



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
 REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



03851156

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0201838-05.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RAFAEL BASTOS HOCSMAN, é apelado JOSE MARCUS DOUTEL DE CAMARGO BUAIZ (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) E OUTROS.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE E DE CAPACIDADE DE PARTE DO NASCITURO, POR VOTAÇÃO UNÂNIME. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO E DERAM-NO AO ADESIVO, CONTRA O VOTO DO RELATOR, QUE PROVIA A PRIMEIRA, DANDO POR PREJUDICADO O SEGUNDO. ACÓRDÃO COM O REVISOR. DECLARARÁ VOTO O RELATOR.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), JOÃO BATISTA VILHENA, vencedor, ROBERTO MAIA, vencido e MARCIA REGINA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 6 de novembro de 2012.

JOÃO BATISTA VILHENA
 RELATOR DESIGNADO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

APELANTES e APELADOS: MARCUS BUAIZ, WANESSA GODOI CAMARGO BUAIZ, JOSÉ MARCUS DOUTEL DE CAMARGO BUAIZ e RAFAEL BASTOS HOCSMAN

VOTO nº 2.909

EMENTA

AÇÃO INDENIZATÓRIA – NASCITURO – ILEGITIMIDADE ATIVA – *Inocorrência – Inteligência do art. 2º, do CC – Capacidade ativa, de ser parte, estar em juízo – Nascimento com vida que leva à investidura na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial.*

DIREITO DE EXPRESSÃO – ABUSO – *Configuração – Uso deste que deve se dar com responsabilidade – Impossibilidade de se tentar justificar o excesso no bom uso de tal direito, sob a alegação de que apenas se pretendeu fazer humor – Agressividade contida nas palavras trazidas na vestibular que afasta se tome o dito como piada.*

SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – *Comprometimento – Situação que leva ao sopesamento dos direitos envolvidos – Precedência, no caso, da dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão – Inteligência dos art. 1º, inc. III; 5º, inc. IX e X; 220, § 2º; e 221, inc. I, todos da CR.*

DANO MORAL – *Ocorrência – Indenização – Valor que merece incremento em virtude da gravidade da conduta do réu e de suas consequências.*

Recurso de apelação improvido.
Recurso adesivo ao qual se dá provimento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por MARCUS BUAIZ, WANESSA GODOI CAMARGO BUAIZ e JOSÉ MARCUS DOUTEL DE CAMARGO BUAIZ, este último nascituro à época da propositura da demanda e, atualmente, menor representado por seus pais, que também demandam aqui em nome próprio. Alegam, em síntese, que aos 19 de setembro de 2011, o réu RAFAEL BASTOS HOCSMAN, conhecido como *Rafinha Bastos*, na condição de apresentador do programa “CQC”, transmitido pela TV Bandeirantes, proferiu a seguinte frase em relação a Wanessa e José Marcus: “*Eu comeria ela e o bebê, não tô nem aí! Tô nem aí!*”; sendo que com essa conduta, além de desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, que os programas televisivos devem seguir, o requerido ofendeu os três requerentes, pois insinuou que desejaria manter relações sexuais com *Wanessa*, apesar de ela ser casada e estar grávida, demonstrando, ainda, que pouco se importava com as consequências de seu comportamento. Destacam, também, não ter o requerido demonstrado qualquer arrependimento por sua fala, chegando ele, ao contrário, a se envaidecer do feito, postando na *Internet* diversas fotos provocativas referentes ao episódio. Diante disso, pedem a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, em valor a ser arbitrado judicialmente.

Houve resposta do réu, suscitando matéria preliminar e, no mérito, se opondo enfaticamente ao pedido.

Sobreveio sentença de procedência (fls. 135/144), cujo relatório se adota. Na fundamentação, o MM. Juiz *a quo* consignou, em resumo, que o nascituro é titular do direito à honra e à imagem, podendo figurar no polo ativo; ter ficado configurado o insulto aos autores, ofensa disfarçada de humor, não havendo que se falar em exercício regular de liberdade de expressão e de criação artística; que a liberdade de imprensa deve ser exercida com responsabilidade, algo não verificado no caso concreto; e que a conduta do réu se torna ainda mais censurável por ter envolvido um nascituro; razões pelas quais não se pode admitir esse tipo de comportamento, que desrespeita ao próximo e ao público, por não observar o mínimo de civilidade e educação. Nessa toada, o requerido foi condenado a pagar indenização de dez salários mínimos para cada um dos requerentes.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

Petição de fls. 145 trouxe aos autos a certidão noticiando o nascimento do demandante José Marcus aos 05 de janeiro de 2012.

Houve apelação do demandado (fls. 150/196).

Inicialmente, insiste na preliminar de ilegitimidade ativa de *José Marcus*, nascituro à época dos fatos. Sustenta que a personalidade jurídica só é adquirida quando do nascimento com vida, e que antes disso, há tão somente expectativa de direito, sendo que o fato de esse requerente ter nascido durante o curso do processo nada altera a mencionada situação. Anota que o nascituro não tem sensibilidade que o possibilite sofrer dano moral, frisando que o dano extrapatrimonial precisa ser efetivamente sentido por alguém, não se podendo presumir sua ocorrência.

No mérito, aduz que o programa “CQC” é conhecido por tratar fatos políticos, artísticos e esportivos da semana de maneira satírica e humorística; e, por ser assim, ao proferir a frase a ele atribuída e trazida na vestibular, estava apenas fazendo humor, inexistindo intenção de ofender. Não bastasse isso, segue apontando não caber ao Poder Judiciário dizer se determinado tipo de humor é bom ou não, que agiu dentro da liberdade de expressão e de exercício profissional garantida pela Constituição, não podendo ser punido, mesmo porque os demandantes não experimentaram dano moral, mas, no máximo, desconforto. Lembra que seu comentário foi feito após a exibição de uma entrevista concedida por *Wanessa* a um repórter do “CQC”, quando falou sobre si mesmo na piada, e não sobre os autores, e a piada não é uma mensagem a ser levada a sério, ainda mais naquele contexto, no qual ficou nítido o caráter cômico, o seu *animus jocandi*. Entende que as pessoas públicas têm sua privacidade mitigada e tanto *Wanessa* quanto *Marcus* costumam se expor à imprensa, e o próprio casal incentivou a divulgação da fala que agora rebatem, alimentando o debate público sobre a mesma. Termina registrando que uma piada, mesmo que seja considerada de mau gosto, não pode ensejar indenização, e que enviou pedido de desculpas via *e-mail* aos demandantes, mas não obteve qualquer resposta.

