

**Conselho Regulador da
Entidade Reguladora para a Comunicação Social**

Deliberação

8/DR-I/2011

ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Recursos de Márcio Nuno Veríssimo Berenguer, jornalista do “Diário de Notícias – Madeira”, e de “Empresa do Diário de Notícias, Ld.” e Ricardo Miguel Fernandes Oliveira, nas qualidades de empresa proprietária daquele jornal e de seu director, respectivamente, contra o “Jornal da Madeira” por denegação do direito de resposta e de rectificação motivado pelo texto jornalístico intitulado «'Palhaçada' do DN sobre o SESARAM», publicado na página 3 da edição de 28 de Setembro de 2010 daquele periódico.

Lisboa
30 de Março de 2011

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação 8/DR-I/2011

Assunto: Recursos de Márcio Nuno Veríssimo Berenguer, jornalista do “Diário de Notícias – Madeira”, e de “Empresa do Diário de Notícias, Ld.^ª” e Ricardo Miguel Fernandes Oliveira, nas qualidades de empresa proprietária daquele jornal e de seu director, respectivamente, contra o “Jornal da Madeira” por denegação do direito de resposta e de rectificação motivado pelo texto jornalístico intitulado «'Palhaçada' do DN sobre o SESARAM», publicado na página 3 da edição de 28 de Setembro de 2010 daquele periódico.

I – Identificação das partes

1. Deram entrada na ERC, em 22 de Novembro de 2010, dois recursos – um de Márcio Nuno Veríssimo Berenguer, jornalista do “Diário de Notícias – Madeira” (doravante, também abreviadamente designado DN), e o outro da “Empresa do Diário de Notícias, Ld.^ª” e de Ricardo Miguel Fernandes Oliveira, nas qualidades de empresa proprietária daquele jornal e de seu director, respectivamente – contra o “Jornal da Madeira” por denegação do direito de resposta e de rectificação motivado pelo texto jornalístico intitulado «'Palhaçada' do DN sobre o SESARAM», publicado na página 3, da edição de 28 de Setembro de 2010, daquele periódico.

II – Os factos

2. Em causa está, como se disse, o artigo da página 3 da edição de 28 de Setembro de 2010 do “Jornal da Madeira”, intitulado «'Palhaçada' do DN sobre o SESARAM». De relevante para os termos do presente procedimento sobressaem no dito escrito as seguintes passagens: *«Reagindo àquilo que consideram ser 'mais uma*

palhaçada do DN sobre o SESARAM’, relativamente a uma notícia publicada este fim-de-semana naquele matutino, intitulada ‘Hospital vulnerável com visitas sem lei’, recebemos do Conselho de Administração do SESARAM um seguinte esclarecimento: ‘O Jornalista Márcio Berenguer, fingindo-se visita hospitalar, em violação clara do seu código deontológico, veio dar à estampa uma não notícia (mais parecendo uma visita de palhaço das festas de natal que um jornalista), sobre o novo regime de visitas no Hospital Nélio Mendonça... Para além de fazer generalizações sobre situações pontuais, escreve inverdades, designadamente quando diz que no Serviço de Pediatria não há qualquer controle, quando o serviço está permanentemente fechado... Pretende-se, em nova investida da campanha que o DN está a mover ao SESARAM, generalizar casos pontuais... É além disso mentira que não haja lei, quando a verdade é que há um novo regulamento de visitas menos restritivo... Tudo o mais são casos pontuais a que se dá eco de forma exacerbada, fazendo propalar os arautos da desgraça, que estão perfeitamente identificados’.»

