

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

TUTELA INIBITÓRIA NO PLANO DA PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE: LIMITE JURISDICIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À INTIMIDADE

Antônio Pereira Gaio Júnior¹
Sheyla Vela Salgado²

Resumo

O presente artigo enfrenta o conteúdo relativo à proteção de direitos fundamentais, aqui representados por direitos da personalidade. A partir de uma análise detida sobre a extensão conceitual dos direitos tidos como fundamentais, passa-se à questão perfunctória dos direitos à intimidade, à vida Privada, à imagem e à honra e suas características básicas, delimitando os seus campos de atuação para então relacioná-los com a possibilidade de eminente agressão aos mesmos, em situações onde se poderá vislumbrar a dissociação entre ilícito e dano, tradicionalmente, elencados como ligados de consequentes, gerando daí a necessidade de proteção preventiva ao direito de não ser lesado, direito este garantido pelo apoio à uma Tutela diferenciada denominada Inibitória, dentro de limites jurisdicionais estabelecidos pelo Poder Judiciante.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Personalidade. Tutela Inibitória. Efetividade. Satisfação dos Direitos.

Resumen

En este artículo se aborda el contenido de la protección de los derechos fundamentales, representada aquí por los derechos de la personalidad. A partir de una análisis cuidadosa de la extensión conceptual de los derechos reconocidos como fundamentales, se dirige a la cuestión de los derechos obligatoria a la intimidad, la vida privada, la imagen y el

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – PT. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT. Doutor em Direito pela UGF. Mestre em Direito pela UGF. Pós-Graduado em Direito Processual pela UGF. Prof. Associado Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro da *International Association Procedural of Law* –IAPL. Membro da *International Bar Association* – IBA. Membro Efetivo do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da Associação de Direito e Economia Europeia – ADEE. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Processo Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB NACIONAL. Presidente da Comissão de Processo Civil da 4ª Subseção da OAB/MG. Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. Advogado. www.gaiojr.com

² Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC-MG. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Estácio de Sá. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Augusto Motta. Professora Auxiliar e Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário Augusto Motta. Advogada.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

honor y sus características básicas, delimitando su campo de experiencia y relacionarse con la posibilidad de una agresión inminente para ellos, en situaciones en que se puede vislumbrar la disociación entre ilícito y el daño tradicionalmente listados como consecuentes, por tanto la necesidad de una protección preventiva del derecho a no ser perjudicados, un derecho garantizado por el apoyo una Tutela diferenciada llamada inhibitoria dentro de los límites jurisdiccionales establecidos por el poder decisorio.

Palabras-clave: Derechos Fundamentales. Personalidad. Tutela Inhibitoria. Efectividad. Satisfacción de los Derechos.

1. BREVE NOTA INTRODUTÓRIA

O presente artigo tem a pretensão de enfrentar conteúdo relativo à proteção de direitos fundamentais, aqui representados por direitos da personalidade. A partir de uma análise detida sobre a extensão conceitual dos direitos tidos como fundamentais, avançar-se-á em questão perfunctória relativa aos direitos à intimidade, à vida Privada, à imagem e à honra e suas características básicas, delimitando os seus campos de atuação para então relacioná-los, em seguida, com a possibilidade de eminente agressão aos mesmos em situações onde, será possível vislumbrar a dissociação entre ilícito e dano, tradicionalmente, elencados como consecuentes, gerando daí então, a necessidade de proteção preventiva ao direito de não ser lesado. Por fim, inquirida será a busca por uma possível tutela jurisdicional apta à proteção e realização do direito de não ser molestado naqueles direitos da personalidade, o que então, se dará azo ao estudo de específica Tutela jurisdicional diferenciada, esta denominada Inibitória, bem como os seus contornos no que toca aos de limites jurisdicionais estabelecidos pelo Poder Judicante.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS. UMA CONCEITUAÇÃO

A magnitude que envolve a temática dos direitos fundamentais sugere que as investigações pertinentes à busca por uma delimitação conceitual dos mesmos não seja uma tarefa simples, por que de conteúdo plurívoco. Por um lado, através da investigação doutrinária, será possível notar que dificilmente lograr-se-á uma

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

conceituação uníssona acerca dos direitos fundamentais, mas por outro, desperta que melhor do que tentar conceituá-los seria protegê-los³.

Norberto Bobbio alerta que os debates sobre a expressão “direitos do homem” são permanentes e confusos, que a expressão é muito vaga e que a maioria das definições são redundantes, tal como: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”. Ele explica que esses termos são interpretados de modo diverso de acordo com a ideologia adotada pelo intérprete⁴.

Por outro lado, lembra a doutrina que no lugar da expressão “direitos fundamentais”, outros termos são vastamente utilizados, não necessariamente como sinônimos, tais como “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”⁵, o que retrata a ausência de um consenso quanto a esfera conceitual no que se refere ao tema.

Importante definição dos direitos fundamentais, e para nós, a mais acertada, é aquela lecionada por Ferrajoli, ao propor uma definição teórica, puramente formal ou estrutural daqueles, lecionando, portanto, o autor que “são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”⁶.