Destarte, pede a exclusão de *José Marcus* do polo ativo e, no mérito, a reforma da sentença, para se afastar ou, pelo menos, reduzir, a indenização fixada em primeira instância.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

Os autores ofertaram recurso adesivo (fls. 219/224). Discordam do montante indenizatório, argumentando, em síntese, que o valor é insuficiente para punir o réu, que até chegou a desdenhar da sentença no *Twitter*, onde postou a mensagem "*Status: ocupado. Juntando moedas...*", o que deixa nítido que não cumpre a fixação feita em primeiro grau a função de desestimular o requerido de incidir em comportamento reprovável, e a sua manutenção ensejará que aquele não se acanhe e continue proferindo ofensas sob o pretexto de fazer humor. Noticiam que a indenização a ser paga pelo demandado será doada a uma instituição beneficente, não havendo que se falar terem eles propósito de enriquecimento com o sucesso da ação. Por ser assim, esperam a majoração do montante indenitário.

Ambos os apelos foram regularmente processados e respondidos (fls. 201/213 e 230/237).

Em parecer de fls. 244/253, na instância de origem, a douta Promotoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso do demandando e pelo acolhimento da apelação adesiva dos demandantes, a fim de majorar o valor da indenização para trinta salários mínimos a cada autor. No mesmo sentido se manifestou a culta Procuradoria Geral de Justiça em sede recursal (fls. 257/271).

É O RELATÓRIO.

Preliminarmente, anoto não tomar em consideração o teor dos documentos juntados em sede recursal para o julgamento desta demanda, pelo fato de que a instrução da causa já estava encerrada. Por ser assim, desnecessária a concessão de vista quanto aos mencionados documentos, e, portanto, de aplicação do disposto no art. 398, do Código de Processo Civil.

Quanto à alegação de que seria parte ilegítima o nascituro José Marcus para reclamar a indenização tratada nestes autos, não assiste razão ao réu.

É considerada legítima a parte que regularmente possa demandar contra certa pessoa determinado objeto.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

Ora, no caso em estudo, o antes referido nascituro tem capacidade ativa a ele garantida pelo fato de ter a lei posto a salvo seus direitos desde a concepção, na forma do art. 2º, do Código Civil.

Esta condição legal confere ao nascituro legitimidade ativa, capacidade de estar em juízo, na defesa de tais direitos, ainda que, a princípio, o faça por intermédio de seus representantes legais, o quanto ocorreu nestes autos.

O nascimento com vida aparece como pressuposto não para obtenção de comentados direitos, porém, para o seu exercício, sendo certo que, como se deu no caso em tela, ocorrido o nascimento de José Marcus, este passou a titularizar os direitos a ele resguardados, ficando investido na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial, na espécie, do direito de obter reparação moral por dano à sua personalidade provocado pelo réu.

Suplantada esta questão prejudicial, no mérito, igualmente, não se pode atender ao quanto reclamado na apelação.

Como está nos autos, o réu, em seguida a fala de outro companheiro de programa, Marcelo Tas – este que se referiu à beleza de Wanessa e ao seu estado de gravidez –, expressamente disse: *“Eu comeria ela e o bebê, não tô nem aí! Tô nem aí!”*.

Pois bem.

Descabe perquirir a respeito da intenção verdadeira ou não de o réu pretender manter relações sexuais com Wanessa e José Marcus, embora se acredite que não fosse intuito daquele primeiro ver materializado aquilo que disse a pretexto de fazer humor.

Todavia, dito o que foi dito, é necessário anotar que o poder do discurso é capaz de causar repercussão social e impulsionar comportamentos, especialmente quando tal discurso é feito em programa televisivo, de grande audiência, no qual é usada a via do humor como forma direta



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

de comunicação, passando a ideia de que tudo o que ali é falado, sempre e somente, o é para fazer rir.

Ocorre que, na hipótese em análise, foi suplantado o limite do humor, e o réu, na realidade, ao se pronunciar na forma acima assinalada procedeu de modo extremamente agressivo contra os autores.

Ora, pelo quanto consta do processo, diversas pessoas de variadas mídias perceberam e afirmaram ter o réu ido além do limite do aceitável ao se manifestar na forma nos autos questionada, e, na média de tais críticas, se extrai que o limite do humor antes referido é a graça.

Logo, quando o humor seja sem graça, mais ofenda que divirta, não cumpre sua função: o fazer rir.

Assim, não se pode admitir venha alguém querer se escudar no fato de fazer humor para escapar à responsabilidade quanto ao conteúdo de certa manifestação que tenha emitido.

Também não se pode aceitar que a título de liberdade de expressão possa alguém dizer o que bem entende, mesmo de forma agressiva, ofensiva, sem esperar venha a ser responsabilizado pelos seus ditos.

Aliás, não se cuida aqui de uma mera piada, a qual, como considerada pelo próprio MD. Relator, seria “... *extremamente infeliz, grosseira e de mau gosto*”, porém, de brevíssimo discurso, todavia, carregado de informações extremamente negativas, que aviltam a imagem tanto da mulher, como da criança, e, reflexamente, do esposo e pai destas, todos atingidos de forma a se ter por comprometida a sua dignidade enquanto pessoas humanas.

Não se tome o quanto aqui se afirma por censura, pois é fato que não se pode retirar de quem quer que seja o direito de se expressar, dizer tudo o que entenda razoável e adequado dizer, o que, inclusive, está constitucionalmente consagrado (art. 5º, inc. IX; e art. 220, § 2º, da CR).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

Entretanto, deve se entender que ao par desta liberdade está a responsabilidade que a mesma gera (art. 5º, inc. X, da CR), a qual atua como fator repressivo de eventuais excessos, do mau uso de comentada liberdade.

