

O FATO DE ATRIBUIÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL

Érico Marques de Mello*

APRESENTAÇÃO



A partir do presente trabalho, analisam-se os aspectos determinantes de responsabilidade civil, em precedente jurisprudencial, que firmou o que se denomina “direito ao esquecimento”.

O precedente é aplicável tanto em benefício de vítimas, quanto pessoas que teriam praticado crimes e, após condenação e reabilitação, sofressem com exposição pública da imprensa com a divulgação de matérias jornalísticas sobre tais fatos.

A questão em discussão é o conflito entre privacidade e dever de informar, no sentido de se verificar:

- por um lado, os limites da atividade jornalística na divulgação de fatos criminosos reais;
- por outro lado, o direito de uma pessoa não ter a sua privacidade violada pela respectiva atividade de imprensa.

1. ANÁLISE DE JULGADO BRASILEIRO

Trata-se do recurso especial, REsp 1.335.153-RJ (Informativo do STJ nº 527 de 2013), da relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 28 de maio de 2013, pelo Superior

*Mestre em Direito pela FADISP. Especialista em Ciências Políticas pela UnB. Advogado do Sindicato Nacional dos Analistas-Tributários da Receita Federal do Brasil – SINDIRECEITA. Anulo do programa de Pós-Graduação Internacional da Universidade Nacional de Buenos Aires.

Tribunal de Justiça, em que se responsabilizou emissora de televisão, por apresentar em programa, fatos da década de 50, consubstanciados em crime de homicídio.¹

Segundo teor do julgado, haveria o direito ao esquecimento, que decorre da prerrogativa individual de impedir que informações verídicas de fatos não atuais, capazes de determinar prejuízo, sejam levadas a público de forma reiterada. O principal fundamento do direito ao esquecimento seria tutela da dignidade da pessoa humana.²

O espaço público utilizado para fomentar desprestígio à vida particular de pessoas, ou a trazer lembranças de dor e sofrimento, por motivo sensacionalista. É possível justificativa para se limitar o direito de imprensa, em razão do exercício abusivo, no caso concreto, diante do grande prejuízo sofrido pela exposição de informações passadas.³

¹Vide em: SALOMÃO, Luís Felipe. Recurso Especial (RESP) nº 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Publicação DJ 10/09/2013. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uenci-

[al=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=P](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uenci-al=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=P)
DF.

Consulta realizada em 18 de março de 2013: “DIREITO CIVIL. DIREITO AO ESQUECIMENTO.

A exibição não autorizada de uma única imagem da vítima de crime amplamente noticiado à época dos fatos não gera, por si só, direito de compensação por danos morais aos seus familiares. O direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens.”

²Ibidem: “Sobre o tema, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF preconiza que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Na abordagem do assunto sob o aspecto sociológico, o antigo conflito entre o público e o privado ganha uma nova roupagem na modernidade: a inundação do espaço público com questões estritamente privadas decorre, a um só tempo, da expropriação da intimidade (ou privacidade) por terceiros, mas também da voluntária entrega desses bens à arena pública.”

³Vide SALOMÃO, Luís Felipe. Recurso Especial (RESP) nº 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Publicação DJ 10/09/2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq>

Não se pode privilegiar o direito de imprensa, enquanto função pública, em detrimento de grande prejuízo particular. Isso porque a dignidade da pessoa resta comprometida, pelo volume de informação, que seria relevante em momento histórico, mas no contexto atual não possui espaço, em âmbito público, por ausência de relevância.⁴

O que está em jogo, na análise no caso concreto, é o conflito de valores: a dignidade da pessoa humana; e a liberdade de imprensa. No caso concreto, a liberdade de imprensa não é uma prerrogativa absoluta, ou uma faculdade ilimitada de divulgação de fatos sociais. Especificamente no caso concreto, a prerrogativa da atividade jornalística deve ceder, por ser considerada criação da pessoa humana, e não assumir a importância da própria pessoa.⁵

uenci-
al=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=P
DF.

Consulta realizada em 18 de março de 2013:

“Acrescente-se a essa reflexão o sentimento, difundido por inédita "filosofia tecnológica" do tempo atual pautada na permissividade, segundo o qual ser devassado ou espionado é, em alguma medida, tornar-se importante e popular, invertendo-se valores e tornando a vida privada um prazer ilegítimo e excêntrico, seguro sinal de atraso e de mediocridade. Sob outro aspecto, referente à censura à liberdade de imprensa, o novo cenário jurídico apoia-se no fato de que a CF, ao proclamar a liberdade de informação e de manifestação do pensamento, assim o faz traçando as diretrizes principiológicas de acordo com as quais essa liberdade será exercida, reafirmando, como a doutrina sempre afirmou, que os direitos e garantias protegidos pela Constituição, em regra, não são absolutos.”