3. É contra este escrito que se insurgem os Recorrentes. Alega o primeiro, Márcio Berenguer, que o conteúdo do mesmo é «*infame e grosseiramente*» difamatório para si, «*tão vil*» que «*a ofensa praticada (...) também foi repudiada pelo Sindicato dos Jornalistas*», assistindo-lhe, por conseguinte, o direito de resposta, estando para o efeito preenchidos todos os demais requisitos formais e materiais de que a lei faz depender o exercício daquele direito.
4. Alegam os segundos Recorrentes, por seu lado, ser naquele artigo o DN «*desacreditado*» e, por consequência, desacreditados o respectivo director e a sociedade sua proprietária e editora, assistindo-lhes igualmente, por isso (e porque estão também preenchidos os demais requisitos legais), idêntico direito de resposta.
 - a. Opõe-se e contrapõe o Recorrido duas excepções dilatórias: «*não [serem] atendíveis duas respostas oriundas de pessoas formalmente diferentes, mas que visem expressar uma ‘verdade’ substancialmente idêntica e prosseguindo um mesmo interesse*», sendo esse o caso dos autores de ambos os recursos, usando até o primeiro o papel timbrado do segundo; e excederem as respostas, em extensão, a parte do escrito a que se reportam. Adianta ainda uma excepção

substantiva e peremptória: disporem os Recorrentes *«de espaço próprio para escrever o que bem entenderem, não podendo ter legitimidade para recorrerem sem limites ao instituto do direito de resposta»* cujo escopo é *«dar igualdade de armas e iguais condições àqueles que não têm fácil acesso ao conteúdo de um jornal e possibilidade de dar destaque aos seus textos»*, constituindo, por outro lado, o *«esclarecimento do SESARAM publicado a edição do JM do dia 28/9/2010 (...) esse sim uma resposta a um artigo jornalístico da autoria [do primeiro Recorrente]»*, significando tal *«que na ‘contenda’ em causa, foi [o dito primeiro Recorrente] quem praticou primeiramente os actos que lhe estão na base, dispondo [os recorrentes] de espaços privilegiados para exprimir e manifestar todas as suas opiniões, acerca do assunto em causa[, sendo] também por isso manifestamente abusivo que fosse autorizada a publicação do pretense direito de resposta.»*

III – Pressupostos processuais e diligências probatórias adicionais

5. Não divergem as partes quanto à matéria de facto essencial ao conhecimento do presente recurso e acima sinteticamente reproduzida, divergindo apenas na questão de Direito atinente aos pressupostos legais e condições de exercício do direito de resposta e de rectificação.

IV – Direito aplicável

6. Para além do disposto no artigo 37.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), as normas aplicáveis ao caso vertente são as previstas nos artigos 2.º, n.º 2, alínea c), e 24.º a 27.º da Lei de Imprensa (doravante, LI), Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, na versão dada pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, em conjugação com o disposto no artigo 8.º, alínea f), artigo 24.º, n.º 3, alínea j), artigo 59.º, artigo 60.º, n.º 1, e artigo 72.º, dos Estatutos da ERC (doravante, EstERC), aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro.

7. Releva igualmente a Directiva 2/2008, sobre a publicação de textos de resposta e de rectificação na Imprensa, aprovada pelo Conselho Regulador da ERC em 12 de Novembro de 2008.

V – Análise e fundamentação

8. Não parecem restar quaisquer dúvidas sobre estarem reunidos, no caso vertente, os pressupostos materiais relativos à susceptibilidade de o escrito respondido afectar a reputação e boa fama dos Recorrentes, de que o artigo 24.º, n.º 1, da LI, faz depender a constituição do direito de resposta. Nem o Recorrido o contesta. Expressões como *“palhaçada do DN”*; *“mais parecendo [o jornalista Márcio Berenguer] um palhaço das festas de natal...”*; *“escreve inverdades...”*; *“Pretende-se, em nova investida da campanha que o DN está a mover ao SESARAM...”*; *“É além disso mentira...”* e *“...casos pontuais a que se dá eco de forma exacerbada, fazendo propalar os arautos da desgraça, que estão perfeitamente identificados”* são, efectivamente, modos de comunicar pejorativos, capazes de denegrir junto dos leitores do Recorrido a imagem, reputação e boa fama do primeiro Recorrente como jornalista, e de desacreditar o rigor jornalístico com que o DN processa a informação que divulga, conferindo a estes sujeitos o direito de resposta que reclamam.
9. Importa, portanto, centrar a análise do diferendo *sub judice* na questão da procedência ou improcedência das excepções invocadas pelo “Jornal da Madeira” e que, do seu ponto de vista, ainda quando substantivamente não obstem à constituição subjectiva do direito de resposta, obstem ao respectivo exercício, legitimando a recusa em concedê-lo aos Recorrentes.
10. Comece-se pela excepção peremptória levantada pelo “Jornal da Madeira” relativa à disponibilidade pelos Recorrentes de um espaço próprio para publicarem o que muito bem entenderem, não podendo, por conseguinte, sem abuso, reclamar a titularidade do direito subjectivo de resposta, tanto mais que o “esclarecimento” do SESARAM é que constituiu uma verdadeira resposta ao artigo original do “DN”.