Ao defender seu posicionamento, expõe:

A previsão de tais direitos por parte do direito positivo de um determinado ordenamento é, de alguma maneira, condição de sua existência ou vigor naquele ordenamento, mas não incide sobre o significado do conceito de direitos fundamentais. Menos ainda incide sobre esse significado a sua previsão num texto constitucional, que é somente uma garantia de sua observância por parte do legislador ordinário: são fundamentais, por exemplo, também os direitos de defesa determinados ao imputado pelo código de processo penal, que é uma lei ordinária.⁷

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 23-26.

⁴ *Ibidem*, p. 17.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 33.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 9.

⁷ *Ibidem*, p. 10.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

Anota Ferrajoli que a definição de direitos fundamentais por ele proposta se estabelece em quatro teses, sendo todas essenciais a uma teoria da democracia constitucional, sendo elas: 1) a que considera a diferença entre direitos fundamentais e patrimoniais; 2) a de que os direitos fundamentais correspondem aos interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica; 3) a que se refere à moderna natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais; 4) refere-se às relações entre direitos e garantias⁸.

Com relação à internacionalização dos direitos fundamentais, relacionada à terceira tese, o autor explica:

Depois do nascimento da ONU e graças à aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, esses direitos não são mais ‘fundamentais’ somente no interior dos Estados em cujas constituições são formulados, mas são direitos supraestatais, ao quais os Estados são vinculados e subordinados também ao nível internacional; não mais direitos de cidadania, mas direitos das pessoas independentemente das suas diferentes cidadanias⁹.

Neste aspecto, nota-se que o posicionamento de Ferrajoli converge com o entendimento de Bobbio que também defende que os direitos dos homens pertencem a toda a humanidade, isto é, a todos os cidadãos do mundo, o que denota a interligação dos direitos fundamentais com os direitos humanos.

Luigi Ferrajoli demonstra ainda, maior preocupação com a quarta tese, a que reputa como a mais importante. Isso porque, segundo o autor, não se compreende o esforço de se estipular a existência de um direito sem proporcionar a devida garantia, o que na verdade “equivale a uma inadimplência do direito positivamente estipulado e consiste, por isso, em uma indevida lacuna, que é dever da legislação suprir”¹⁰. Neste particular, Ferrajoli explana a mesma inquietação que sublinhamos nas primeiras linhas atrás.

Ainda neste íterim, necessário ressaltar o contributo de Alberto Nogueira ao tratar da tríplice convergência em termos de “direitos do homem, direitos fundamentais e liberdades públicas = Direitos Humanos (DH)”. Segundo a sua proposta, os três termos se fundem em um só, sem a perda das respectivas identidades originais, sendo o

⁸ *Ibid.*, p. 15-16.

⁹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁰ *Ibid.*, p. 16.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

que o autor, quanto a isso, identifica como “fenômeno por excelência do Terceiro Milênio”¹¹.

Por conseguinte, discorrer sobre os direitos fundamentais, implica fazer referência à sua função de defesa ou de liberdade. Assim, como assevera José Joaquim Gomes Canotilho: “a primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)”¹².

Para o autor português, essa função de defesa se destaca em uma dupla perspectiva: a primeira num plano jurídico-objetivo que constituem normas de competência negativas, no sentido de proibir fundamentadamente as intervenções dos poderes públicos na esfera jurídica individual e a segunda num plano jurídico-subjetivo que consistem no poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissões dos poderes públicos (liberdades negativas), a fim de evitar agressões lesivas por parte de tais poderes¹³.

Vale ressaltar Ingo Wolfgang Sarlet, ao considerar que a função defensiva dos direitos fundamentais não implica na total exclusão do Estado, e sim “a formulação e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental”. Sustentando que a intervenção no âmbito da liberdade pessoal não é vedada totalmente, mas tão somente aquela que esteja em desarmonia com a Constituição Federal¹⁴.

Outra importante função dos direitos fundamentais apontada por Canotilho é a de proteção perante terceiros. Neste caso, a relação não se estabelece entre o titular do direito fundamental e o Estado, mas entre o indivíduo e outros indivíduos (terceiros). Contudo, “muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais”. O autor explica que da “garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas

¹¹ NOGUEIRA, Alberto. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 10.

¹² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed., 9 reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 407.

¹³ *Idem*, p. 408.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 197-198.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticados por terceiros”¹⁵.

O autor complementa a explanação, reforçando a ideia de que essa função de proteção de terceiros também consiste em uma maneira de obrigar o Estado a concretizar normas reguladoras das relações jurídico-civis para assim assegurar a observância dos direitos fundamentais¹⁶.

De tudo, verifica-se que a abordagem pertinente à temática dos direitos humanos fundamentais, implica demonstrar suas funções de defesa, não só em face do Estado, como também aos particulares, sem a qual o debate estaria desprovido de seu manifesto fundamento.

3. OS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE IMPRENSA

O direito à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa e o direito à informação constituem fundamentos essenciais ao Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que a liberdade de imprensa está resguardada na Constituição da República do Brasil de 1988, eis que emana dos direitos fundamentais a liberdade de pensamento, expressão e informação¹⁷.

Em um capítulo próprio, a Carta Maior versa sobre a comunicação social e coíbe, expressamente, qualquer embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação, assim como veda a censura de natureza política, ideológica e artística.

No âmbito internacional, a liberdade de pensamento e expressão está estampada em vários documentos. Dentre eles, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 erigiu em seu art. 11º “a livre comunicação dos pensamentos e de opiniões um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei”.

