qualquer fato, o que inexoravelmente vem causando verdadeira banalização desse instituto. Esta utilização errônea do instituto acaba encorajando a ingressar com tal pedido."* Página | 27

Deve ser desencorajada a proliferação da indústria de dano moral que atualmente ocorre, havendo exacerbado número de demandas da espécie em nossos tribunais e, na maioria das vezes, desacompanhadas de justa causa, como ocorre no caso em tela.

De outro lado, ao que vê da interpretação sistemática do Título IX, Livro I, da Parte Especial do Código Civil, a idéia de responsabilidade civil está ligada somente ao dever de indenizar estabelecido em razão da prática de um ilícito. De fato, dispõe o art. 927 que *"aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

Notável a insistência do texto legal em exigir o dano como elemento essencial à responsabilidade (mais adiante, o art. 944 retoma essa idéia, ao afirmar que *"a indenização mede-se pela extensão do dano"*); e a redução do problema da responsabilidade ao estabelecimento de uma obrigação de indenizar (= obrigação de pagar quantia em dinheiro).

As situações ensejadoras já se encontram pacificadas, contudo, perante o vasto campo de possibilidade as pessoas alegam

1776

Assevera o Desembargador aposentado Ramon G. von Berg: "Conforme se verifica, embora possa ser notada a Página | 28 tendência dos magistrados em buscar conter a onda vislumbrada como indústria do dano moral, com reflexos até no STJ, o fato é que a dimensão, o elastério, o alcance hoje do dano moral vem-se abrindo para hipóteses nunca dantes alvitradas. É nesse ponto que a indústria dos danos morais tem maior força. Como não são estabelecidos os casos em que ocorre o dano (impossível ante a complexidade da atual sociedade) há casos em que a pessoa arma situações para "criar" um dano moral ou simplesmente aciona a justiça por vingança contra alguém. integram esse perverso instituto os que maliciosamente, em legítimo abuso de direito, se colocam em situação de risco e de criação ou majoração daquele dano moral. A forma de se coibir a indústria do dano moral seria através do desencorajamento dos pedidos incabíveis de reparação, através da condenação dos litigantes em litigância de má-fé bem como reduzindo as indenizações. Não se pode deixar, contudo, que dessas litigâncias de má-fé seja criado um receio quanto à tutela da proteção à pessoa humana; por outro lado a banalização decorre justamente dessa facilidade de se pleitear. Deve-se conciliar portanto a possibilidade de condenação em litigância de má-fé em casos absurdos com a transformação da caracterização do dano moral em algo mais definido, concreto e certo, com critérios mais científicos e melhor conceituado." (grifos nossos)

Assim, não é qualquer dissabor ou constrangimento que deve ser alçado ao patamar de dano moral; a conceituação final que se dá seria: dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, foge à normalidade e é capaz de interferir de forma intensa na esfera psicológica da pessoa, causando-lhe

178/0

sofrimento, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar e a sua integridade psíquica, existindo efetivamente um dano a ser reparado.

Está absolutamente claro, portanto, que no sistema do Código, não se pode acionar a responsabilização civil em face do tão só risco de dano, na medida em que, sem dano consumado e efetivo não há ilícito. Página | 29

É preciso dizer, desde logo, que o Apelante nada tem contra os Apelados, a quem não conhece senão superficialmente do mundo do espetáculo e com quem se desculpou por e-mail. O que sequer foi objeto de apreciação da sentença a quo.

Aliás, a Apelante, Wanessa, só foi referida no programa humorístico por ser personagem da mídia, com constante exposição, e por ter sido mencionada por outro participante do programa.

Segue a transcrição do diálogo entre o Apelante e o outro apresentador, Marcelo Tas, após a aparição da Apelada Wanessa Camargo, em entrevista concedida por esta ao repórter do programa CQC, no qual os Apelados se sentiram ofendidos:

“ MARCELO TAS: GENTE, QUE BONITINHA QUE ESTÁ WANESSA CAMARGO, GRÁVIDA, NÃO É ISSO?