⁴Ibidem: “Assim, não se pode hipertrofiar a liberdade de informação à custa do atrofamento dos valores que apontam para a pessoa humana. A explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família prevista no § 1º do art. 220, no art. 221 e no § 3º do art. 222 da CF, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto.”

⁵Ibidem: “Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de o direito à informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, IX), a CF mostrou sua vocação antropocêntrica ao gravar, já

É justamente na dignidade da pessoa humana enquanto valor que se restringe a possibilidade ampla e irrestrita de se divulgar informação sobre fatos de relevância criminal, ocorridos historicamente. Há o direito da pessoa de não ser submetida permanentemente a divulgação de fatos prejudiciais e depreciativos, ou que lhe cause dor e sofrimento.⁶

Pelo direito ao esquecimento é possível afirmar que o interesse público de divulgação de dados e informações verdadeiras não pode prevalecer, diante da imagem da pessoa, mais especificamente ao direito de personalidade.⁷

no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como mais que um direito um fundamento da república, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos. A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e, até mesmo, o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível erga omnes, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, tendo sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos.”

⁶Vide em SALOMÃO, Luís Felipe. Recurso Especial (RESP) nº 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Publicação DJ 10/09/2013. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uenci-al=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=P-DF.

Consulta realizada em 18 de março de 2013: “Ademais, a permissão ampla e irrestrita de que um fato e pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo a pretexto da historicidade do evento pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Nesses casos, admitir-se o direito ao esquecimento pode significar um corretivo tardio, mas possível das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.”

⁷Ibidem: “Além disso, dizer que sempre o interesse público na divulgação de casos judiciais deverá prevalecer sobre a privacidade ou intimidade dos envolvidos, pode violar o próprio texto da Constituição, que prevê solução exatamente contrária, ou seja, de sacrifício da publicidade (art. 5º, LX). A solução que harmoniza esses dois interesses em conflito é a preservação da pessoa, com a restrição à publicidade do processo, tornando pública apenas a resposta estatal aos conflitos a ele submetidos, dando-se publicidade da sentença ou do julgamento, nos termos do art. 155 do Código de Processo Civil e art. 93, IX, da Constituição Federal.”

1.1 ALGUMAS PREMISSAS CONSIDERADAS

Em primeiro lugar, não se trata de juízo sobre a licitude da divulgação da notícia, pois em regra se observa exercício da atividade jornalística. Entretanto a excessiva divulgação de informações, sem qualquer relevância atual, apresenta-se como exercício abusivo, que deve ser considerado indevido. No julgado a conduta da emissora de televisão se revelou indevida.⁸

Em segundo lugar, a imprensa não pode exercer o direito de informação de forma ilimitada, e não encontra como única restrição possível no dever de informar a veracidade da informação. A liberdade de informação não pode ser tratada como prerrogativa ilimitada.⁹

Em terceiro lugar, a vítima do fato criminoso, assim como todas as pessoas envolvidas, tem direito ao esquecimento. Há um direito dessas pessoas de não verem informações pessoais de danos ocorridos no passado permanentemente expostas.¹⁰

⁸Ibidem: “Por fim, a assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito reagitar o que a lei pretende sepultar.”

⁹Ibidem: “Isso vale até mesmo para notícias cujo conteúdo seja totalmente verídico, pois, embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em direito absoluto e ilimitado.”

¹⁰Vide SALOMÃO, Luís Felipe. Recurso Especial (RESP) n° 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Publicação DJ 10/09/2013. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uenci-al=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=P-DF.

Consulta realizada em 18 de março de 2013: “Nesse contexto, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento, se assim desejarem, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana

O direito a privacidade é tanto da vítima, quanto do agressor. A pessoa do criminoso, que cumpriu sanção penal e já se reabilitou tem o direito ao esquecimento. O direito ao esquecimento é inerente à ressocialização, ou ao propósito de recomeço, de não se submeterem à permanente julgamento.

Em quarto lugar, a divulgação dos fatos se torna prejudicial aos familiares das vítimas, obrigados a conviver permanentemente com informações passadas, já esquecidas e são surpreendidos com a exposição da vida privada de seus entes queridos.

1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE

Nesta oportunidade será analisado a partir dos elementos da responsabilidade civil o dever de indenizar, decorrente do que se denominou “direito de esquecimento”.¹¹

Não se questiona a divulgação dos fatos em si, mas a utilização comercial, em caráter sensacionalista. O interesse comercial que viola a privacidade e justifica indenização em favor da vítima e seus familiares, ou da pessoa que tenha cumprido sanção penal e passado pela reabilitação.¹²

solução de reconhecer esse direito ao ofensor o que está relacionado com sua ressocialização e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.”