¹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Ob. cit.*, p. 409.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Art. 5º, incisos, IV, V, IX, XIII e XIV da CF/88.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

Os mesmos direitos, assim como o da informação, também foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Igualmente, à liberdade de expressão, está estampada na Convenção Europeia dos Direitos do homem de 1950, assim como no Pacto San José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969), conforme teor do artigo 13 que possui idêntico conteúdo da Declaração de 1948.

Quanto ao aspecto conceitual, as expressões: “liberdade de informação e de expressão”, alerta Luís Roberto Barroso que a doutrina brasileira as distingue. Sinaliza o autor que com relação ao primeiro termo, “diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado”. Já com relação à liberdade de expressão, anota que se destina a “tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano”¹⁸.

Aponta ainda o supracitado autor que, além da nomenclatura “liberdade de expressão” e de “informação”, existe também, um terceiro termo que, igualmente, possui assento constitucional, denominado de “liberdade de imprensa”. Segundo bem entende, a expressão institui a liberdade conquistada ao longo do tempo, portanto, reconhecida a todos aqueles “meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e ideias, envolvendo desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão”¹⁹.

Quanto a liberdade de informação, René Ariel Dotti esclarece que “o direito a informação é considerado também sob a perspectiva de um direito a notícia e de um direito ao fato”²⁰.

Ao distinguir as terminologias, Jayme Weingartner Neto sustenta que a “liberdade de expressão” e a “liberdade de imprensa” se relacionam nos seguintes termos:

Segundo a teoria dominante, a liberdade de expressão (direito à livre comunicação espiritual, de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento) abrange as expressões que influenciam a formação de opiniões, juízos de conteúdo valorativo, e não a comunicação de fatos (informação). Ao revés, a

¹⁸ BARROSO, Roberto Luís. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 80.

¹⁹ *Idem*, p. 82.

²⁰ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 169.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

liberdade de imprensa abarca ambas as vertentes constitucionais, o que não significa que a prática jornalísticas não deva separar (identificar) informações e opiniões (...) ²¹.

Complementa o aludido autor que a liberdade de imprensa está vinculada a um conteúdo de verdade da notícia. Contudo, reconhece que não se pode garantir que haja a transmissão e a reprodução conscientes e que, até mesmo, possa haver notícias inverídicas ou ainda, as notícias verdadeiras posam se chocar, por exemplo, com a privacidade. ²²

A questão da verdade no jornalismo, ainda no século XX, fora aventada por Rui Barbosa em uma de suas obras: “A imprensa e o dever da verdade” escrita originalmente no ano de 1920. Nesse escrito, é evidente o descontentamento e a repudia do autor quanto à mentira ligada ao homem público e também a imprensa, como leciona:

Logo, senhores, se o homem público há de viver na fé que inspirar aos seus concidadãos, o primeiro, o maior, o mais inviolável dos deveres do homem público é o dever da verdade: verdade nos conselhos, verdade nos debates, verdade nos atos; verdade no governo, verdade na tribuna, na imprensa e em tudo verdade, verdade e mais verdade. [...] Em lugar de verdade, verdade e mais verdade, mentira, mentira e mais mentira: só mentira, mentira nas instituições. Na administração, mentira. Na tribuna e no telégrafo, e nos jornais, mentira, rementira e arquimentira ²³.

A imprensa para Rui Barbosa é “a vista da Nação”. E explica:

Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa de ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonégam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que ameaça ²⁴.

Rui Barbosa defende uma imprensa moralizada e enfatiza que “nada mais útil às nações do que a imprensa na lisura da sua missão. Nada mais nefasto do que ela mesma na transposição do seu papel” ²⁵. Desse modo, completa:

²¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 85-86.

²² *Ibidem*, p. 86.

Posicionamento idêntico é o de Barroso ao sustentar que “a informação que goza de proteção constitucional é a verdadeira”. E mais, reafirma que “a deliberação de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. BARROSO, Roberto Luís. *Ob. cit.*, p. 88.

²³ BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Editora Papagaio, 2004, p. 71.

²⁴ *Ibid*, p.35.

²⁵ *idem*.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

“Todo o bem que se haja dito, e se disser da imprensa, ainda será pouco, se a considerarmos livre, isenta e moralizada. Moralizada, não transige com os abusos. Isenta, não cede às seduções. Livre não teme aos potentados.”

Na jurisprudência contemporânea, o tema sobre a veracidade das informações pela imprensa foi debatido no Superior Tribunal de Justiça²⁶:

[...] A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará²⁷.

Por outro lado, a Egrégia Corte Superior, na mesma decisão, manifestou-se no sentido que:

A diligência que se deve exigir da imprensa, de verificar a informação antes de divulgá-la, não pode chegar ao ponto de que notícias não possam ser veiculadas até que haja certeza plena e absoluta da sua veracidade”. Isto porque, defendem que esse “processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz”, motivo pelo qual não se concilia com os rigores próprios de um processo, no qual se exige conhecimento pleno acerca dos fatos analisados²⁸.

A questão da dispensabilidade uma verdade absoluta para a divulgação de uma informação abordada pela jurisprudência, igualmente, pode ser encontrada em posicionamento doutrinário, como se observa:

Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro dos critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade²⁹.