Para evitar-se este inadequado uso, é necessário que o profissional que atue na área da comunicação, tal como o réu, tenha preocupações éticas – como orienta o disposto no inc. IV, do art. 221, da Constituição da República –, perceba que, estando a participar de um dos maiores meios de comunicação de massa da atualidade, a televisão, não pode usar de sua liberdade de expressão de modo a por em risco valores ainda maiores, como a dignidade da pessoa humana, esta que, de acordo com o inc. III, do art. 1º, da Constituição da República, aparece como um dos fundamentos de nossa Nação (cf. José Miguel Garcia Medina. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: RT, p. 30-31).

É a dignidade da pessoa humana sobreprincípio, que tem, assim, um peso maior que outros princípios, sendo em nosso ordenamento embaixador de todos os direitos e garantias elencados no art. 5º, da Constituição da República, o que nos dá a perfeita noção de que quando em conflito este valor com o representado pela liberdade de expressão, deve prevalecer o primeiro, sem que venha a implicar isto derrogação do último.

Como nos explica Robert Alexy, as colisões entre princípios devem ser solucionadas fazendo-se ceder um dentre estes (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 94). E, seguindo, arremata:

“Isto não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro em determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”.

Ronald Dworkin, por seu turno, anota não serem incomuns conflitos entre regras, assim como colisões entre princípios, ensinando que o conflito de regras ocorre na dimensão da validade (que conduz à invalidação de uma das regras envolvidas), enquanto a colisão de princípios ocorre na dimensão do peso, pois é certo que apenas colidem princípios válidos, e que não estão sujeitos àquela invalidação (*Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 26-27).

Tendo por base estas premissas, chega-se à conclusão de que o princípio da dignidade da pessoa humana tem precedência sobre o princípio da liberdade de expressão, e, apesar da relevância e extrema importância desta liberdade, quando atrita com a dignidade da pessoa humana, deve ceder, na medida em que este último princípio está relacionado intrinsecamente com direitos fundamentais da pessoa, no quanto aqui nos interessa, pertinentes à sua intimidade e honra, enfim, à sua personalidade.

Eduardo C. B. Bittar, ao discorrer a respeito de comunicação, sobre esta deixa assentado ser a base de toda cultura democrática, e põe em destaque o poder comunicativo, o qual é capaz de promover dispersão de ideias, informações e conceitos, movimentar culturas, assim, na atualidade, ganhando grande relevo. Argumenta o mencionado jurista que, em razão desta situação, não pode a comunicação estar a serviço da arbitrariedade, não deve se aviltar, porquanto sendo instrumento encarregado de cumprir papel de mediação entre os indivíduos de uma sociedade, não deve fazê-lo sob outros influxos que não os de propiciar desenvolvimento da cultura e da cidadania. Afirma, ainda, que

“Quando esses canais passam a dar guarida à divulgação de ideologias únicas e a colaborar para os processos de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

expansão das formas de exploração da imagem humana e do deliberado consumismo, há de se entrever nisso uma certa distorção de fins...

O discurso da mídia não pode ser usado da forma que se deseja, ou direcionado de acordo com este ou aquele interesse unilateral; trata-se de um instrumento de relacionamento humano que constitui valores, forma ideias, movimenta ideologias, distorce conceitos, dissemina o ódio, cancela ideias, origina o proselitismo religioso, planta a discórdia, envenena relações políticas, dissemina preconceitos... A mídia informa, mas também forma. É exatamente por isso que não é isenta de responsabilidades sociais, culturais, educacionais e, sobretudo, ético-jurídicas" (Curso de Ética Jurídica. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129-133).

Refletindo sobre estas colocações, e confrontando-as com as manifestações lançadas ao longo do processo pelo réu, se percebe que não pretende ele garantia de liberdade de expressão, contudo, o exercício libertino desta mesma liberdade, tanto que proclama ter como lema não pedir desculpas por piada feita, preferindo pagar por eventuais indenizações (fls. 277).

Ocorre que, como adverte Eduardo C. B. Bittar (*Curso de Ética Jurídica*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131, nota 184), lembrando Hamilton Rangel Júnior (*Princípio da moralidade institucional: conceito, aplicabilidade e controle na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 215),

"Quando se torna libertina a possibilidade de abusar da palavra, da imagem e do som nos meios de comunicação, se descuida dos resultados deste processo de formação de opinião. Então, a cultura que se forma é a resultante de um nefasto processo de mediocrização dos meios de comunicação..."



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

Neste âmbito, os integrantes da sociedade são levados a ter falsa ideia sobre o que se pode ou não fazer, o que é aceitável ou inaceitável, o que é legal ou ilegal, o que é moral ou imoral, o que é ou não piada.

O sistema midiático tem este poder, e, por ser desta forma, não pode ser utilizado de forma irresponsável.

O réu se equivoca quando entende ser bastante a sua não intenção de ofender aos autores para evitar ser obrigado a indenizá-los pelas consequências de seu ato.

Ao proferir as palavras já aludidas no corpo desta decisão o fez conscientemente, dirigindo-as aos autores, vinculando sua manifestação à pessoa destes. Sendo assim, ensejou ficassem estes últimos ofendidos com o teor de mencionado pronunciamento.

Esqueceu o réu que, ao dizer o que disse, estava se comunicando, e de que toda comunicação envolve sistema relacional, onde não existe apenas um lado, o do emissor, mas, necessariamente, outro, do receptor, este, então, que pode contestar o que ouve, inclusive, sentir-se ofendido.

No caso concreto o problema se potencializa, e gera dano moral indenizável, pela circunstância de que o emissor identificou o objeto de seu pronunciamento, e os autores, também receptores, com a identificação feita, expostos à injustificada agressividade, particularmente, a eles dirigida.

Todos que se manifestam ficam sujeitos à crítica, todos que exacerbam em determinadas práticas acabam por responder pelo excesso, especialmente quando envolva agressão verbal, assim sentida como tal pelos autores.

É claro que fossem outras pessoas, talvez as que se manifestaram em prol do réu, aceitariam a brincadeira, e nada tivesse acontecido. Estas certamente, achariam tratar-se de piada alguém dizer, em rede de televisão, com abrangência em todo território nacional, que gostaria de manter relações sexuais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

com sua esposa, e praticar atentado violento ao pudor contra seu filho, identificando seus nomes.