¹¹Ibidem: “Todavia, no caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e se vai adquirindo um direito ao esquecimento, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.”

¹²Ibidem: “Nesse contexto, deve-se analisar, em cada caso concreto, como foi utilizada a imagem da vítima, para que se verifique se houve, efetivamente, alguma violação aos direitos dos familiares. Isso porque nem toda veiculação não consentida da imagem é indevida ou digna de reparação, sendo frequentes os casos em que a imagem da pessoa é publicada de forma respeitosa e sem nenhum viés comercial ou econômico. Assim, quando a imagem não for, em si, o cerne da publicação, e também não revele situação vexatória ou degradante, a solução dada pelo STJ será o

Dessa forma, o julgado indicado nesta oportunidade será analisado, quanto aos elementos da responsabilidade civil: dano injusto; fator de atribuição; nexos de causalidade; e juridicidade.

2. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Observa-se que se trata de caso envolvendo o direito de informação, de programa de televisão. A conduta em questão não é ilícita, nem poderia ser considerada antijurídica, a informação é uma prerrogativa da imprensa. É importante observar que atualmente é possível a responsabilidade civil, em circunstâncias não alcançadas pela teoria tradicional da responsabilidade civil.¹³

Em parâmetros tradicionais não seria possível conceber qualquer responsabilidade civil, no caso em análise. Sem embargo, a sociedade atual exige novos parâmetros de responsabilidade civil e não é admissível a que a vítima suporte o prejuízo indevidamente causado, no caso em análise, ainda que em decorrência de uma atividade lícita, conforme será observado.

2.1. DANO INJUSTO

reconhecimento da inexistência do dever de indenizar. REsp 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/5/2013.”

¹³BORAGINA, Juan Carlos e MEZA, Jorge Alfredo. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual (con especial referencia al Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial.

Disponível em:

http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan_estudio/asi_g_catedras_matestudio.asp?carr=1&depto=5&idmat=6&idcat=97&mat=Obligaciones%20Civiles%20y%20Comerciales&cat=Sandra%20Mabel%20Wierzba&matestud=0

Consulta realizada em 19 de março de 2014. p. 2: “El proceso de objetivación en la responsabilidad aquiliana también se proyectó al ámbito de la responsabilidad obligacional, al incorporar la reforma estándares jurídicos (como la buena fe probidad) que permitieron crear, a partir de una interpretación solidarista, deberes anexos de seguridad situables dentro de la relación obligatoria, junto a los deberes primario y secundarios de conducta, y vislumbrar la existencia de obligaciones de naturaleza objetiva en el contenido normativo original del Código.”

O primeiro elemento para se aferir a responsabilidade civil é o “dano injusto”. O dever de indenizar tem como ponto de partida o dano injusto, indenizável. Injusto como qualidade, no sentido de se observar o intolerável pelo ordenamento.¹⁴

O dano que se observa é o sofrimento revivido pelo programa de televisão, que expôs fatos históricos ocorridos na década em 60. A informação realizada com caráter jornalístico determinou angústia e sofrimento. O lapso temporal entre o fato e o momento presente qualificou como sensacionalista a informação, que resultou em dano injusto.

Trata-se de um direito inerente a pessoa humana, de não ter a sua privacidade exposta permanentemente. Ainda que não haja um critério formal, ou um dever legal a exposição deve ser considerada intolerável. É inequívoco o desvalor do ato causador do dano, ou o dano injusto, que foi verificado, pela exposição gratuita do sofrimento de uma pessoa, sob alegação de informação jornalística.¹⁵

Isso porque a responsabilidade civil tem a finalidade de estabelecer o dever de suportar o prejuízo individual do que se denomina dano injusto. Dentro da concepção atual de direito civil não se concebe a reparação do dano como uma consequência da culpa, ou sequer de conduta antijurídica. A questão em si é o dano não tolerado, no sentido de se definida a responsabilidade civil como uma decorrência, ou até razão jurídica,

¹⁴ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional de responsabilidade civil. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Curitiba, 2006. 114: “A ideia de dano injusto, como pressuposto contemporâneo da responsabilidade civil continua exigindo os atributos de certeza e atualidade que a doutrina tradicional já exigia para a caracterização do dano indenizável.”

¹⁵Idem. Ibidem. 120: “Assim sendo, o ‘dano injusto’ decorre de um desvalor do ato causador ou do resultado (do dano) a partir de uma adequada valoração comparativa dos interesses contrapostos contidos no âmbito de proteção das normas jurídicas.”

de distribuição do dever de indenizar.¹⁶

Dessa forma observa-se que a exposição de fatos determinou prejuízo à intimidade, privacidade e dignidade da pessoa humana. O bem jurídico tutelado é a paz de espírito, a tranquilidade, com a superação de um eventual traumático.¹⁷

Há o direito de informação, bem como a liberdade da imprensa, quanto serviço público prestado. Entretanto, é necessário verificar se o particular deve suportar uma exposição gratuita de sua privacidade. O direito sem volta para preservação da paz social, no sentido de oferecer segurança, tranquilidade, no sentido de que ao expor o passado de pessoas, houve ofensa à preservação da paz, e da tranquilidade.