11. Nos mesmos exactos termos, o argumento foi já invocado pelo Recorrido noutros diferendos e rebatido na deliberação 63/DR-I/2010, desta entidade, com os fundamentos que a seguir se voltam a reproduzir e cuja validade se mantém plenamente no presente caso, sem qualquer reserva. Assim:
12. Confunde o Recorrido exercício do direito de resposta com capacidade de aceder, em abstracto, a jornais e órgãos de comunicação social e de neles tornar efectivo o exercício da liberdade de expressão, emitindo opiniões próprias e alimentando de modo incondicionado quaisquer debates ou polémicas;
13. Mesmo sendo este o caso dos Recorrentes, não é uma tal circunstância que está em causa no direito de resposta, nem é ela que pode prejudicar ou tornar abusivo o respectivo exercício.
14. O direito de resposta e de rectificação é concebido, na Ordem Constitucional portuguesa, como um direito fundamental nominado e concreto, com um regime e uma regulação próprias que não se reduzem à mera afirmação de um princípio geral, abstracto e indeterminado, de acesso à expressão através dos *media*.
15. Ao contrário, o direito de resposta configura-se, na nossa ordem jurídica, como um direito específico de natureza *plurifuncional*, «*garantia simultaneamente dos direitos de personalidade e do direito de expressão e de comunicação*» [Vital Moreira, *op. cit.*, p. 41], materializável, não através de uma faculdade pessoal de fazer ouvir a voz em órgãos de comunicação indiscriminados, mas através de um concreto direito de acesso à expressão no próprio órgão de comunicação onde foi publicado o texto que origina a declaração potestativa de fazer valer o exercício de resposta.
16. É que só desse modo se pode efectivamente realizar o *princípio da igualdade de armas* entre o texto respondido e a resposta que, como o próprio Recorrido proclama, caracteriza a própria essência do direito de resposta e de rectificação.
17. Foi o público habitual de um concreto órgão de comunicação que foi atingido pelo escrito respondido, logo é o público habitual desse concreto órgão de comunicação que deve ser atingido pela resposta. Esta não produz os seus naturais efeitos se for publicada num órgão de comunicação distinto daquele que publicou o texto

respondido e cujos leitores habituais não sejam os mesmos que sofreram o respectivo impacto inicial.

18. É que, repete-se, não é à opinião pública abstracta que o respondente tem o poder de se dirigir, mas à opinião dos leitores do escrito respondido, que ele tem por deficientemente informada e mal esclarecida.
19. É por isto que Vital Moreira ensina: *«[o] que há de específico no direito de resposta em sentido estrito não é o facto de qualquer pessoa prejudicada ou posta em causa por declarações de outrem poder rebatê-las através de declaração própria. A especificidade está no facto de o titular do direito de resposta ter o direito de fazer publicar ou emitir essa declaração no mesmo órgão de comunicação social onde foi proferida a declaração, gratuitamente e em prazo útil.»* [op. cit., p. 82].
20. E é precisamente por isto que acrescenta também: *«[d]o direito de resposta não estão excluídos os próprios órgãos de comunicação social. É evidente que um jornal pode responder a outro nas suas próprias páginas, mas não perde o direito de responder nas páginas do jornal que o tenha ofendido ou que tenha feito referências inverídicas a seu respeito. É que os leitores do próprio jornal são em regra diferentes dos do jornal leitor...»* [op. cit., p. 90].
21. E, contra isto, não se invoque – como o faz o Recorrido – a deliberação da ERC 7/DR-I/2007, de 31 de Janeiro de 2007. É que nessa deliberação está em causa um problema completamente distinto. Não o de saber se um jornalista – pelo facto de o ser e de ter acesso profissional à expressão em órgãos de comunicação – fica privado do direito de resposta, mas o de saber se o jornalista – no próprio órgão de comunicação onde fez publicar o escrito respondido e onde foi exercido o direito de resposta – pode, depois desta, abandonar a sua veste de jornalista para, na qualidade de mero cidadão, contra-responder, beneficiando dos privilégios e das garantias acrescidas inerentes à tutela do direito de resposta.
22. Foi essa tentativa de intercâmbio das qualidades de jornalista e de cidadão respondente, para usufruir dos direitos cumulativos de cada uma das referidas posições – e só ela, não o próprio exercício do direito de resposta por jornalista, enquanto tal – que a deliberação da ERC citada julgou abusiva, como decorre, de