Ocorre que os autores não pertencem a este grupo e ficaram efetivamente ofendidos, com expressões a eles dirigidas que não podem ser tomadas como inofensivas, ou apenas perturbadoras de seu sossego. O quanto dito pelo réu é grave e porta conteúdo reprovável, capaz de produzir abalo moral.

Não se pode impor aos autores a aceitação daquilo que o réu intitula piada, pois se este teve o direito de se expressar da forma como o fez, evidente que os autores têm o direito de se sentirem humilhados com a galhofa, entenderem comprometida a sua honra em virtude das desairosas palavras do réu.

Daí que a melhor solução, ao nosso ver, nesta parte, é manter-se a sentença recorrida, da lavra do ilustre e culto juiz Luiz Bethoven Giffoni Ferreira, inclusive por seus jurídicos e bem lançados fundamentos.

Entretanto, na parte em que trata a sentença da fixação da indenização, penso merecer atendimento a irresignação revelada no recurso adesivo.

A ofensa perpetrada aos autores decorreu do conteúdo explícito das palavras do réu contra os primeiros dirigidas, conteúdo o qual, inegavelmente, carrega potencial lesivo, acentuado pela conotação sexual envolvida nas expressões utilizadas, como em outra passagem desta decisão já frisado, capazes de atingir a intimidade e a honra dos autores, sua dignidade enquanto pessoas humanas.

Este comprometimento foi grave, e provocou lesão moral daqueles que, sabidamente, marcam indelevelmente certa passagem da vida. Para os autores o episódio que os envolveu não será apenas mais um em sua existência, contudo, um daqueles que os acompanhará e, de tempos em tempos, será rememorado.

Esta situação é resultado direto do proceder do réu, devendo ele responder de modo mais significativo por algo que atormentará os autores, seja



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
10ª Câmara de Direito Privado
APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO
18ª Vara Cível do Foro Central

pela própria lembrança do acontecido, seja pela exploração que na mídia ocorrência desta natureza acaba por determinar.

Feitas estas considerações, observada a orientação que fornecem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como atento ao fato de que a indenização por dano moral não deve ser irrisória a ponto de frustrar o escopo a que serve, o que seja, aplacar o sofrimento imposto ao ofendido; assim também à circunstância de que não deve ser elevada a ponto de ensejar enriquecimento sem causa de seu credor, estabeleço o valor da indenização pelos danos morais sofridos pelos autores em **R\$ 50.000,00** para cada um destes.

O montante indenitário será atualizado e sobre o mesmo incidirão juros moratórios, quanto a isto se aplicando o quanto determinado nas Súmulas nº 54 e 362, do Superior Tribunal de Justiça.

Nestes moldes, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, e, no mesmo passo, **DOU PROVIMENTO** ao recurso adesivo, restando inalterada a sucumbência estabelecida na decisão recorrida.



JOÃO BATISTA VILHENA
Relator designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

APELAÇÃO CÍVEL nº 0201838-05.2011.8.26.0100
COMARCA DE SÃO PAULO (18ª Vara Cível do Foro Central)
APELANTES E APELADOS: MARCUS BUAIZ
WANESSA GODOI CAMARGO BUAIZ
JOSÉ MARCUS DOUTEL DE CAMARGO BUAIZ
RAFAEL BASTOS HOCSMAN

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

VOTO nº 1752

Antes de adentrar na análise do presente caso, observo ter ele despertado enorme polêmica e intenso debate na sociedade civil. Isto é natural, por versar sobre fato ocorrido em programa televisivo e que envolve pessoas com grande notoriedade. Milhares de pessoas já se pronunciaram a respeito, via *Internet*, *Twitter*, *blogs* e, até mesmo, por meio da imprensa. A título de exemplo, confira-se a coluna de Mônica Bergamo no jornal *Folha de São Paulo*, edição de 12 de outubro de 2011 (<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/989371-wanessa-camargo-quer-indenizacao-de-rafinha-bastos.shtml>). Em grande número, pessoas proferiram seu veredito, para alguns, condenatório, para outros, absolutório. Marca dos tempos atuais, onde a comunicação em massa provoca impacto e gera manifestações reativas da população. Tudo fruto da liberdade de expressão inerente aos regimes democráticos.

Faço esse breve comentário para deixar ressaltado que aqui não haverá mais uma opinião, dentre as tantas, todas respeitáveis, já expressadas. Trata-se, como todos sabem, de decisão judicial, na qual não serão julgadas as pessoas envolvidas, nem suas posturas, gestos, palavras ou hábitos, mas sim se um determinado fato concreto, por elas vivenciado, merece ou não gerar consequências jurídicas na esfera cível (especificamente, uma indenização por dano moral). Que fique bem claro: não se decide aqui se “A” ou “B” acertaram ou erraram no referido episódio. Julga-se se ele deve ou não gerar indenização no âmbito civil.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

Passo a analisar o caso, iniciando com duas questões processuais.

A primeira consiste em não aplicar o mandamento contido no artigo 398 do CPC (dar vista à parte contrária) em relação aos documentos juntados em sede recursal. Isto porque se tratam, basicamente, de recortes jornalísticos ou cópias de pareceres/decisões judiciais, sem qualquer relevância concreta ou influência para o deslinde da controvérsia, lembrando-se, ademais, que a instrução já foi encerrada.

Já a segunda diz respeito à preliminar arguida pelo réu em relação ao pequeno filho do *casal Buaiz*, que, na época dos fatos, ainda era nascituro.

Ressalto que esta discussão não se refere à legitimidade ativa, mas sim à capacidade de ser parte ou personalidade judiciária, que é um dos pressupostos de existência do processo. Por outros termos, o cerne do problema diz respeito à aptidão para alguém ser parte de qualquer processo, ainda que ilegítima, de sorte que a personalidade judiciária é um conceito absoluto, não admitindo gradação: ou se tem, ou não se tem.