Como propósito da responsabilidade civil não é de estabelecer culpa, ou de perquirir a conduta inaceitável socialmente, e sim verificar se a responsabilidade deve ou não ser suportada pela vítima, há espaço para o dever de indenizar. O conceito da responsabilidade civil não se restringe à lesão provocada por ato ilícito. A responsabilidade civil existe para justificar a esfera da proteção individual da vítima de não ser indevidamente lesada em seu direito.¹⁸

¹⁶PARKINSON. V. S. Besalú. La Responsabilidad Civil: tendencias actuales. La experiencia Argentina y su posible proyección al derecho mexicano. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art3.htm>. Consulta em 14 de março de 2014. p. 2: “La responsabilidad civil se ha redefinido, entonces, como una reacción contra el daño injusto. (...) la responsabilidad civil no es una forma de sancionar al culpable, sino de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió, cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento (...)”

¹⁷ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional de responsabilidade civil. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Curitiba, 2006. p. 115: “A ideia de antijuridicidade expressa situação contrária aos comandos legais. Toda situação que contraria um interesse tutelado pelo ordenamento jurídico em seu contexto valorativo é contrário ao Direito. Tal situação pode decorrer tanto de atos humanos como de fatos independentemente da vontade de uma pessoa.”

¹⁸PARKINSON. V. S. Besalú. La Responsabilidad Civil: tendencias actuales. La experiencia Argentina y su posible proyección al derecho mexicano. Disponível em:

2.2. FATOR DE ATRIBUIÇÃO

O fator de atribuição, também denominado nexa de imputação, exerce dupla função. Em primeiro lugar, o nexa de atribuição determina a razão jurídica para se atribuir o dever de indenizar. Em segundo lugar, o fator de atribuição define quem deve indenizar.¹⁹

Não é suficiente o dano intolerável, pois o elemento determinante para o dever de indenizar – a partir do dano injusto – é o fator de atribuição. A conduta para definir o dever de indenizar não precisa ser ilícita nem mesmo antijurídica. A conduta, mesmo lícita e compatível com o ordenamento jurídico, pode revelar o fator determinante da responsabilidade, fator de atribuição, que seria a causa jurídica para se decidir sobre o dever de indenizar.²⁰

O fator de atribuição em relação com a responsabilidade

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art3.htm>

Consulta em 14 de março de 2014. p. 6: “El precepto primario que gobierna al derecho de daños, está plasmado en la regla que prohíbe dañar a otros (*alterum non laedere*). (...)”

¹⁹ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional de responsabilidade civil. Disponível em:

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Curitiba, 2006. p. 134: “Além do dano injusto, é necessária a presença de um nexa de imputação (também denominado fator de atribuição) para que surja o dever de indenizar (...) que ocorra em razão da justiça para que uma pessoa seja condenada a tanto (...). Assim, ‘diante de um dano injusto ocorrido, o fator de atribuição nos dará a última resposta acerca de quem e por que o deve suportar’, de forma a justificar a imposição de dano a determinado agente. (...) o nexa de imputação é o fundamento que o ordenamento considera para atribuir a alguém o dever indenizatório. (...)”

²⁰PARKINSON. V. S. Besalú. La Responsabilidad Civil: tendencias actuales. La experiencia Argentina y su posible proyección al derecho mexicano. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art3.htm>

Consulta em 14 de março de 2014. p. 4: “En el moderno derecho de daños se llega a admitir la resarcibilidad de los daños lícitos, prescindiendo de la antijuridicidad para centrar el sistema en el daño injustamente sufrido por la víctima, y no en el injustamente causado. (...)”

pelas publicações de fatos da década de 60, causadoras de dano. A publicação em si determinou um prejuízo, em que a responsabilidade é definida pelo fator de atribuição, pela responsabilidade social, de todos, de não tornar a esfera privada do próximo pior, ou de não causar sofrimento ou expor o nosso semelhante.