RAFAEL BASTOS : AH, SIM, EU COMERIA ELA E O BEBE, NÃO TO NEM AI, NÃO TO NEM AI

PLATÉRIA e DEMAIS APRESENTADORES DO PROGRAMA: (RISOS)

MARCELO TAS: ALIAS, ESSE BEBE VAI SER SORTUDO, ESSE BEBE VAI SER ACALENTADO POR VOZES.

RAFAEL BASTO : *AH TEM CANTORES NA FAMILIA TA AI UM BEBE QUE VAI DORMIR RAPIDO, OS CARAS CHEGAM E FALAM PRA ELE "BEBE OU VC DORME AGORA OU A GENTE VAI CONTAR, É O ZEZÉ DE CAMARGO, DORME LOGO"!!!*

MARCELO TAS: *AH, ELES CANTAM, ELES CANTAM MUITO, ALIÁS, LINDO, UM ABRAÇÃO PRO ZEZE DE CAMARGO E LUCIANO!*

RAFAEL BASTOS : *AÊÊÊ!!!*

MARCELO TAS: *MUITO BACANA É UMA HISTORIA LINDA DESSA DUPLA, E VOU DIZER UMA COISA, IRMÃO JÁ BRIGA, VC JÁ IMAGINOU DOIS IRMAOS QUE TRBALHAM JUNTOS HÁ VINTE ANOS!!!ZEZÉ DE CAMARGO E LUCIANO DEVEM BRIGAR MAIS QUE A FAMILIA LUQUE.*

(...)"

Diversamente do entendimento do D. Magistrado que julgou a ação procedente, o Apelante não ridicularizou, não degradou, não humilhou, não agrediu e não ofendeu. Apenas gracejou como é de praxe no programa em questão. Diga-se inclusive que a própria Apelada já participou deste programa, e se disse admiradora do Apelante que sempre atuou como comediante, cujas piadas tem sempre um tom irreverente.

O "clima" do programa e da bancada, mantém o humor, tanto assim, que os apresentadores, em momento algum ridicularizam os Apelados!

É certo, que pessoas públicas, que vivem da sua imagem, carecem de publicidade, sendo inclusive este o interesse da apelada de participar do programa "CQC" e conceder entrevista.

Tal constatação é imprescindível, tendo em vista que para a aplicação dos dispositivos legais invocados pela apelada, há que

170

se observar o contexto em que ela vive, qual a "potência" da ofensa supostamente sofrida tendo em vista a honra objetiva dela.

Quando o Apelante disse "*eu comeria ela e o bebê*" não tinha nenhuma intenção de ofender a Apelada, seu marido ou pior ainda o bebê!

Página | 31

Tal fato foi inclusive esclarecido via correio eletrônico enviado ao requerente, o que não foi objeto de aferição da sentença *a quo*, que nem mesmo mencionou o documento acostado aos autos que comprovou a afirmação do Apelante.

E mesmo após o ocorrido, não houve intenção alguma de ofender os apelados, muito menos seu filho, se o Apelante, inclusive, se desculpou com eles, e esclareceu o ocorrido, seria verdadeiro absurdo que então fizesse outras piadas com fim deliberado de ofender aos Apelados. Ao humorista cabe fazer humor, e as fotos postadas no *twitter*, o vídeo divulgado na internet, não fazem qualquer menção aos Apelados, são apenas piadas e é assim que devem ser interpretadas!

Cumpra ainda salientar que o objeto da piada **NUNCA FOI O BEBÊ**, mas tão somente o próprio Apelante que falou de si mesmo, não imputando nenhuma desonra aos Apelados.

Não pode ser admissível que uma piada seja levada ao pé da letra! Vejamos a definição de PIADA junto aos dicionários:

Michaelis

piada

1876

- *sf* (part fem de piar)

1. Pieira, pio.
2. *pop* **Dito engraçado e picante; picuinha.**

Aulete

Página | 32

piada

- (pi:a.da)
- sf.*
1. Dito ou pequena história espirituosa e/ou engraçada;
ANEDOTA; CHISTE; PILHÉRIA
 2. Papo furado; LOROTA
 3. **Dito picante ou obsceno que provoca risos.**
 4. **Qualquer pessoa ou coisa que não mereça crédito ou não tenha qualidade:** A fraude nas eleições mostrou que a apuração dos votos era uma piada.: Esse diretor é uma piada.
 5. Ornit. Trinado, pio de certas aves e animais; PIADO; PIO
 6. Pneumo. Ver estertor .