Como se vê, trata-se de tema intimamente ligado ao momento em que um ser humano adquire personalidade jurídica, tornando-se uma pessoa para a ordem jurídica. Esta é, sem dúvida, uma das questões mais intrigantes do direito civil, que ainda está longe de atingir um consenso na doutrina e na jurisprudência.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo Curso de Direito Civil*, v. I: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 83), existem três teorias fundamentais no Brasil sobre o momento de aquisição da personalidade jurídica. Pela teoria natalista, um ser humano só passa a ser considerado pessoa para a ordem jurídica a partir do nascimento com vida, de tal arte que o nascituro goza de mera expectativa de direito. Pela teoria da personalidade condicional, o nascituro possui direitos que ficam sob condição suspensiva, que só se consolidam em caso de nascimento com vida. E, pela teoria concepcionista, a personalidade jurídica é adquirida com a concepção, de modo que o nascituro já deve ser considerado pessoa.

Em sua primeira parte, o artigo 2º do CC leva a crer que foi adotada a teoria natalista (*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida...*). Por outro lado, a segunda parte denota influência da teoria concepcionista, na medida em que *a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*.

Até aqui, podemos afirmar que a legislação dotou o nascituro, no mínimo, de capacidade de direito, que é a aptidão para ser sujeito em relações jurídicas de cunho patrimonial. Nessa toada, ele seria, pelo menos, um ente despersonalizado, como o condomínio e o espólio. Por conseguinte, teria capacidade de ser parte em processos.

Indo um pouco mais longe, dentro do que a ocasião permite, entendo que seria incoerente a lei considerar um ser humano ainda não nascido a um conjunto de bens como a herança jacente, deixando-o em situação mais desvantajosa do que as pessoas jurídicas, que gozam de direitos da personalidade compatíveis com a falta



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

de estrutura biopsicológica (artigo 52 do CC). Nessa senda e levando-se em conta a Súmula nº 227/STJ, questiono: uma pessoa jurídica pode sofrer dano moral, mas um nascituro não?

A meu ver, essa discriminação não se coaduna com o que rezam a Constituição Federal, o Código Civil e outras normas legais contemporâneas, todas voltadas à valorização da pessoa humana. Além disso, como o artigo 2º do *Código Reale* dá espaço para mais de uma interpretação, não vejo motivo para adotar aquela que confere menos direitos a um ser humano, sendo oportuno lembrar o adágio *benigna amplianda, odiosa restringenda* e também a clássica lição de Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 136) vazada nos seguintes termos: *Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*.

Prosseguindo, se o nascituro só tivesse expectativa de direito, apenas direitos patrimoniais ou somente direitos existenciais, não seria possível dar uma explicação coerente para inúmeras situações como as mencionadas a seguir. Primeira, a proteção do Código Penal à vida do nascituro, no contexto dos crimes contra a pessoa, que tipifica diversas modalidades de aborto (artigos 124 a 128). Segunda, o disposto no artigo 7º do ECA (*A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência*) e no artigo 26, parágrafo único, da mesma lei (*O reconhecimento [de filho havido fora do matrimônio] pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes*). Terceira, os



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

alimentos gravídicos, pagos pelo suposto pai para o bom desenvolvimento do bebê no ventre materno, conforme disciplinado na Lei nº 11.804/2008.

Mais e ainda, deve ser invocado o artigo 1º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que diz: *Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano*. Apesar de este tratado não integrar o bloco de constitucionalidade, por não ter sido introduzido no direito brasileiro pelo procedimento do artigo 5º, § 3º, da CF, versa sobre direitos humanos, gozando, assim, de *status* supralegal. Ora, se uma mulher grávida carrega dentro de si um ente que já tem natureza humana e apenas se desenvolve ao longo da gestação, é inequívoco que ele é pessoa, ou seja, além de capacidade de direito, também tem personalidade jurídica, sendo apto a figurar tanto em relações de cunho patrimonial, quanto em relações de caráter existencial.

Diante disso, não resta dúvida de que o pequeno filho dos demais autores, que veio ao mundo durante o trâmite da lide, pode figurar no polo ativo processual desde sua vida intrauterina, ficando afastada a preliminar arguida pelo réu. Ademais, noto que o fato de o referido menor ter ou não sofrido dano moral é questão de mérito e somente oportunamente será analisada.

Avançando, ingresso na apreciação da matéria de fundo.

Antes de mais nada, entendo ser simplista e superficial uma análise isolada das palavras geradoras da controvérsia. Indispensável é examiná-las dentro do seu contexto. De fato, qualquer frase, escrita ou falada, deve ser interpretada não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

somente de forma literal e gramatical, mas, também, dentro da conjuntura que lhe reveste. Caso contrário, os julgadores não precisariam se valer, em casos com este, de qualquer texto legal, doutrinário ou jurisprudencial. Bastaria ter um único livro em sua estante: um dicionário da língua portuguesa.

Em busca de tal exegese global e completa, necessário fazer algumas menções ao programa “CQC”, exibido pela Rede Bandeirantes de Televisão em 19/9/2011. Friso que, apesar de não ter sido juntado aos autos um DVD com a gravação da totalidade desse episódio, deve-se considerar que, dada a grande audiência do programa, o lá ocorrido pode ser considerado um fato notório, independentemente de prova, nos termos do artigo 334, inciso I, do CPC. Aqui, aproveito para transcrever o comentário de Antônio Cláudio da Costa Machado (*Código de processo civil interpretado*. 10. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 409):

Vista pela ótica das partes, que têm sobre si o ônus da prova, a norma em questão significa que não é preciso provar por qualquer meio os fatos elencados a seguir. (...)

Fatos notórios são os fatos de conhecimento geral. A notoriedade de um fato, no entanto, comporta gradações e vai desde o conhecimento de que são possuidoras todas as pessoas do planeta, passando pelo conhecimento dos habitantes de um país, de uma região, de um Estado, de uma cidade ou mesmo de uma localidade. O fato notório não precisa ser provado e, observe-se, nada tem a ver com presunção (...).

De qualquer forma, afastando qualquer óbice ao completo conhecimento da controvérsia, observo que foi postado no *site YouTube* um vídeo com a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

íntegra do programa “CQC” daquela data (<http://www.youtube.com/watch?v=O1nVpidA-wg>), ao qual se farão algumas referências.