O fator de atribuição é o fundamento da responsabilidade civil. A conduta do programa de televisão evidenciou exercício regular de profissional, em que a responsabilidade civil, nos moldes tradicionais, não incidiria. Entretanto, atualmente não há a necessidade de nexos de causalidade, entre ato ilícito e resultado danoso. O que se observa é o fator de atribuição como causa jurídica diante de um ato injusto.²¹

Nexo de imputação, ou fator de atribuição, estão sempre presentes, para se estabelecer o dever de indenizar. No caso concreto há dois fatores de atribuição presente. Há duas causas jurídicas para se determinar a responsabilidade civil: abuso de direito; e a exposição injusta.²²

2.2.1. ABUSO DE DIREITO

²¹ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional de responsabilidade civil. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Curitiba, 2006. p. 124: “(...) a atividade do aplicador do Direito no que se refere à indenização por danos deve seguir os seguintes passos: uma vez comprovada a presença de um dano injusto, deve ser verificada a existência de um fator de atribuição (nexo de imputação) subjetivo ou objetivo, bem como um nexo de causalidade que dará a medida da reparação. Tal autor adota como pressuposto da responsabilidade civil a antijuridicidade, o dano, o nexo de imputação e o nexo de causalidade.”

²²ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional de responsabilidade civil. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Curitiba, 2006. p. 124: “Apesar de haver divergências terminológicas a algumas diferenças de conteúdo entre os pressupostos apontados pela doutrina contemporânea, pode-se extrair como elementos básicos para que surja a responsabilidade civil a antijuridicidade o dano injusto, o nexo de imputação e o nexo de causalidade.”

O primeiro fator de atribuição é o abuso de direito. O abuso de direito se evidencia no exercício de uma atividade legítima da imprensa, mas inadequada na forma. Em geral, a divulgação realizada não causaria maiores problemas, pois há o dever de informar.

Dessa forma, a atividade jornalística com algum excesso – muitas vezes – não enseja indenização. Em geral, não é possível conceber a atividade de imprensa como atividade passível de indenização, pois a privacidade, a imagem, e muitos direitos de personalidade cedem diante da prerrogativa de informar.²³

O abuso de direito é nexa de imputação objetiva, ou fator de atribuição, que é verificado não no exercício da atividade de imprensa, e sim na lesão sofrida. Não é necessário identificar o abuso de direito como ato ilícito, pois por si só representa conduta antijurídica, incompatível com o ordenamento jurídico.²⁴

E pelo fato de ser o abuso de direito uma situação de

²³DWORKIN, Ronaldo. *A Justiça de Toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 159: “(...) o nosso compromisso com a liberdade não é, automaticamente, um compromisso com a liberdade do modo como Berlin a entendia. Podemos dizer: liberdade não é a liberdade de fazer aquilo que se quer; é liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais, devidamente compreendidos, das outras pessoas. É a liberdade de usar seus recursos legítimos ou negociar sua propriedade legítima da maneira que lhe aprouver. Assim entendida, porém, sua liberdade não inclui a liberdade de se apropriar dos recursos alheios nem de prejudicar alguém com métodos que você não tem o direito de usar.”

²⁴ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional de responsabilidade civil*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Curitiba, 2006. p. 140: “O exercício abusivo de direitos seria um nexa de imputação de índole objetiva na medida e que se encara o abuso de direito como independente de uma intenção de prejudicar alguém. Assim, o ato abusivo não se enquadraria na noção de ato ilícito, deixando de estar abrangido pelo fator de atribuição culpa ou dolo. Neste sentido, a obrigação de reparação surgiria do abuso de direito em si mesmo, com independência de qualquer ilicitude.”

antijuridicidade não há controvérsia, quanto ao dever de indenizar. Não é necessário perquirir a intenção do agente causador do dano, pois o comportamento em si é antijurídico.²⁵

2.2.2. EXPOSIÇÃO INJUSTA

Não há uma definição taxativa das hipóteses, em que há o dever de indenizar. No caso concreto é possível a identificação de outras razões para se definir a responsabilidade civil.

E é por isso que o próprio risco da atividade pode justificar o dever de indenização. O fator de atribuição pode decorrer do risco de uma determinada atividade. Em que pese em muitas vezes haver tolerância de risco, no caso em análise o resultado final determina pressupostos válidos para indenizar.²⁶

No caso concreto houve exposição de fatos ocorridos na década de 60, que não precisariam revelar em detalhes identificação precisa dos acontecimentos, ou pessoas envolvidas no crime. A ideia é a estabilidade das relações sociais, com preservação da paz social. E é por isso se há ampliação dos fatores de atribuição, de modo que em muitas situações regulares, ou em situações em que tradicionalmente o risco era socializado, admita-se a atribuição do dever de responsabilizar.²⁷

A ampliação dos fatores de atribuição é definida como hipóteses de responsabilidade, em que se observa: a criação do risco; a equidade; o abuso de direito. Ao se destacar ainda que

²⁵Idem. Ibidem. p. 160: “Já para aqueles que entendem que o abuso de direito configura uma situação antijurídica (corrente objetivista), independente da vontade do agente, o comportamento contraditório pode ser englobado pela ideia de abuso de direito como fator de atribuição de responsabilidade civil.”