Desta forma, conferir ao Apelante culpa, ou dolo por uma piada VAZIA do significado que lhe foi imputada, pois o significado se perdeu diante do humor com o qual a frase foi proferida, atribuindo-lhe caráter ofensivo à sua atuação profissional do Apelante, seria o mesmo que impedi-lo de exercer seu ofício.

O humor incomoda, sempre houve tentativas de cercear sua atividade. Quem não se lembra da perseguição aos que ironizavam a ditadura? Na antiguidade a irreverência era tratada como crime de lesa-majestade. O Poder era alvo preferencial do humor, mas os reis e rainhas de hoje,

que estão no centro das atenções, muitas vezes são os personagens do circo midiático, jogadores de futebol, cantores, participantes de "reality shows", etc...

O QUE OS APELADOS ENTENDEM COMO OFENSIVO, O COMENTÁRIO PROFERIDO PELO APELANTE, NADA MAIS FOI DO QUE UMA PIADA, E AINDA QUE TENHA DESAGRADADO AOS APELADOS, NO CONTEXTO EM QUE FOI DITO, TEM FLAGRANTE CONTEÚDO CÔMICO, SENDO QUE NÃO SE TRATA DA OPINIÃO PESSOAL DO COMEDIANTE, MAS DE SUA ATUAÇÃO COMO COMEDIANTE. Página | 33

Entretanto, também não é possível, "atribuir" a uma piada, conteúdo diverso, que o de uma piada, ou seja, há que se reconhecer a presença do "*animus jocandi*" (INTENÇÃO DE BRINCAR, GRACEJAR):

"Responsabilidade Civil de empresa jornalística. Liberdade de informação versus inviolabilidade à vida privada. Princípio da Unidade Constitucional. Publicação ofensiva. Dano moral. Não configurado. A Constituição aparentemente estabelece uma contradição, quando, ao mesmo tempo confere, de um lado, o direito fundamental da inviolabilidade à vida privada e, de outro a liberdade de informação. No entanto, sempre que princípios constitucionais aparentem colidir, deve o interprete harmonizá-los, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma. A publicação de matéria jornalística com "animus jocandi", não ofende a dignidade da pessoa humana, mormente quando genérica, sem vinculação a pessoa. Improvimento do recurso. Processo Nº 2004.001.28928 de

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Quarta Câmara Cível, de 14 Dezembro
2004 Origem: COMARCA CAPITAL 17 VARA CIVEL .Ação de indenização".

Sendo assim, a liberdade de expressão no caso, revestida do *animus jocandi*, não deve ser considerada prejudicial ou capaz de ferir a honra ou a dignidade da pessoa humana, em especial se, se trata de pessoa pública, que sabidamente tem mitigado seu direito de privacidade. Na dificuldade entre as alternativas possíveis, predomine a liberdade da comunicação social, por ser do interesse de todos. Página | 34

A apelada, sempre se comportou de forma polêmica, conforme pode ser facilmente verificado em singela busca no site de pesquisa www.google.com :

"Wanessa

Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre. - Em 2001 iniciou um conturbado namoro com o ator e cantor Dado Dolabella, com quem ficou por quase dois anos. Ao final do namoro a cantora chegou à ir para a mídia e em revistas lamentar o termino do relacionamento e até mesmo pedir uma volta com o cantor. Em 2003 namorou o ator Erik Marmo. No mesmo ano levantou-se uma nova polêmica quando seu pai Zezé Di Camargo declarou que descobriu que a filha não era mais virgem em uma entrevista de Wanessa para uma revista. Em 26 de maio de 2007 se casa com o empresário Marcus Buaiz na Sala São Paulo, um espaço para eventos dentro da Estação Júlio Prestes, na cidade de São Paulo, em uma cerimonia para 240 convidados. Em 2011 surgiram rumores de que o casamento teria entrado em crise após uma intensa briga que teria resultado na saída de Marcus Buaiz de casa, porém ambos prontamente