Pois bem, antes da polêmica frase do réu sobre a autora, foi exibida uma reportagem em que *Oscar Filho*, um dos integrantes da equipe, conversa e brinca com diversos artistas presentes em uma festa da dupla *Zezé Di Camargo & Luciano* (de 0h40min00seg a 0h46min13seg). Uma das pessoas abordadas pelo humorista foi a autora *Wanessa* (entre 0h44min21seg e 0h45min18seg); nessa ocasião, foram feitas brincadeiras, algumas envolvendo gravidez e prazer sexual. Nota-se que *Wanessa* aceitou de bom grado os comentários jocosos de *Oscar Filho* e, aparentemente, até se divertiu com tal situação.

Momentos depois, voltou-se ao estúdio, aparecendo a bancada do “CQC”, na qual, antes de darem sequência com outro quadro, seus integrantes (o réu, *Marcelo Tas* e *Marco Luque*) comentaram tal reportagem (entre 0h46min36seg e 0h48min10seg). Durante esse momento, *Marcelo Tas* elogia a beleza de *Wanessa*, ocasião em que *Rafinha Bastos* acrescenta: *Eu comeria ela e o bebê, não tô nem aí! Tô nem aí!* Logo em seguida, percebe-se que ele chega a rir do que acabou de dizer, juntamente com o público presente ao auditório.

Ora, o conjunto dos fatos não demonstra qualquer intenção séria de o réu ter relações sexuais com *Wanessa* e seu filho, nem de fazer apologia ao estupro ou à pedofilia, havendo apenas uma piada, ainda que extremamente infeliz, grosseira e de mau gosto. Típica de alguns adolescentes, que se alvoroçam com a presença (ou até mesmo a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

mera lembrança) de uma bela mulher, fazendo piada de tudo, quase sempre (se não na totalidade das vezes) com conotação lasciva e libidinosa. Parece ser a hipótese aqui, a despeito de estar o réu, ao menos fisicamente, integrando outra faixa etária. Nítido o seu *animus jocandi*, sendo notório que o demandado, tradicional e genericamente, adota uma linha de humor tida por alguns como rude, áspera e ácida. Marca de seu personagem televisivo, que, por opção própria, tem estilo distinto, por exemplo, da renomada atriz e comediante *Marisa Orth* que, entrevistada por *Sonia Racy* (jornal *O Estado de São Paulo* de 02 de julho de 2012, página D2), comentou o caso presente e, a seguir, esclareceu o seu ponto de vista, *in verbis*: *Não fico falando mal dos outros para fazer graça. Você tem que pesar quanto vai machucar ou provocar risos com a piada. Se for doer muito, esquece.* A seguir, contudo, *Marisa Orth* prossegue com a entrevista, defendendo um Brasil mais livre e revelando ser contra a censura e alguns outros resquícios da ditadura ainda existentes.

Ante o acima exposto, concluo que os fatos aqui narrados se situam, ainda que sob a mais rigorosa das análises, numa zona cinzenta entre o lícito e o ilícito, dentro dos nebulosos limites que separam as liberdades de expressão e de criação artística (artigos 5º, inciso IX, e 220, *caput*, e § 2º, da CF) do direito à honra de alguém (artigo 5º, inciso X). Aplica-se, então, o princípio geral de direito, tão conhecido no direito processual penal, segundo o qual, havendo dúvida, não se pode condenar. O mesmo pode ser verificado no direito processual civil, porquanto a dúvida significa não ter o autor provado, concreta e inequivocamente, os fatos constitutivos do seu direito (artigo 333, I, do CPC).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

Destaque-se o *e-mail* de fls. 109, enviado pelo réu ao autor *Marcus*, pedindo expressas desculpas e confirmando que houve apenas uma piada.

Sob qualquer ângulo, portanto, não se provou o dolo, ou seja, intenção de ofender. Culpa também está aqui ausente, pois se descartam a imprudência (em se tratando de programa humorístico conhecido pelo sarcasmo, não se pode dizer, propriamente, que a piada foi fruto da ausência de cuidado), a imperícia (o réu é experiente profissional da área, em que pese o polêmico estilo por ele adotado) e a negligência (não houve qualquer omissão, mas sim ação).

Anoto, mais, que, havendo um conflito entre princípios constitucionais, deve ele ser avaliado à luz do determinado caso concreto. Embora, de um lado, nem o humorista, nem quem quer que seja, tenha absoluta liberdade para dizer o que bem entenda, por outro, não se pode considerar determinadas pessoas ou assuntos como tabus, proibidos, isentos e imunes a piadas ou sátiras.

Além disso, importante frisar que o “aceitável”, em termos de humor, também varia de acordo com cada sociedade, seu momento histórico, o local e a ocasião. Um mesmo comentário pode soar desrespeitoso, por exemplo, em uma solenidade da Academia Brasileira de Letras, num culto religioso ou, mesmo, em sessão de determinado tribunal. Será, entretanto, banal e irrelevante, se levado a efeito durante um churrasco em família, uma partida de futebol entre amigos ou, ainda, um programa humorístico. Bom que se diga que, à primeira vista, isso pareceria ofensivo ao princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF), mas, na realidade, essa diferença de tratamento vem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

justamente ao encontro da igualdade, na medida em que se confere tratamento desigual a situações desiguais.

Mais e ainda, a frase acabou sendo proferida pelo demandado porque *Wanessa* estava na festa e aceitou ser entrevistada no programa “CQC”, conhecido cenário de piadas pouco suaves, nada delicadas, nunca brandas ou jamais amenas. Por ser uma artista talentosa, jovem e bonita, filha do cantor *Zezé Di Camargo* e sobrinha do também cantor *Luciano*, que organizaram o evento, era previsível que os apresentadores do “CQC” fossem *fazer alguma graça* (ainda que *sem graça*) com a demandante. Se ela definitivamente não quisesse correr o risco de se expor, poderia ter se recusado a dar entrevista ao repórter *Oscar Filho*. Longe de se querer, com isto, *culpar a vítima* pela incômoda e desagradável (embora não ofensiva) situação que vivenciou. Mas, se reconhece que poderia, ela própria, ter prevenido e evitado qualquer risco, caso desejasse, se afastando sem dar atenção ao repórter desse já conhecido (e, como todos sabem, longe de ser moderado ou “politicamente correto”) programa de humor.