forma expressa e inequívoca, do respectivo teor: *«independentemente da sua profissão, sempre poderá o “jornalista”, como cidadão, ou até como “jornalista”, ser destinatário de uma notícia que, nos termos legais, justifique, plenamente, que invoque e exerça o direito de resposta ou rectificação. Mas, aí, estará situado na situação que corresponde, tipicamente, à titularidade legal do direito de resposta. Ora, não é (...) nesta qualidade (como cidadão “comum”) que o Recorrente alega e invoca perante a ERC o direito de resposta: mas como uma das partes na divergência que o opõe, aparentemente, aos destinatários dos artigos que escreveu, como jornalista do Diário de Notícias, neste jornal.»*

23. Os Recorrentes foram alvo – em escrito publicado no “Jornal da Madeira” – de referências susceptíveis de afectar a sua fama e boa reputação.
24. Têm o direito de resposta, nos termos da lei constitucional e da lei ordinária, sem quaisquer considerações adicionais sobre a sua profissão e a sua qualidade de jornalistas.
25. E também não alegue o Recorrido contra esta evidência que o texto do SESARAM, publicado nas suas páginas, é que constitui o verdadeiro exercício de um direito de resposta e de defesa, numa contenda iniciada pelos Recorrentes e onde estes não podem querer ter todas as armas do seu lado.
26. Mais uma vez – e não levando sequer agora em linha de conta a questão de, no texto do esclarecimento do SESARAM propriamente dito, ter o Recorrido intercalado expressões da sua própria responsabilidade que só por si justificariam o direito de resposta – isso é confundir o direito fundamental de resposta e de rectificação, constitucionalmente garantido e consubstanciado na lei ordinária como um direito subjectivo típico e específico, com a abstracta e geral faculdade de exprimir opiniões e manter debates e polémicas na comunicação social, no exercício pleno da liberdade de expressão. Na verdade,
27. O direito de resposta e de rectificação dá lugar a uma relação jurídica que tem como sujeito activo o respondente, titular do direito de impor ao sujeito passivo, o respondido, a publicação, no mesmo órgão de comunicação e por conta deste, da sua versão sobre o tema objecto do escrito original. É um direito que o respondente

exerce contra o respondido, no órgão de comunicação respondido e, dentro de certos limites, à custa do respondido.