²⁶Idem. Ibidem. p. 146: “Não apenas os atos ilícitos estão arrolados entre os fatores de atribuição, mas também outros fatores ligados ao risco inerente a uma atividade econômica, e incentivos ou repressão a determinadas condutas (...)”

²⁷PARKINSON. V. S. Besalú. La Responsabilidad Civil: tendencias actuales. La experiencia Argentina y su posible proyección al derecho mexicano. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art3.htm>

Consulta em 14 de março de 2014. 22%: “(...) En esta misma línea, también se ha producido un aumento de los factores de atrición. (...)”

legitimamente um fato criminoso passado, não se verifica conduta ilícita e, de fato há, o exercício regular da imprensa. Entretanto, em que pese o exercício legítimo da imprensa, no caso em questão se privilegia a vítima, que merece ter seu prejuízo reparado.²⁸

É necessário observar que mesmo condutas totalmente legítimas podem determinar prejuízo individual, e o que importa saber para definição do fator de atribuição não é a ilicitude da conduta, nem mesmo aspectos valorativos da antijuridicidade. O que define a responsabilidade, com a afirmação do fator de atribuição é: se a vítima é ou não obrigada a suportar o dano sofrido.²⁹

No caso do programa de televisão, a vítima não é obrigada a suportar um prejuízo causado, por atividade sensacionalista de um programa de televisão, na captação de audiência. A vítima não é obrigada a suportar um dano, pela exposição desnecessária de fatos ocorridos na década de 60. Por mais que haja um dever de informar, no caso de vítimas de crimes, o dever de informar deve ter relação com a função social da atividade de imprensa. O risco da atividade foi o primeiro momento de atribuição de responsabilidade.³⁰

²⁸CORDOBERA, Lidia M. R. Garrido. Responsabilidad Civil. In: Cuaderno de Investigaciones 3. La reparación de daños colectivos: Daños con motivo de encuentros futbolísticos. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales – UBA. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_Investigacion3.pdf

Consulta realizada em: 21 de março de 2014. p. 6: “(...) Veremos que han aparecido diversos factores de atribución de la responsabilidad: El riesgo creado, la equidad, el abuso de derecho, la garantía.”

²⁹Ibidem. p. 7: “Quizás nos convenga recordar que el derecho debe dar una adecuada respuesta a las nuevas situaciones que fluyen de la sociedad, a la vez que debe tratar de mantener el orden social.”

³⁰PARKINSON. V. S. Besalú. La Responsabilidad Civil: tendencias actuales. La experiencia Argentina y su posible proyección al derecho mexicano. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art3.htm>

Consulta em 14 de março de 2014.

p. 7: “(...) Es que el nuevo derecho de daños tiende no sólo a reparar los daños ya ocurridos sino a prevenir los futuros.

2.3. JURIDICIDADE

A questão da responsabilidade civil tem relação com a atribuição do dever de reparar um dano. Não se observa a ilicitude para saber se não ou não o dever. É necessária reformação da noção tradicional, pois no fundo a questão é o dano, ou se é justo que o lesado suporte do prejuízo.³¹

A responsabilidade civil se volta para a proteção da vítima. No sentido de criar diretrizes, parâmetros, para que a responsabilidade civil não esteja condicionada à conduta culposa, além de que a responsabilidade não seja sanção.³²

O que define a responsabilidade civil não é a conduta ilícita, nem mesmo antijurídica. Se a ilicitude já era um conceito equivocado, atualmente a antijuridicidade já não é suficiente. Não se pode restringir as hipóteses de responsabilidade à antijuridicidade, é necessário adotar a concepção de juridicidade. O que define responsabilidade, ou o fator de atribuição em parte é um critério de responsabilidade social.³³

La prevención que tiene por objeto – como quedó dicho – el daño todavía no provocado, pero que podría ser causado si la actividad peligrosa prosiguiera (evitar), o que busca neutralizar los efectos perjudiciales que han comenzado a ocasionarse (cesar el daño), es una de las más importantes preocupaciones actuales del derecho de daños. (...)”

³¹PARKINSON. V. S. Besalú. La Responsabilidad Civil: tendencias actuales. La experiencia Argentina y su posible proyección al derecho mexicano. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art3.htm>. Consulta em 14 de março de 2014. p. 1: “(...) De allí que este concepto se conecte con la idea de ‘reparación’, que tiene el sentido que el daño es soportado por alguien que es su autor, y no por la víctima misma. (...) la responsabilidad concierne al deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por el incumplimiento, tanto de una obligación preexistente como del deber genérico de no dañar a otro.”