²⁶ EMENTA: “Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Veiculação de matéria jornalística. Conteúdo ofensivo. Responsabilidade civil. Liberdade de imprensa exercida de modo regular, sem abusos ou excessos”.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. Recurso Especial nº 1.297.567 - RJ (2011/0262188-2) Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Julg. 23.04.2013, *DJe*: 02.05.2013.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ BARROSO, Roberto Luís. *Ob. cit.*, p. 88.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

Outra questão que merece ser assinalada, pertinente a liberdade de imprensa, está relacionada à censura. Como foi dito anteriormente, a Constituição da República veda expressamente essa prática. Neste particular, a doutrina adverte: “o caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento e sua função é antidemocrática³⁰.”

O tema sobre a censura fora abordado na 1ª Conferência Legislativa sobre a liberdade de imprensa datada de 03 de maio de 2006³¹. Na oportunidade, a Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, criticou as propostas de censura a liberdade de imprensa que volta e meia surgem no País, tendo afirmado que:

Essa é uma preocupação que tem surgido reiteradas vezes. É um limitador da liberdade de imprensa, que é garantia da democracia. Em decisão anterior do ministro Celso de Melo, o STF já deixou absolutamente claro que qualquer censura a imprensa não é possível. Qualquer prejuízo nessa área deve ser reparado pela via de perdas e danos³².

Todavia, em recente pesquisa realizada pela Freedom House, uma organização não-governamental sem fins lucrativos fundada em 1941, classificou no ano de 2012 a imprensa no Brasil como parcialmente livre^{33/34}. Um dos motivos para essa afirmação, segundo o estudo, está ligado à esfera judicial, pelo fato de juízes estarem proferindo decisões que impedem que os órgãos da imprensa publiquem matérias jornalísticas. Além disso, a pesquisa aponta outra fragilidade enfrentada pela imprensa que consiste na violência praticada contra os jornalistas³⁵.

Outrossim, no que toca à liberdade de imprensa, entende-se que não se pode afirmar ser esta liberdade reveladora de um direito absoluto³⁶. Ao contrário, os seus

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Ob. cit.*, p. 135.

³¹ BLANCO, Patricia; PESSINI, Ana Cristina (Coords.). Conferência Legislativa sobre liberdade de expressão. 7 anos de debates. São Paulo: Blanco GT, 2006-2009. p. 14.

³² *Idem*.

Importante assinalar que ao término da Conferência, o então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva assinou a Declaração de Chapultepec, documento que foi adotado pela Conferência Hemisférica sobre a Liberdade de Expressão realizada em Chapultepec, na cidade do México no ano de 1994. A Declaração trata de uma carta de princípios assinada por chefes de Estado, juristas e entidades ou cidadãos comuns e sustenta que “uma imprensa livre é uma condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem estar e protejam a sua liberdade

³³ *Ibidem*, p. 26.

³⁴ O relatório completo da pesquisa está disponível em: http://www.freedomhouse.org/sites/default/files/Booklet%20for%20Website_0.pdf. Acesso em 25.07.2013.

³⁵ BLANCO, Patricia; PESSINI, Ana Cristina (Coords.). *Ob. cit.*, p. 27.

³⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e (Em Face da) Constituição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 214.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

limites encontram-se previstos na própria Constituição Federal de 1988, como se pode notar do disposto no inciso X do artigo 5º e art. 221, § 1º, os quais se referem à honra e a vida privada, assim como no inciso XIII do mesmo artigo, inciso XVI do dispositivo 21 e artigo 221³⁷.

Em sintonia com o posicionamento esposado, está Grandinetti ao ponderar que “[...] não significa que a investigação jornalística e mesmo a liberdade de informação sejam direitos absolutos e ilimitados. Nenhum direito assim o é”, complementando ainda o autor que a investigação jornalística também possui seus limites em outros direitos fundamentais, sobretudo, os pertinentes a intimidade das pessoas³⁸.

Outro não é o posicionamento jurisprudencial da Quarta Turma do Superior Tribunal em uma decisão julgada em 12.06.2012 pelo Relator Ministro Raul Araújo, como se constata³⁹:

[...] Por sua vez, a liberdade de expressão, compreendendo a informação, opinião e crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)⁴⁰.

Essa mesma percepção do tema é relevada por Gilmar Mendes ao esclarecer que “não se pode afirmar, porém, que o Constituinte de 1988 tenha concebido a liberdade de imprensa como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo”. E mais, a sua visão: “ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e a vida privada (CF, art. 5º, X)⁴¹.”

214.

³⁷ BARROSO, Roberto Luís. *Ob. cit.*, p.84-85.

³⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Ob. cit.*, p. 214.

³⁹ EMENTA: “Recurso especial. Civil. Danos morais. Matéria jornalística ofensiva. Lei de imprensa (lei 5.250/67). ADPF n. 130/DF. Efeito vinculante. Observância. Liberdade de imprensa e de informação (CF arts. 5º, iv, ix e xiv, e 220, caput, §§ 1º e 2º). Crítica jornalística. Ofensas à imagem e à honra de magistrado (CF, art. 5º, v e x). Abuso do exercício da liberdade de imprensa não configurado”.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801109 / DF (2005/0195162-7), Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data do julgamento: 12 de Junho de 2012. DJe. 12/03/2013. 4T- Quarta Turma.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.647.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

4. OS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA, À IMAGEM E À HONRA. UMA CONTEXTUALIZAÇÃO

Historicamente, a efetivação da proteção ao direito a intimidade ganha ênfase nos Estados Unidos em 15 de dezembro de 1890, com a publicação de um artigo de autoria dos americanos Samuel Warren e Louis Brandeis⁴², intitulado: “The right to privacy”⁴³ (O direito à privacidade) que foi escrito, justamente para se contrapor aos arbítrios praticados pela Imprensa.