28. Ora, nada disto ocorre no pretense direito de resposta que estaria a efectivar o SESARAM. O «esclarecimento» deste serviço público apresentado nas páginas do “*Jornal da Madeira*” é um texto autónomo que não é publicado sob a invocação do exercício do direito de resposta e de rectificação, ao abrigo da LI ou de qualquer outro dispositivo legal; que não responde a escrito algum dos Recorrentes, também publicado naquele periódico; ao qual os Recorrentes são completamente alheios, não tendo sido tidos nem achados na sua publicação; cujo teor não lhes foi previamente comunicado; cuja divulgação não lhes foi exigida, muito menos a expensas suas.
29. Em suma, não é um direito de resposta e de rectificação. É um texto autónomo que o seu autor livremente elegeu divulgar no jornal Recorrido e que este livremente, sem estar a tal legalmente vinculado, aceitou publicar.
30. E ao qual, por estarem preenchidos, como acima se viu, os demais pressupostos, os Recorrentes têm abstractamente o direito de responder.
31. Nada disto excluindo que o SESARAM não pudesse, querendo, ter exercido na sede própria – as páginas do DN – o direito de resposta que porventura lhe assistisse contra o escrito na origem da contenda. Ou de, em sede judicial, ter requerido qualquer outra medida apta a tutelar os direitos que sentia ofendidos por aquele periódico e pelo seu jornalista.
32. Mas as «*respostas [dos Recorrentes] são praticamente idênticas*» – invoca ainda o Recorrido. «*Publicar ambos os direitos de resposta seria uma manifesta redundância no preenchimento do espaço jornalístico, impondo, por esta via, à publicação visada uma limitação injustificada e abusiva da sua liberdade editorial*».
33. Não estão agora em causa os pressupostos materiais de constituição do direito de resposta e de rectificação em si mesmo, mas apenas a legítima recusa da sua publicação, com fundamento na duplicação de textos essencialmente idênticos apresentados pelos Recorrentes. Aprecie-se este ponto:

34. Dispõe o artigo 24.º, n.º 1, da LI: *«Tem direito de resposta nas publicações periódicas qualquer pessoa singular ou colectiva, organização, serviço ou organismo público, bem como o titular de qualquer órgão ou responsável por estabelecimento público, que tiver sido objecto de referências, ainda que indirectas, que possam afectar a sua reputação e boa fama.»*. Podendo um mesmo texto ou imagem afectar a reputação e boa fama de um número indeterminado de pessoas, todas elas passam a ser, evidentemente, titulares do direito de resposta. Simplesmente, este direito consubstancia-se no poder de impor ao periódico visado a publicação da verdade do respondente, da sua versão da realidade. Não, no poder absoluto e incondicionado de ocupar e utilizar em proveito próprio e de modo gratuito as páginas da publicação em causa. Por isso mesmo, se a verdade do respondente já foi reposta por outro titular do mesmo direito, fica precluída a possibilidade de aquele repetir em novo texto essencialmente idêntico a mesma versão da realidade. O que ele pretendia dizer já foi dito e publicado. O seu direito subsistirá apenas na medida em que o texto da sua resposta possa ainda consubstanciar uma verdade nova, distinta daquela que foi já facultada aos leitores habituais do título respondido. É isto mesmo que se afirma no ponto 2.3, da Directiva n.º 2/2008, do Conselho Regulador da ERC, de 12 de Novembro de 2008, que o Recorrido parcialmente transcreve para fundar a sua recusa: *«Em caso de pluralidade de respondentes, não podem estes exercer cumulativamente o direito de resposta ou o direito de rectificação – ainda que, numa perspectiva de pura forma, se admita a sua titularidade –, quando semelhante conduta, em lugar de consubstanciar a apresentação de verdades distintas e alternativas dos factos e a reposição do bom nome dos visados, se traduza, afinal, em manifesta redundância no preenchimento do espaço jornalístico, impondo, por esta via, à publicação visada uma limitação injustificada e abusiva da sua liberdade editorial.»*
35. É à luz do quadro geral assim traçado que há-de ser apreciada a recusa do Recorrido. Serão os dois textos de resposta dos Recorrentes essencialmente idênticos e portadores da mesma versão da realidade como aquele alega?
36. A partir do simples confronto dos dois, forçoso é concluir pela afirmativa. Ambos exprimem exactamente a mesma versão dos factos e da verdade que os Recorrentes