³²dem. Ibidem. p. 2: “(...) Es decir, en el moderno derecho de daños se pone la mirada en la protección de la víctima, reformulando los presupuestos de aquella institución. (...) el daño pasa a ser el presupuesto esencial de la responsabilidad (...)”

³³CORDOBERA, Lidia M. R. Garrido. Responsabilidad Civil. In: Cuaderno de Investigaciones 3. La reparación de daños colectivos: Daños con motivo de encuentros futbolísticos. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L.

Afirmar que não é necessário ato ilícito, ou antijurídico, é impor um dever social do agente causador do dano, que pode ser responsabilizado, a partir de uma causa, observada como conduta prejudicial a expectativa de uma pessoa lesada, com o comportamento que muitas vezes é compatível com o direito, mas não se coaduna com a necessidade prática do prejudicado, sem com o compromisso social esperado.³⁴

Em parte o fator de atribuição tem fundamento na solidariedade social, diante de deveres variados, não restritos. A solidariedade aparece como dever de conduta perante o próximo e também com o Dever de minimizar a perda das outras pessoas. O agente causador do dano não pode ser analisado em contexto individual, pois todos assumem deveres, e um dos principais deveres é o de não causar dano, nem impor riscos desnecessários e não tolerados.³⁵

Se a lesão é injusta a responsabilidade deve levar em consideração, na qualidade de contribuição do causador do dano, segundo expectativa quanto à externalidade do dano so-

Gioja”. Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales – UBA. Disponível em:

http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_Investigacion3.pdf

Consulta realizada em: 21 de março de 2014. 17%: “Siguen siendo elementos de la responsabilidad: El daño, la relación de causalidad, un factor de imputación, y con respecto a la antijuridicidad podría haber un replanteo ya que se indemnizan también, daños ocasionados por un actuar jurídicamente permitido; existe una gran elaboración y reelaboración con respecto a este último elemento ya que según sea el concepto de juridicidad o de derecho que se tome, variará el de antijuridicidad.”

³⁴Juridicidade, a partir da ideia de qualidade do ato, ou caráter do que seja jurídico. Vide DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 3. v. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23: “JURIDICIDADE. Teoria geral do direito. 1. Qualidade de jurídico de um fato ou de um ato. 2. Caráter daquilo que é jurídico, por estar conforme ao direito a justiça. (...)”

³⁵ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional de responsabilidade civil. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Curitiba, 2006. p. 174: “Independentemente desta intenção solidarista de toda a responsabilidade civil objetiva, aponta-se a solidariedade social como fator de atribuição da responsabilidade civil. Isto a partir da ideia de que o Direito não pode conceber o homem isolado na sociedade de maneira que todos devem agir de forma a prestarem ajuda mútua.”

frido pela vítima. Responsabilidade civil deve preservar a ideia de justiça.

Bem verdade que muitos danos devem ser tolerados, não se concebe uma sociedade sem riscos; mas, tão importante quanto reconhecer os riscos tolerados, é estabelecer uma responsabilidade adequada, para danos que não merecem ser tolerados.³⁶

A questão essencial que tradicionalmente sempre deve ser considerada sobre a responsabilidade é o restabelecimento da ordem, dentro de uma perspectiva “neminem laedere”, no sentido de fazer reinar a ordem em sociedade. Só é possível fazer reinar a ordem em sociedade com a participação de todos os membros da comunidade, dentro de um contexto de solidariedade.³⁷

2.4. NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade atualmente liga o fator de atribuição ao dano. Não se pode conceber a necessidade de relação entre conduta e resultado, pois muitas vezes não é possível a demonstração. O que se ajusta ao resultado é o próprio fator de

³⁶CORDOBERA, Lidia M. R. Garrido. Responsabilidad Civil. In: Cuaderno de Investigaciones 3. La reparación de daños colectivos: Daños con motivo de encuentros futbolísticos. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales – UBA. Disponible em: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_Investigacion3.pdf. Consulta realizada em: 21 de março de 2014. 22%: “Por lo tanto, el fundamento de la responsabilidad civil está en la idea de justicia que enfoca al hombre en coexistencia nominalísticamente y que apunta a la proposición, a la simetría, al todo, conjunto (...)”