A motivação da redação do trabalho se deu pelo fato de Samuel Warren ter sido importunado pela imprensa de Boston que divulgou fatos de seus familiares e reservados do casamento de sua filha na coluna social de um jornal local⁴⁴, que inclusive, implicaram em comentários jacosos a respeito do evento⁴⁵.

No artigo, os autores argumentam que lei deve evoluir em resposta as mudanças tecnológicas e afirmam que a imprensa está ultrapassando, em todas as direções, o limite do decoro e da decência⁴⁶. Além disso, o escrito menciona vários direitos, dentre eles o *The right to be let alone* (O direito de ser deixado só)⁴⁷. Registre-se que a repercussão do artigo foi tamanha que a jurisprudência norte-americana passou acolher a tese⁴⁸.

Assim como a liberdade de expressão, o direito a intimidade está previsto na Declaração Universal dos direitos Humanos de 1948 em seu artigo XII, que garante: “ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques a sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Na Convenção Europeia dos Direitos do homem de 1950, a intimidade está estampada no artigo 8º, “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e

⁴² DOTTI, René Ariel. *Ob. cit.*, p.52.

⁴³ Artigo originalmente publicado na *Harvard Law Review*, V. IV, nº 5, em dezembro de 1980.

⁴⁴ ANYFANTIS, Spiridon. *Provas audiovisuais: sua valoração no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 97.

⁴⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Ob. cit.*, p. 53.

⁴⁶ Artigo Disponível em: <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>. Acesso em: 25.07.2013.

⁴⁷ ANYFANTIS, Spiridon. *Ob. cit.*, p. 97.

⁴⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Ob. cit.*, p. 53.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. Igual proteção tem previsão no artigo 11.2 do Pacto San José da Costa Rica de 1969⁴⁹.

No Brasil, o direito das pessoas a sua intimidade e privacidade, a honra e a imagem constituem direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional da República de 1988, de acordo com o artigo 5º, inciso X.

Leciona Alexandre de Moraes que “os direitos a intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”⁵⁰. Neste contexto, o autor sinaliza que a proteção constitucional diz respeito, inclusive, a indispensável proteção a imagem em relação aos meios de comunicação em massa, citando como exemplo a televisão, o rádio, os jornais, as revistas e etc.⁵¹.

De acordo com o referido autor, os termos “intimidade” e “vida privada”, apesar de interligados, são distintos. Nestes termos salienta então que, a intimidade está relacionada às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, tal como sua relação com a família e amizades. Enquanto a vida privada abarca todos os tipos de relacionamentos do indivíduo, como por exemplo, os de cunho comercial, estudantil, de trabalho, entre outros.⁵²

A intimidade é conceituada pela doutrina como “o direito de interditar às demais pessoas o conhecimento dos pensamentos, emoções, sentimentos e sensações, bem como dos atos e acontecimentos que o titular não queira revelar aos outros”⁵³.

Lembra Luis Gustavo Grandinetti que após a criação da teoria da teoria dos três círculos concêntricos da intimidade pelo alemão Henkel em 1958, passou a haver um melhor entendimento sobre o tema. Isso porque, a intimidade foi dividida em três esferas de profundidade, a saber:

O primeiro deles, com maior raio, corresponderia à esfera da vida privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*), onde se situariam os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem público. O círculo

⁴⁹ Redação do artigo 11.2 do pacto: “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 138.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

⁵³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Ob. cit.*, p. 54.

intermediário seria o de defesa da intimidade (*vertrauenssphäre*), onde estariam os acontecimentos que o titular só compartilha com pessoas nas quais deposita certa dose de confiança. Finalmente, o círculo de menor raio seria a esfera do segredo (*Geheimsphäre*) que só seria de conhecimento do titular ou de pessoa por ele autorizada. O grau de proteção legal, assim, aumentaria quanto menor fosse o círculo atingido⁵⁴.

O direito a intimidade, ao lado do direito a imagem e a privacidade, engloba a defesa ao nome, a imagem, ao direito autoral, a inviolabilidade de domicílio, e ao segredo como a inviolabilidade de cartas, comunicações, e até mesmo, a proibição da prova ilícita no processo⁵⁵, “e tudo o mais que tocar ao recato da personalidade, um território que não é dado ao público conhecer sem autorização do titular”⁵⁶.

No que concerne a vida privada, defende René Ariel Dotti:

Genericamente, a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados⁵⁷.

O autor, do mesmo modo, compartilha o entendimento de que o direito a vida privada se delimita ao reconhecimento aos direitos à imagem, ao nome, ao domicílio e correspondência, o direito a honra e à reputação. Além disso, acrescenta o direito a integridade física e moral, a atividade profissional e também o direito ao esquecimento⁵⁸.

Na mesma temática, Barroso pontua que “de forma simples, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade o direito de estar só”⁵⁹. Explica o aludido autor que, a intimidade e a vida privada constituem esferas distintas, porém compreendem um conceito mais amplo que é justamente, o direito de privacidade⁶⁰. Em decorrência disso, defende:

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ DOTTI, René Ariel. *Ob. cit.*, p. 71.