184

desmentiram o rumor e Buaiz negou que a história de que teria saído de casa tivesse acontecido " <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wanessa>

Página | 35

Vejam Excelências, a Apelada concedeu entrevista expondo sua intimidade quando adolescente, falando que não era mais virgem, agora, sente-se ofendida por mera brincadeira feita pelo apelante, a qual em nada maculou a sua imagem, a de seu marido, e mais ainda, de seu filho, que à época dos fatos não era nem nascido.

No tocante a relação dos Apelantes com a imprensa, é importante destacar, não com a intenção de criticar, ou ainda denegrir a imagem destes, mas aclarar a situação, que os Apelados são pessoas públicas, e constantemente se expõe e fazem o mesmo com sua vida privada.

O próprio site dedicado à cantora^x transcreve entrevistas extremamente provocativas e bem humoradas do casal, chamando atenção pelo insólito de sua colocação. Isso, em absoluto, não é dito para desqualificar o casal, mas apenas para mostrar o lado midiático, que pode ou não ter a ver com a verdadeira vida pessoal, porém a impressão que se tem, é que eles estão "acostumados" com tal exposição. E que fomentam a manutenção de suas figuras na mídia, como reflexo da conduta da Apelada.

14/11/2010 | Wanessa diz que nunca recebeu cantadas de mulheres

O primeiro beijo no marido, o empresário Marcus Buaiz, foi em uma boate gay. "Detestaria me envolver com alguém de mente retrógrada, preconceituosa e tive a felicidade de casar com um homem moderno, que sabe respeitar as diferenças", afirmou ela.

156

"A cantora diz que não é assediada por mulheres gays. "Nunca recebi uma cantada, afinal sou casada e as pessoas respeitam isso", disse ela, que não se preocupa com a possibilidade de as pessoas acharem que ela é gay. "Sou muito convicta da minha orientação sexual". **Fonte:** Revista Quem

Página | 36

08/11/2010 | **Marcus Buaiz cita a Wanessa em entrevista para a "IstoÉ Gente"**

Como foi aquele episódio de você ter sido fotografado sem aliança em São Paulo?

Eu estava saindo de um evento em maio com o Ronaldo, tinha um paparazzo na porta e ele tirou foto da minha mão! Antes do encontro eu estava malhando e não tenho o costume de usar aliança, coloco no meu cordão, e apareci sem. Agora, eu tenho de dar satisfação para minha mulher ou para todo mundo? Tenho muita coisa para fazer. Se me virem em algum lugar à noite e vierem comentar, vou dizer que tomara que a Wanessa esteja comigo. Porque ela me conheceu assim, na noite, na Lotus, que foi uma boate minha. Agora, se um dia o casamento não estiver dando certo, o que é algo normal, acabou, tchau e ninguém fala disso comigo porque eu não vou responder.

Porque?

Porque não acho que as pessoas devam abrir tanto assim a sua vida. Sempre falei para a Wanessa: cuidado! Quando você abre demais, dá uma oportunidade para as pessoas julgarem.

Fonte: IstoÉ Gente - Edição 582 **Edição:** Wanessa News

É certo que os Apelados, desencadearam forte campanha midiática, como se pudesse haver uma ameaça real ao nascituro.

Além das pressões que levaram o humorista a se afastar do programa, a inicial e documentos das ações judiciais foram amplamente divulgados antes mesmo de qualquer citação. Mais, uma série de entrevistas e comunicados. Ora, é certo que os Apelados incentivaram a divulgação do que consideram ofensa, alimentando o debate público. Página | 37

Ainda que tenha havido o ato praticado pelo Apelante a inexistência de dano afasta o direito dos Apelados de receberem indenização. Além do que, se de fato os apelados buscassem eventual reparação de dano, o pagamento de uma indenização, neste caso, não tem nenhum caráter reparatório, apresentando a condenação do Apelante, caráter punitivo, o que é repudiado pelo moderno direito pátrio, visto que vem sendo afastado pelo STJ.