Nesse momento, oportuno pontuar que, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, as pessoas são dotadas de liberdade de expressão e de criação artística, podendo manifestar seus pensamentos e sua arte livremente, sem a preocupação em agradar ao gosto dos agentes de uma censura oficial, como já ocorreu por aqui e ainda acontece em outros países. Recentemente, em 03 de agosto de 2012, noticiou a agência de notícias britânica *The Telegraph* (*China bans foreign remakes as it cracks down on TV*) que as autoridades da China decretaram uma nova série de normas e recomendações para programas de televisão; entre as exigências, está a de reduzir o número de piadas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

contadas por personagens durante novelas de época e dramas históricos chineses exibidos (<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/china/9449779/China-bans-foreign-remakes-as-it-cracks-down-on-TV.html>). Já o jornal *Folha de São Paulo* informou que, em 17 do mesmo mês, a Justiça da Rússia condenou as três integrantes da banda punk *Pussy Riot* a dois anos de prisão por fazerem um protesto contra o governo na principal catedral de Moscou (<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1138831-russia-condena-pussy-riot-veja-protesto-da-banda-em-catedral.shtml>).

Voltando à nossa realidade, a psicanalista Betty Milan, em entrevista ao jornal *O Estado de São Paulo* de 29 de julho de 2012, página J7, assim respondeu, ao ser indagada sobre o que há de mais positivo na cultura brasileira: *O fato de privilegiarmos a cultura do brincar, uma cultura da sátira, senão da zombaria. Ela zomba do que é sério, cultua o riso e se realiza através do gracejo. O impossível para ela não existe porque, dispondo de várias máscaras, ela o contorna. Assim sendo, não é de briga, é pacífica, não faz guerra nem mesmo contra a guerra, brinca, e essa é sua maneira de resistir a tudo o que a contraria. Sua coragem é a do humor, a de quem dribla a tristeza e só aposta na alegria. Inadvertidamente sacrílega, essa cultura não reverencia, senão irreverentemente as outras culturas que ela, brincando, dessacraliza.*

No ensejo, já que se fez, aqui, mais de uma referência ao jornal *O Estado de São Paulo*, lembre-se de sua histórica resistência contra a censura nos anos de ditadura, quando publicava poesias de Camões ou receitas culinárias nos espaços glosados pelo regime opressor. Também da sua insistente insurgência contra a proibição de informar notícias da ação policial denominada *Operação Boi Barrica* (hoje completando, segundo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

cálculos do próprio jornal, 1.194 dias). Mais recentemente, do seu inconformismo com decisão da Justiça Eleitoral do Amapá que determinou a retirada de um texto do Blog de *João Bosco Rabello*, diretor da sucursal de Brasília do Grupo Estado (<http://blogs.estadao.com.br/radar-politico/2012/09/25/abraji-lamenta-censura-a-blog-de-joao-bosco-rabello/>). Ou da repercussão gerada pela decisão da Justiça Eleitoral de Mato Grosso do Sul, que decretou, pouco tempo atrás, a prisão do presidente do *Google Brasil* (<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,justica-do-ms-manda-prender-presidente-do-google,935698,0.htm>).

Ainda há quem, ultimamente, cogite censurar *Monteiro Lobato* (<http://blogs.estadao.com.br/rotina-de-estudante/2010/11/03/monteiro-lobato-sob-censura/>) ou o filme *Ted*, que retrata as peripécias de um urso de pelúcia pouco convencional e, utilizando a linguagem dos jovens, muito *descolado* (<http://emails.estadao.com.br/noticias/cinema,ministro-da-justica-rejeita-pessoas-para-censurar-filme-ted,3207,0.htm>).

Não se está ignorando que a tão decantada liberdade de expressão encontra limites. Nem o humorista, nem qualquer outra pessoa, tem salvo conduto absoluto. Tome-se, como exemplo, o caso do cineasta obscuro que, com uma idéia esdrúxula na cabeça, uma câmera na mão e acesso ao *You Tube*, ateou fogo em metade do Oriente Médio e, segundo se cogita, desencadeou o ataque ao Consulado dos EUA em Benghazi (Líbia) que deixou quatro americanos mortos, dentre eles o embaixador *Chris Stevens* (<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1160411-produtor-de-polemico-video-anti-isla-e-presos-em-los-angeles.shtml>).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

Volto ao caso *sub judice*. Na minha ótica, aplicar aqui uma sanção civil de natureza indenizatória ao comediante que não agradou (seja a uma parcela do público, seja a artistas, seja a autoridades) implicaria em impor *standards* aos diversos tipos de humor, segmentando-os em categorias (permitido/proibido, lícito/ilícito, de bom gosto/de mau gosto etc).

Não menos importante é a liberdade de escolha e de opinião dos indivíduos, que, sendo dotados de inteligência e autonomia, têm condição de tomar suas próprias decisões, sem a necessidade de tutela estatal. Assim, podem avaliar as atrações disponíveis no seu televisor e no seu computador, selecionando apenas as que estiverem mais de acordo com suas convicções. Nessa senda, não cabe ao Poder Judiciário, enquanto órgão do Estado, prescrever se as pessoas devem ser submetidas a programas de humor mais ou menos refinado, se devem preferir o programa “X” ao programa “Y” e, enfim, se devem prestigiar, repudiar ou ficar neutras em relação ao trabalho de *Rafinha Bastos*.

Graças à liberdade de expressão, o público já pôde (e vem podendo) se manifestar das mais diversas formas sobre a piada feita pelo demandado. Uma rápida pesquisa no *Google* mostra o debate que se travou na sociedade sobre o tema: muitos deixaram seus comentários abaixo de notícias, outros chegaram a postar vídeos do *YouTube*, tanto a favor quanto contra o comportamento do réu. A meu ver, esse é o cenário no qual deve ser discutida a qualidade do humor feito pelo demandado, ficando ele sujeito ao apoio, ao repúdio, ao elogio, à crítica, ao ganho ou à perda, seja de audiência, seja de patrocínios, seja de contratos publicitários.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

Aliás, o próprio requerido se expressou sobre a repercussão do caso, mantendo sua postura humorística, como se nota, por exemplo, num dos vídeos gravados no DVD juntado pelos autores, em que o réu aparece em churrascaria, onde brinca que não comeria *baby beef*, nem *fraldinha*, mas se finge pensativo quando o garçom lhe oferece algo para beber. Aqui também se verifica que, dentre as múltiplas maneiras possíveis, ele optou por se manifestar de forma cômica, entendendo equivocada a avaliação feita por alguns no sentido de que ofendera *Wanessa, Marcus* e o filho do casal com o comentário no “CQC”.