⁵⁸ *Idem*, p. 77-92. Ao comentar sobre o direito ao esquecimento, Dotti cita um caso célebre ocorrido no ano de 1931 em que um cineasta chamado Reid produziu um filme baseado na vida real de Gabrielle Darley, uma mulher que costumava se prostituir e foi acusada de assassinato no ano de 1918, mas que acabou sendo absolvida. A publicidade do caso foi tamanha que causou imensa dor moral a Darley, que já havia contraído matrimônio e vivia uma vida digna. Tal fato, levou-a postular na Justiça a reparação pela grave ofensa a sua intimidade, tendo o Tribunal de Apelação da Califórnia reconhecido no caso o “direito ao esquecimento”.

⁵⁹ BARROSO, Roberto Luís. *Ob. cit.*, p. 75-76.

⁶⁰ *Idem.*

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação⁶¹.

Por outro lado, a tutela da intimidade pode, em algumas ocasiões, padecer de certas restrições sem que seja, totalmente, suprimida. Esses casos ocorrem com pessoas que ocupam cargo público, políticos ou pessoas notórias como artistas, atletas ou modelos⁶². A justificativa apontada para essa limitação se ampara em nome do interesse público, sendo em razão disso, esses aspectos da vida privada, convenientes a sua divulgação⁶³.

Todavia, de acordo com entendimento supra, sustenta-se que as pessoas que não se encontram no âmbito da notoriedade ou vida pública, possuem uma tutela mais ampla de sua privacidade⁶⁴.

Por tudo, insta apontar o direito à liberdade de imprensa encontra limite, justamente, no direito à intimidade e a vida privada, valendo destacar, por isso, que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo plenamente compatível com o direito à imagem, à honra e a vida privada.

5. A PROBLEMATICA DO BINÔMIO ILÍCITO-DANO E A PROTEÇÃO PROCESSUAL PREVENTIVA: A APTIDÃO DA TUTELA INIBITÓRIA

Conforme alhures enfatizado o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto a questão da justificação, mas sim a sua proteção. Nisso consiste a tarefa de se buscar mecanismos e o modo mais seguro para a realização e proteção dos direitos dos homens já proclamados, exatamente para se impedir que apesar de consagrados, continuem sendo violados. Sendo este o maior dos desafios, e se trata de um problema jurídico, e num sentido mais amplo, político e não mais filosófico⁶⁵

⁶¹ *Idem.*

⁶² LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 67-68.

⁶³ *Ibidem*, p. 68.

⁶⁴ BARROSO, Roberto Luís. *Ob. cit.*, p. 89.

⁶⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 24-26.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

Nas últimas décadas têm-se presenciado a uma verdadeira e acelerada mutação nas relações sociais em variadas formas e projeções.⁶⁶

Ocorre que a própria dinâmica de ditas relações, inegavelmente, gera conflitos que, uma vez levados ao Poder Judiciário, muitas vezes restam carecedores de adequadas soluções, oportunizadas pelas complexidades da vida, abstratamente reguladas por um ordenamento jurídico em dado tempo e espaço, gerando a insegura ideia de que não haveria instrumentos jurídicos aptos ou capazes de levarem a cabo o satisfatório deslinde do caso concreto ou de conceder medidas necessárias e aptas às situações fáticas geradas em tais ambientes sociais de contínuas mudanças.⁶⁷

Nesta esteira, com o fito de, instrumentalmente, tutelar, de forma satisfatória e eficiente o jurisdicionado em determinadas pretensões diante dos ambientes supracitados é que se edificou, doutrinariamente, a denominada “Tutela Inibitória”.

Objetiva a presente Tutela a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, não tendo para tanto caráter punitivo e sim preventivo. Nisto é que caberá o manejo da inibitória em face de alguém, ainda que sem culpa, estiver na iminência de praticar um ilícito.⁶⁸

Para a boa compreensão e correta utilização da presente tutela, necessário se faz acostar aqui a imprescindibilidade da importante distinção entre ilícito e dano. Aliás, objeto de antigas divergências doutrinárias.⁶⁹

Dita distinção já se faz necessária, *p. ex.*, no olhar mais agudo do que dispõe o art.186 do Código Civil, *in verbis*: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

⁶⁶ Sobre a multiplicação e mundialização de direitos, sobretudo decorrentes de uma variedade de experiências sociais, ver por todos BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 67 e ss.

⁶⁷ Neste ambiente é que bem guarda razão e necessidade das denominadas tutelas diferenciadas, ou seja, tutelas alternativas ao procedimento ordinário, destinadas a tutelar de forma adequada e efetiva peculiares situações de direito substancial. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.32.

⁶⁸ *Idem*, p. 36.

⁶⁹ Vale lembrar que uma das importantes conquistas da doutrina italiana nas últimas décadas do século passado foi, exatamente, a revisão conceitual de Ilícito, mais precisamente entre ato ilícito e fato danoso.