Inclusive, as piadas, de um modo geral, tem em si críticas sociais, e o sarcasmo, o humor ácido, o humor politicamente incorreto, servem muitas vezes para essa finalidade.

Portanto, o que se pretende é que as piadas em questão, mencionadas pelos Apelados, sejam compreendidas, como aquilo que são: apenas uma piada!

O *Animus jocandi*, se configura como uma excludente de ilicitude, pois que não há dolo, ou intenção do Apelante.

“A falta do animus injuriandi ou difamandi, quando revelado apenas o animus narrandi em ações visando a indenização por dano moral em razão de ofensa à honra pela imprensa tem sido causa de improcedência do pedido. As ofensas particulares sem o animus injuriandi ou difamandi, da mesma forma têm sido

196

reconhecidas como fato insuficiente à compensação moral.” (TJSP – Apelação Cível

124.695-4/0-00, de 23.5.02, Rel. Des. Boris Kauffmann; TJSP, AC 121.362-4/9, de 16.4.02, Rel. Des. Maia da Cunha; TJSP – AC 121.128-4/1, de 23.5.02 – Rel. Des. Osvaldo Caron; TJSP – AC 125.058-4/0-00, de 9.5.02 – Rel. Des. Sebastião Amorim; TJSP – AC 139.191-4/4-00, de 22.2.02, Rel. Des. José Osório; TJSP – AC 126.678-4/7-00, de 11.6.02, Rel. Des. Paulo Hungria; STJ – REsp 263.887-MS, de 15.3.01 – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; STJ – REsp 299.846-MG, de 11.9.01, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; TJSP – AC 226.232-4/9, de 5.3.02, Rel. Des. Cezar Peluso; TJSP – AC 120.278-4/8, de 5.3.02, Rel. Des. Guimarães e Souza; TJSP – AC 120.238-4/7, de 6.2.02 – Rel. Des. Arthur Del Guércio; TJSP – AC 235.823-4/0, de 22.4.02 – Rel. Des. Silvio Marques Neto; TJSP – AC 121.001-4/2-00, de 9.4.02, Rel. Des. Paulo Hungria; TJSP – AC 193.932-4/2-00, de 22.2.02, Rel. Des. José Osório; TJSP – Ap. 126.387-4/9-00, de 16.5.02, Rel. Des. Carlos Stroppa. TJSP – AC 126.461-4/7-00, de 13.6.02, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia; TJSP; AC 125.196-4/0-00, de 13.5.02, Rel. Des. Ribeiro dos Santos; TJSP – AC 123.699)

Página | 38

Acreditar que uma piada é capaz de causar danos morais aos Apelados, é supor que as pessoas não sejam capazes de distinguir a realidade, da fantasia!

A atuação do Apelante como um dos apresentadores do “CQC” sempre foi conhecida por sua forma ácida de fazer humor. Mas o humor com que os assuntos são tratados de um modo geral no mencionado programa, consiste em uma das características do programa “CQC”, portanto a piada, ainda que possa ser desaprovada pelos Apelados, como sendo ruim, de mau gosto, não pode ser passível de fundamentar reparação por supostos danos morais.

No caso em tela inexistente culpa do Apelante e por assim ser, não há que se falar em nexo de causalidade com o possível dano sofrido pelos Apelados.

126

Os Apelados utilizam a máquina judiciária de forma desnecessária, pois para pleitear a indenização, seria imprescindível a existência de culpa, de dano e de nexo de causalidade entre eles.

Página | 39

O que se verifica nesta ação, é a total impossibilidade dos Apelados vislumbrarem uma indenização, pois estamos diante de ausência de comprovação do dano supostamente sofrido pelos Apelados, da ausência de comprovação de culpa de tal forma que o ato tido como prejudicial tenha necessariamente uma relação com o próprio prejuízo, o que não se vê nos autos, e conseqüentemente afasta o nexo de causalidade.