³⁷CORDOBERA, Lidia M. R. Garrido. Responsabilidad Civil. In: Cuaderno de Investigaciones 3. La reparación de daños colectivos: Daños con motivo de encuentros futbolísticos. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales – UBA. Disponible em: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_Investigacion3.pdf. Consulta realizada em: 21 de março de 2014. 3%: “Por la regla ‘neminem laedere’ los legisladores han tratado y tratan todos los actos perjudiciales a fin de hacer reinar el orden en la Sociedad (...)”

atribuição, como justificativa jurídica para o dever de indenizar.³⁸

O nexo de causalidade não pode ter relação com o fato e o resultado e nem é necessário que tenha. Diante do contexto de solidariedade, ou diante de uma conduta responsável, é evidente que a juridicidade se apresenta como elemento fundamental para se estabelecer a incidência do fator de atribuição, como fundamento da responsabilidade civil, tendo como pressupostos o dano intolerável.³⁹

Dessa forma, definir a pessoa responsável é função do nexo de imputação e não do nexo de causalidade. Não há como se estabelecer responsabilidade considerando apenas o nexo de causalidade, conduta e resultado, mas apenas situações de culpa ou dolo muito concretas justificaria responsabilidade civil.⁴⁰

Nexo de imputação, ou fator de atribuição, como elemento da responsabilidade civil, que deve estar presente, e associado ao dano intolerável, de modo que o nexo de causalidade estabelece relação entre o fator de atribuição e a lesão a um bem jurídico protegido.⁴¹

³⁸ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional de responsabilidade civil. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Curitiba, 2006. 180: “(...) O nexo de causalidade, com sua nova roupagem, ‘é o elo que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado’. Ou seja, na visão contemporânea o nexo de causalidade presta-se apenas para delimitar o objeto da indenização devida pela pessoa responsabilizada.”

³⁹Idem. Ibidem. p. 181: “(...) a necessidade de estabelecimento de um nexo causal entre o dano e a conduta geradora não é mais adequada para a teoria da responsabilidade civil.”

⁴⁰ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional de responsabilidade civil. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Curitiba, 2006. p. 182: “A determinação da pessoa chamada a indenizar é tarefa do nexo de imputação, e não do nexo de causalidade (...)”

⁴¹Idem. Ibidem. p. 164: “Neste sentido, Fernando Noronha aponta como pressupostos à reparação de danos os seguintes elementos: fato antijurídico, nexo de imputação, dano, nexo de causalidade e lesão de bem protegido.”

Dessa forma, o nexo de causalidade é elemento limitativo do dever de indenizar, pois a partir do fator de atribuição define a real contribuição do agente causador da lesão para o dano sofrido pela vítima.

CONCLUSÃO

Observa-se que mesmo lícita e sem ser considerada antijurídica, é possível identificação do dever de indenização. O dever de indenização é um juízo de valor que se forma na avaliação do dano sofrido pela vítima. Para se estabelecer no caso concreto o dever de indenizar é necessário observar a presença dos demais elementos:

em primeiro lugar, identificação do dano sofrido pela vítima, que seja intolerável, não sentido de se afirmar que a vítima não tem o dever de suportá-lo;

em segundo lugar, verifica a hipótese de fator de atribuição, que seria uma razão jurídica para se estabelecer a pessoa responsável pelo dever de indenizar e o próprio dever de indenizar em si;

em terceiro lugar, violação à juridicidade, no sentido de se confirmar a pessoal responsável pela indenização, a partir da identificação de efetiva colaboração para o dano sofrido pela vítima, seja por ação (conduta lesiva), ou pelo descumprimento de dever de natureza ética ou jurídica;

em quarto lugar, relação de causalidade entre o fator de atribuição e o dano, tendo em vista a delimitação específica do dever de indenizar.

Dessa forma, dentro dos pressupostos determinantes de responsabilidade civil, observa-se que o programa de televisão tem o dever de indenizar, diante da presença dos requisitos necessários para se estabelecer a responsabilidade civil, no caso concreto.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional de responsabilidade civil. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30351-31404-1-PB.pdf>. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal de Curitiba, 2006.
- BORAGINA, Juan Carlos e MEZA, Jorge Alfredo. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual (con especial referencia al Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial. Disponível em: http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan_estudio/asig_catedras_matestudio.asp?carr=1&depto=5&idmat=6&idcat=97&mat=Obligaciones%20Civiles%20y%20Comerciales&cat=Sandra%20Mabel%20Wierzba&matestud=0. Consulta realizada em 19 de março de 2014.
- CORDOBERA, Lidia M. R. Garrido. Responsabilidad Civil. In: Cuaderno de Investigaciones 3. La reparación de daños colectivos: Daños con motivo de encuentros futbolísticos. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales – UBA. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_Investigacion3.pdf Consulta realizada em: 21 de março de 2014.
- DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 3. v. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DWORKIN, Ronaldo. A Justiça de Toga. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PARKINSON. V. S. Besalú. La Responsabilidad Civil: tendencias actuales. La experiencia Argentina y su posible proyección al derecho mexicano. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art3.htm>. Consulta em 14 de março de 2014.

SALOMÃO, Luís Felipe. Recurso Especial (RESP) nº 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Publicação DJ 10/09/2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006938&numero=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Consulta realizada em 18 de março de 2013.