Ver, por todos, MÖCCIOLA, Michele. Problemi del rissarcimento del danno. in forma specifica nella giurisprudenza. *In: Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p.367 e ss.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

De tal dispositivo nota-se, de pronto, equívoco, ao se observar o uso da preposição “e”, induzindo ser a superveniência do dano indissociável à ideia de ilicitude do ato.⁷⁰

Nestes termos, bem pontua Marinoni que “o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para constituição do ilícito.”⁷¹

Observa-se que a prática de um ato contrário ao direito não tem, fundamentalmente, como consequência o surgimento do dano. Assim, tem-se que o ato ilícito é qualquer conduta contrária ao direito, sendo o dano um prejuízo material ou moral que pode vir ou não da prática de um ato ilícito.⁷²

Estando a tutela inibitória voltada para o futuro com natureza essencialmente preventiva, é cristalino que a mesma não possui, necessariamente, relação direta com o dano, sendo autorizado manejá-la para fins de que não se pratique um ilícito sem que, para tanto, seja demonstrado cabalmente um dano futuro.⁷³

O esclarecimento dessa confusão não apenas deixa claro que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, como também permite a delimitação de uma tutela legitimamente preventiva, não tendo a mesma relação com a probabilidade do dano, mas apenas relação com o ato contrário ao direito.

Na relação entre probabilidade do ilícito e probabilidade do dano, leciona ainda Marinoni⁷⁴:

“É certo que a probabilidade do ilícito é, com frequência, a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separar, cronologicamente, o ilícito e o dano. Contudo, o que se quer deixar claro é que para obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória”.

Essa diferenciação entre ilícito e dano, conceituando-se o ilícito como ato contrário ao direito, permitiu que a tutela jurisdicional fosse adequadamente prestada a

⁷⁰ Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 367.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p.46.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Neste íterim, pontua Marinoni: “(...) ao inserir na constituição do ilícito o perigo, refere-se ao perigo com uma “potencialidade danosa”, evidenciando, assim, que a tutela contra o ilícito – que seria diferente da tutela contra o dano – é uma tutela contra a probabilidade do dano” (*Ob. cit.*, 2006, p.45).

⁷⁴ *Idem*, p. 47.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

certas situações, através do uso de uma medida genuinamente preventiva, aí encontrando lugar a tutela inibitória.

Por tudo, enfrentada a distinção entre ilícito e dano, imperiosa é a observação de que a melhor definição legislativa da inibitória é aquela que admite a tutela na forma pura (antes que se tenha ocorrido o ilícito) e não apenas para impedir a continuação ou repetição do ilícito.⁷⁵ Essa definição legislativa é encontrada no ordenamento jurídico pátrio através dos institutos do interdito proibitório e do mandado de segurança preventivo e mais amplamente pelo que prescreve o art. 5.º, XXXV da CF.

Percebe-se, todavia, que a existência de uma tutela jurisdicional contra o ilícito que não se destine a reparar o dano, consubstanciada em sentenças mandamental e executiva (arts. 461 e 461-A do revogado CPC/1973 e hoje, explicitamente contida no art.497, parágrafo único do CPC/2015 e 84 do CDC), permitiu a construção de uma tutela inibitória atípica⁷⁶ como, p. ex., em casos onde caberia ao cidadão, tomando conhecimento de que a notícia de cunho íntimo a seu respeito seria divulgada, ingressar em juízo invocando pedido de tutela inibitória visando impedir, peremptoriamente, a publicação ou a divulgação da notícia. Notadamente, neste caso, é plenamente possível que o interesse da parte venha cingir-se sobre a não publicação e divulgação da notícia e não fundamentalmente, pelo possível ressarcimento que queira obter do veículo divulgador da mesma ou mesmo a probabilidade do dano.

Neste sentido, bem leciona Marinoni:

Se uma norma proíbe a prática de determinado ato ou atividade, e se esta violação é provável, bastará a sua alegação e demonstração, não sendo necessário afirmar e provar que, ao lado desta provável violação, ocorrerá um provável dano. Do ponto de vista probatório, é muito mais fácil provar a probabilidade da prática, repetição, ou continuação de ato contrário ao direito, do que a probabilidade do dano.⁷⁷

De outro modo, caso alguém tema que seu direito continue a ser violado, ou seja, novamente violado, pode-se manejar a Tutela Inibitória, inclusive em forma de pedido

⁷⁵ *Idem*, p. 55.

⁷⁶ Acerca da tutela inibitória atípica, assevera Marinoni: “(...) os arts. 461 do CPC e 84 do CDC – que tratam das obrigações de fazer e de não fazer – abrem oportunidade às sentenças mandamental e executiva, sem qualquer alusão a uma específica situação de direito substancial. Em outros termos, a tutela inibitória pode ser postulada diante de qualquer tipo de direito, e não apenas em face de situações de direito material expressamente previstos em lei” (*Ob. cit.*, p. 39).

⁷⁷ *Idem*, p. 56.

No mesmo sentido, ver SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória*. São Paulo: RT, 2007, p. 29 e ss.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

tutelar antecipatório, dado não poder, frequentemente, se dar à penúria de suportar o tempo elástico ao deslinde da demanda e mesmo ao trânsito em julgado da sentença a seu favor.

5.1 Tutela Inibitória. Previsões legais

Certo é que o principal fundamento legal em que repousa a tutela inibitória, antes de tudo, é aquele decorrente do princípio constitucional inserido no art. 5º, XXXV da Carta Maior que reza: “*a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça ao direito.*” Diante de tal preceito, nítido é a desnecessidade de uma expressa previsão infraconstitucional para a propositura da proteção inibitória.