Conforme já exposto acima, não há como se vislumbrar dano moral, é impossível atribuir ao Apelado responsabilidade por algo que não ocorreu, visando à obtenção de indenização.

Os Apelados podem não ter gostado da piada, e até mesmo terem se sentido desconfortáveis com ela, mas desconforto não pode ser confundido com lesão à honra e a imagem, se o apelante causou algum mal, foi apenas a si próprio, uma vez que ele mesmo "assumiu" que a piada "não foi boa", e nada pode ser pior ao humorista do que contar uma piada ruim.

Deve o interessado na reparação evidenciar a dor ou o constrangimento experimentado pela conduta lesiva, mesmo porque para a que faça jus a indenização por ter sofrido dano moral, não basta, a rigor, o acontecimento em si, mas exige-se a demonstração de sua repercussão efetiva moral e de interesses da prejudicada!

1876

Pergunta-se: QUAIS DANOS OS
APELADOS SOFRERAM? A resposta é única: NENHUM DANO SOFRERAM
OS APELADOS!!!

Página | 40

Tal assertiva pode facilmente ser verificada quando da prolação da sentença ora combatida! O D. Magistrado arbitrou danos morais aos Apelados, porém, sequer fundamentos em sua decisão, os danos efetivos sofridos pelos apelados. Simplesmente pelo fato de que estes não existem!

Merece pronta reforma a sentença proferida, pois a própria situação dos autos, desprovidos de qualquer prova hábil a comprovação das ilações invocadas na inicial, é motivo mais do que suficiente para a improcedência de tão inconcebível pleito.

De acordo com CALMON DE PASSOS em artigo intitulado "*O imoral nas indenizações por dano moral*" o renomado autor ressalta o quão manipuláveis (no pior sentido) podem ser os sentimentos em pedidos milionários de indenizações por danos morais: "(...) Nada mais suscetível de subjetivar-se que a dor, nem nada mais fácil de ser objeto de mistificação. Assim como já existiram carpideiras que choravam a dor dos que eram incapazes de chorá-la, porque não a experimentavam, também nos tornamos extremamente hábeis em nos fazermos carpideiras de nós mesmos, chorando, para o espetáculo diante dos outros, a dor que em verdade não experimentamos..."

Segundo o magistério de Aguiar Dias: "O que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu

1906
quantum, que é matéria da liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante" (in "Da Responsabilidade Civil", 6ª edição, 1979, vol. I, p. 93/94). Página | 41

Além do mais o prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação. ("Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 14/221 - Carvalho Santos e colaboradores).

Em relação à honra e à dignidade, a responsabilidade pelo dano por meio da imprensa, exige a intenção deliberada de injuriar, difamar, caluniar e o intuito específico de agredir moralmente a vítima, **exige prova cabal!!!**

É sabido que o prejuízo deve ser certo, pois esta é a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o DANO HIPOTÉTICO não justifica a reparação!

Não houve dano, portanto, não se podendo falar em repercussão moral.

"Rui Stocco afirma que "o nosso Código Civil consagra o princípio de que não existe o dever de indenizar se não houver dano (arts. 1059 e 1060)". Agostinho Alvim a respeito afirma que "como regra geral devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de reparação, aliás, sem objeto". (Mirna Cianci – "O Valor Da Reparação Moral" – 3ª Edição – Saraiva)

1916

(...) No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. (...) - Recurso Especial não conhecido." (REsp 719.592/ AL).

Página | 42

Aquele que age dentro de seu direito, a ninguém prejudica, por isso não será obrigado a indenizar. Quando a matéria veiculada se enquadra em uma das situações definidoras do não abuso, evidentemente não se caracteriza a causa geradora do dever de indenizar.

"APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – MATÉRIA PUBLICADA EM JORNAL – COINCIDÊNCIA DE NOMES – OFENSA À MORAL PLEITEADA – RETRATAÇÃO ATRAVÉS DE ERRATA – FALTA DE PROVA ROBUSTA – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ - INDENIZAÇÃO INDEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO - A indenização por danos morais tem como finalidade acalantar a pessoa que tenha tido sua honra ou moral ofendida. Mas para que seja reconhecido este direito deve restar translúcido que o pretendido é fato notório, para que sejam afastadas as pretensões de enriquecimento ilícito através do dano moral já que não possui tal peculiaridade. Através das provas trazidas aos autos não configurou notoriedade do fato, carecendo de provas robustas que configurem o abalo moral sofrido. Neste caso o livre convencimento do Juiz impõe-se já que acompanhou toda fase de instrução do processo. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 99.010105-3, Comarca da Videira (2a. Vara/Fazenda Publica), em que é apelante Marcos Antônio de Queiroz, sendo apelado Jornal Correio da Cidade –

192/6
Folha da Cidade Imprensa e Editora Jornalística Ltda.: (TJSC - Tipo de
processo : apelação cível - número acórdão : 99.010105-3 - comarca : videira -
des. Relator : José Volpato de Souza - órgão julgador : primeira câmara civil -
data decisão : 03 de setembro de 2002 - publicado no djesc .: Apelação cível n.
99.010105-3, de videira. - relator: des. José Volpato de Souza.)" Página | 43

• DO PEDIDO DE DESCULPAS

Há de causar estranheza, o fato do Magistrado sequer ter considerado o pedido de desculpas feito pelo Apelante.

Tal pedido de desculpas formulado pelo Apelante, ao contrário do que alegam os Apelados, foi feito por e-mail, mesmo meio de comunicação utilizado inicialmente pelo Apelado varão para demonstrar que não havia gostado da piada, o e-mail do Apelado, foi enviado à direção do programa "CQC" que encaminhou ao Apelante, que por sua vez respondeu desculpando-se e esclarecendo o ocorrido.

Tão logo soube da reação do Apelado Marcos Buaiz, o Apelante enviou-lhe o e-mail abaixo, com cópia para o diretor do programa "CQC":

----- Original Message -----

From: rafinha.bastos@terra.com.br
To: "Gonzalo Marco" gmarco@eyeworks.tv
Cc: marcusbuaiz@uol.com.br
Sent: Qui 22/09/11 01:24
Subject: Fwd: Re: RV: Rafinha Bastos

Marcus, aqui quem te escreve é o Rafinha.
Entendo perfeitamente a tua indignação com a minha frase, mas quero te contextualizar.

"Comeria ela", "já comi muito", "comeria ela e sua família"... são piadas que costume fazer há 3 anos com os amigos do

programa. É algo que repeti tantas vezes que **perdeu completamente o significado** há muito tempo. Já falei isso de mulheres, idosos, homens e até crianças.

Toda a repercussão em cima da frase começou com uma pequena matéria da Folha Online.

Estes caras já descontextualizaram frases minhas mais de uma vez para criar polêmica. Os outros sites vem na cola. Sempre.

Em absolutamente nenhum momento tive a intenção de ferir você e sua família. Admiro muito o teu trabalho e o de sua esposa. Isso tomou uma proporção descabida.

Não sou nenhum idiota sem educação. Sou um comediante que muitas vezes corre riscos (mais do qualquer um no meu programa). Confesso que fui surpreendido com tudo isso.

Tenho um filho de 10 meses e vivo a paternidade intensamente. Se minha piada causou qualquer transtorno a sua família, fica aqui o meu pedido de desculpas.

Peço que tente abstrair todo o falatório e entenda que isso foi apenas uma piada ruim (já feita diversas vezes no programa).

Rafinha

Ps: No mesmo dia foi ao ar uma matéria gigantesca que A Liga (meu outro programa na Band) fez sobre prostituição infantil. Você que algum veículo de imprensa falou algo sobre?

Infelizmente polêmica boba vende."

(grifos nossos)

Vê-se claramente que em nenhum momento, houve intenção de ofender. Tudo não passou de uma piada "ruim", como classificou o próprio Apelante.