Em posicionamento semelhante ao aqui encampado, cito o seguinte trecho do voto da Ministra Nancy Andrichi, proferido no REsp nº 736.015-RJ:

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.

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

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.

Além de ter o requerido agido sem dolo ou culpa, também não há que se falar em dano moral por lesão a direitos da personalidade, embora sejam evidentes, compreensíveis e respeitáveis o incômodo e a repulsa que *Wanessa* e *Marcus* tiveram em relação ao comentário de *Rafinha Bastos*. Porém, sua honra e reputação não sofreram abalo perante a opinião pública; ao revés, o ocorrido despertou, em favor dos autores, manifestações de simpatia e apoio por muitas pessoas, além do carinho que já costumeiramente recebem de sua vasta legião de fãs e admiradores. Aborrecimento houve, sem dúvida, mas este, embora torne os autores, membros de notória e admirada família, merecedores de todo o respeito, consideração e solidariedade, não é indenizável.

Sobre isso, vale transcrever a conhecida lição doutrinária de Sergio Cavalieri Filho (*Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 83 e 84):

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

No mesmo sentido, a jurisprudência de nosso tribunal:

INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Abuso no exercício da liberdade de expressão. Inocorrência. Caso da "Favela Naval". Programas humorísticos de televisão, que, sob a forma e os exageros artísticos próprios da sátira, exerceram direito de crítica aos crimes praticados por policiais militares, no exercício da função. Prevalência da mensagem sobre a roupagem artística. Intenção e capacidade ofensiva a terceiros, ademais, inexistentes. Verba não devida. Ação indenizatória proposta por soldado que, pertencente ao mesmo batalhão, não participou dos fatos criticados. Improcedência decretada. Improvimento ao recurso por duplo fundamento. Aplicação dos arts. 5º, incs. IV e XIV, e 220, caput e § 1º, da CR, e do art. 27, VIII, da Lei nº 5.250/67, e art. 160, I, do CC. Não caracteriza abuso da liberdade de imprensa, mas exercício legítimo do direito de crítica, inofensiva a outros membros do destacamento, a exibição de programas humorísticos de televisão, em que, sob a forma e os exageros artísticos da sátira, se faz reprimenda severa a crimes graves praticados por policiais militares, no exercício da função (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 139.136-4/4-00, Comarca São Paulo, Rel. Des. Cezar Peluso, j. 20/5/2003, destaques no original); e

Apelação - Reparação de Danos - Utilização do nome "Tabajara" por programa humorístico veiculado pela ré, que tornou o prenome do autor de cunho vexatório - Descabem os danos morais - Nem todo mal-estar configura dano moral -



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

Recurso improvido (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9110119-36.2004.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 24/8/2011).

Em remate, os autores alegam não querer aqui lucrar, tanto que doariam eventual indenização à caridade; desejam, sim, uma punição para servir de exemplo e desestímulo ao réu. Pois bem, acredita-se totalmente em tal afirmação, que soa inegavelmente sincera. Mas, lembro que é o direito penal, não o civil, aquele de índole originariamente punitiva (embora majoritária a corrente jurídica que admite dupla função da indenização por dano moral, inspirada no direito norte-americano). Ademais, se o objetivo da presente ação cível é somente este (punição de natureza não criminal), já foi ele atingido, sendo público e notório que estes fatos levaram o réu a ser execrado por parte da opinião pública e, ainda, sumariamente afastado, não só do programa, mas também da respectiva emissora televisiva.

Concluo, pois, que, nestes autos, está ocorrendo o que o culto Diretor-Presidente da Escola Nacional da Magistratura (ENM), Magistrado e Professor Roberto Portugal Bacellar (artigo *O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos*, in Revista da ESMAM/Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão, v.6, n.6, jan./dez.2009, pp. 11/21), define como sendo um descompasso entre a lide processual e a lide sociológica. Aqui, na primeira (lide processual) se pede, formalmente, uma indenização em dinheiro, mas, na verdade, a lide sociológica consiste no conflito causado pela piada desagradável e grosseira que, compreensivelmente, aborreceu aos autores. Ora, pode-se resolver o conflito real (lide sociológica) de outro modo, desde que os autores, demonstrando ter a grandeza que faltou ao réu quando do seu comentário



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

jocosos, aceitem o pedido de desculpas expresso no *e-mail* copiado a fls. 109 e encarem que, de fato, houve apenas uma piada notadamente tosca e infeliz, em decorrência da qual o demandado já foi, nos âmbitos profissional e comercial, sancionado.

Enfim, em que pesem os nobres entendimentos em contrário, inclusive aquele expresso por esta mesma 10ª Câmara em caso relativamente assemelhado (Apelação nº 0332397-30.2009.8.26.0000), entendo, pelo que de tudo aqui consta, não emergir a responsabilidade civil subjetiva (artigos 186 e 927, *caput*, do CC).

Com isto, pelo meu voto, a r. sentença deveria ser reformada, guardado o respeito ao seu culto e dedicado prolator, a fim de se afastar a condenação imposta ao requerido. Destarte, ficaria prejudicada a análise da apelação dos requerentes, cujo objetivo era tão somente majorar o valor da indenização aqui denegada.

Considerando a modificação da sucumbência, tornar-se-ia necessário inverter o ônus dela decorrente.

Assim, os demandantes suportariam integralmente as custas judiciais, as despesas processuais e os honorários advocatícios, que, em virtude do zelo profissional e da qualidade do trabalho desenvolvido, mas também da rapidez com a qual foi solucionado, fixo em 15% do valor da causa atualizado a contar do dia do ajuizamento (13/10/2011).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
10ª Câmara de Direito Privado

Diante do exposto, pelo meu voto era dado provimento ao recurso do réu, com alteração do ônus da sucumbência, ficando prejudicada a análise do apelo dos autores.

ROBERTO MAIA

Relator originário

(com voto vencido)