reclamam assistir-lhes, usando para o efeito as mesmas palavras, com parágrafos inteiros exactamente decalcados, palavra a palavra, um pelo outro. Mesmo quando se trata da defesa da própria reputação e boa fama pessoal, não deixa o Primeiro Recorrente de declarar «*visar [o texto respondido] desacreditar o 'Diário de Notícias – Madeira' (DN)*», e não deixam o Director e os proprietários deste título de acentuar «*conter [o mesmo texto respondido] uma difamação infame e grosseira sobre o jornalista que escreveu a notícia*». Patentemente, os dois textos foram elaborados em conjunto e a exigência da sua publicação duplicada – sem que nenhum deles contenha uma ideia independente e autónoma em relação ao outro – não pode deixar de ser entendida como correspondendo ao exercício do direito de resposta de um modo que excede manifestamente os limites impostos pelo fim social desse direito. Está-se, pois, perante um abuso de direito que legitima a recusa de publicação pelo Recorrido.

- 37.** Neste contexto, não tem razão o primeiro Recorrente ao invocar contra a Directiva n.º 2/2008, do Conselho Regulador da ERC, de 12 de Novembro de 2008, a exigência que ela conteria de um qualquer litisconsórcio necessário activo no exercício do direito de resposta, bastando a falta de vontade de um dos seus titulares para impedir esse exercício. Como decorre de tudo quanto fica dito, não é isso que resulta da lei e da interpretação que dela faz a ERC. O não exercício do seu direito por um dos titulares do direito de resposta não impede os outros de o exercerem. Bem pelo contrário, o exercício efectivo por um titular desse direito é que impede os outros de repetirem e reiterarem essa resposta, voltando a usar para o mesmo fim e com idênticos efeitos o mesmo espaço do periódico respondido. É o caso do presente procedimento. Acrescendo que, aqui, os Recorrentes até colaboraram e prepararam em conjunto as suas respostas com a finalidade de as fazerem publicar cumulativamente, apesar da sua essencial identidade.
- 38.** Finalmente, e ao contrário do que afirma o Recorrido, nenhum dos textos de resposta, individualmente considerado, excede em extensão o escrito respondido, não podendo esse fundamento ser invocado para recusar a respectiva publicação.

V – Deliberação

Tendo apreciado os Recursos de Márcio Nuno Veríssimo Berenguer, jornalista do “Diário de Notícias – Madeira”, e de “Empresa do Diário de Notícias, Ld.ª” e Ricardo Miguel Fernandes Oliveira, nas qualidades de empresa proprietária daquele jornal e de seu director, respectivamente, contra o “Jornal da Madeira”, por denegação do direito de resposta motivado pelo texto jornalístico intitulado «'Palhaçada' do DN sobre o SESARAM», publicado na página 3, da edição de 28 de Setembro de 2010, daquele periódico, o Conselho Regulador delibera, ao abrigo do disposto nos artigos 8.º, alínea f), e 24.º, n.º 3, alínea j), dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro:

1. Reconhecer legitimidade aos Recorrentes para o exercício do direito de resposta;
2. Não considerar, no entanto, pertinente, nos termos do ponto 2.3 da Directiva n.º 2/2008, do Conselho Regulador da ERC, de 12 de Novembro de 2008, a exigência de publicação cumulativa dos dois textos de resposta por eles apresentados, elaborados em comum e de teor em tudo idêntico, sem qualquer distinção essencial na versão da realidade que sustentam;
3. Determinar aos Recorrentes que, querendo, reformulem as respectivas respostas, unificando-as num texto único a submeter ao Recorrido;
4. Determinar ao “Jornal da Madeira” que, cumprido o ponto anterior, publique o novo texto de resposta, no prazo de dois dias a contar da sua recepção, com o mesmo relevo e apresentação do escrito respondido, devendo tal texto ser precedido da indicação de que se trata de um direito de resposta;
5. O Jornal da Madeira não está sujeito à menção prevista no artigo 27º, n.º 4 da LI, uma vez que a recusa de resposta não foi, até agora, infundada;

Não são devidos encargos administrativos, nos termos do Decreto-Lei n.º 103/2006, de 7 de Junho.

Lisboa, 30 de Março de 2011

O Conselho Regulador,

José Alberto de Azeredo Lopes

Elísio Cabral de Oliveira

Maria Estrela Serrano

Rui Assis Ferreira