Pergunta-se: por que o Apelante não fez seu pedido de desculpas de forma pública? Por que não levou ao conhecimento do público o e-mail enviado, até mesmo como uma maneira de se defender das críticas que sofreu?

A resposta é simples, porque o pedido de desculpas foi destinado a quem deveria ser, aos Apelados, e a sua publicidade faria com a piada recebesse ainda mais divulgação, o que não era, nem nunca foi a intenção de Apelante, o pedido de desculpas e o esclarecimento da sua posição diante da situação, torna ainda mais cristalina a atuação do Apelante e confirma aos Apelados que em nenhum momento pretendeu causar-lhes quaisquer danos.

Página | 45

Houve o envio de um e-mail, o qual foi devidamente recebido pelos Apelantes. Cumpre ressaltar que o Apelante utilizou este meio uma vez que afastou-se do programa CQC – Custe o Que Custar, não havendo outra forma de esclarecer o que ocorreu.

Se houve eventual repercussão, esta se deu diante da conduta da Apelante, Wanessa Camargo, que deu a piada um “peso maior” do que na realidade teve.

No entanto, o que causa estranheza, é o fato dos Apelados silenciarem sobre o pedido de desculpas formulado pelo Apelante. Tanto perante a imprensa quando se manifestaram sobre o caso, e ainda mais nos autos do processo.

Importante salientar, que em nenhum momento o Apelante veio a público se manifestar sobre o ocorrido, sendo assim, o pedido de desculpas formulado aos Apelados foi verdadeiramente dirigido estes e não a mídia, ou qualquer veículo de comunicação em especial.

• DO PEDIDO

Thaís Colli de Souza
Iva Maria Orsati
Betine Daniachi
Doris Zaclis Wolff
Carla Cristina Gritti

Colli
Orsatti
Daniachi
Wolff
SOCIEDADE
DE ADVOGADOS

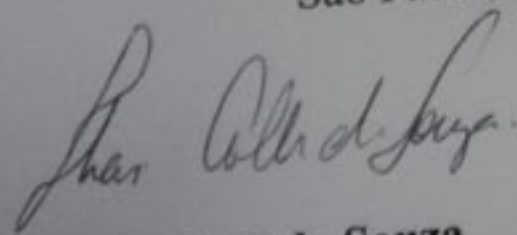
195/6

1. Ante o exposto, requer-se seja recebido o presente recurso em seu duplo efeito, devolutivo e suspensivo, bem como requer-se seja dado provimento ao presente RECURSO DE APELAÇÃO, a fim de reformar a sentença "a quo".
2. Em vista de todo o exposto requer-se seja reconhecida a ilegitimidade de parte do nascituro/bebê, sendo este excluído da lide por falta de personalidade jurídica para ingressar como Requerente/Apelado da presente ação.
3. Requer-se ainda, caso V. Excelências entendam cabível a condenação por danos morais, o que desde já acredita-se que não ocorrerá, mas fazendo valer o direito constitucional de defesa, seja eventual indenização fixada em valor adequado, respeitando os critérios de razoabilidade, evitando o enriquecimento ilícito da apelada, sendo aplicada a correção a contar da citação do réu.

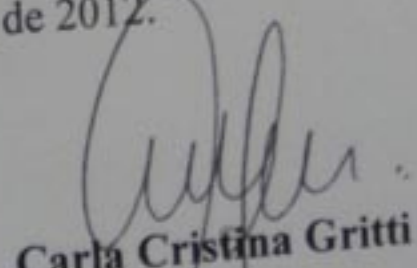
Página | 46

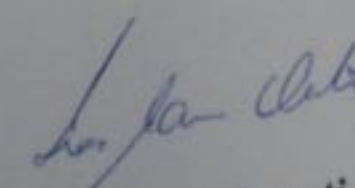
Nestes termos em que Pede e Espera Deferimento para que seja feita a JUSTIÇA!

São Paulo, 18 de Janeiro de 2012.



Thaís Colli de Souza
OAB/SP 174.063


Carla Cristina Gritti
OAB/SP 278.461


Iva Maria Orsati
OAB/SP 195.349