No entanto, em sede infraconstitucional, de forma mais detida, nota-se que tutela inibitória só era prevista no ordenamento jurídico na forma típica, principalmente, através dos já referidos interdito proibitório (art. 567 do CPC/2015)⁷⁸ e mandado de segurança preventivo (art. 1º, da Lei 12.016/09).⁷⁹

Com o advento do art. 461⁸⁰ do CPC/1973, vislumbrou-se no Ordenamento Processual Civil pátrio a possibilidade de se obter a tutela inibitória na forma atípica, ou seja, de cunho amplo, alcançada por meio de sentenças mandamental e executiva *lato sensu*⁸¹, portanto, visando à proteção de direitos da personalidade e mesmo direitos de índole coletiva, tais como os direitos do consumidor e meio ambiente, tanto sob a forma positiva (obrigações de fazer) como negativa (obrigações de não fazer).

Hodiernamente presenciamos a edificação de um novo Código de Processo Civil para o Brasil, este representado pela Lei n.13.105 de 16.03.2015, cujo processo de gestação foi longo, mas deveras oportuno, sobretudo, em sede Tutela Inibitória, onde,

⁷⁸ “Art. 567. O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito.”

⁷⁹ “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

⁸⁰ “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 671.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

formalmente, fora acostado dispositivo dedicado ao tema, desonerando de uma interpretação extensiva do que se fazia em sede de Tutela Específica no CPC/1973.

Temos, então, que no CPC/2015 em questão, bem aloca o legislador a presente Tutela Inibitória como decorrência natural da Tutela Específica, quando da pretensão para inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção; servindo ainda para o ressarcimento de um dano. É o que se depreende da norma infra:

Art. 497 Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Aludido comando legal é revestido de técnicas processuais que permitem também outras formas de tutela na forma específica⁸², estas que são aplicadas de acordo com a proteção jurisdicional que se busca diante de um direito material que se quer proteger⁸³, sobretudo, de modo específico, daí porque é de se entender que a tutela inibitória se inclui no universo das tutelas específicas.

É de se observar ainda, conforme já se via dos parágrafos do art. 461 do revogado CPC/1973,⁸⁴ que se mantêm como de efetiva importância para a concessão de uma genuína tutela inibitória, medidas que por ventura podem ser realizadas na consecução da pretensão inibitória, tudo com o intuito de se ter a efetivação da proteção estatal quanto a uma possível transgressão ou mesmo a cessação da violação de um direito, destacando-se, neste caso, o que preceitua o art. 536 e seu §1º do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a

⁸² “(...) pensar somente nas formas processuais, e assim apenas nos instrumentos processuais capazes de impor um fazer ou um não fazer, constitui uma visão míope do fenômeno da tutela dos direitos. Este fenômeno tem um aspecto dualista, compreendido pela tutela do direito material e pelas formas de tutela destes direitos”. (MARINONI, Ob. cit., p. 116).

⁸³ Sobre a aplicabilidade dos arts. 497 e 536 do CPC, estes voltados à obtenção de uma Tutela Específica relativa a obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, quando da ocorrência de inadimplemento das mesmas, cf. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer*. 7 ed. Curitiba: Juruá, 2017.

⁸⁴ Sobre a atuação das referidas medidas constantes do § 5º do art. 461 do CPC (hoje §1º do art. 536 do CPC/2015) para fins de efetivação da Tutela Específica solicitada, ver GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela Específica...*, 2013.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. 107

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade.

Como visto, a tutela inibitória é voltada para o futuro, tendo como escopo a inibição da prática, continuação ou repetição de ato contrário ao direito, sendo ainda autorizado requerê-la com o fito de que não se pratique um ilícito sem que, para tanto, seja demonstrado cabalmente um dano futuro.

5.2 Aplicabilidade da Tutela Inibitória “pura”

Para melhor vislumbrar-se a aplicabilidade ou “razão prática” do referido instrumento processual, mais precisamente naquela que, certamente, concentra a mais relevante característica inibitória, ou seja, prevenção da prática de um ato ilícito quando estar-se-á diante de um eminente dano à personalidade, trazemos à colação a demanda entre Fernando Macieira Sarney vs. Estado de São Paulo (aqui sem qualquer juízo de valor, dado a imprescindibilidade da noção pragmática e reconhecimento jurisprudencial a que se preza a presente Tutela”

O Supremo Tribunal Federal em decisão posterior a ADPF nº 130⁸⁵, emanou racionalidade que demonstra atenuar o entendimento de que a tutela preventiva restaria inviabilizada em nome, apenas, da tutela ressarcitória. Trata-se de julgado em Ação de Reclamação Constitucional nº 9.428, conhecida como “caso Estadão x Fernando Sarney” levado então ao Pretório Excelso.

Nota-se tal conclusão decorrente da ementa do julgado. *In verbis*:

⁸⁵Em 30 de abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 130/DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em face da Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, esta que regula a liberdade de pensamento e de manifestação, declarando que a referida lei, também conhecida como Lei de Imprensa não havia sido recepcionada pela ordem constitucional de 1988, por ferir os princípios da nova Constituição Federal.

A ação foi inicialmente proposta com vistas à declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa: (i) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e (ii) outros carecem de interpretação conforme com ela compatível (...)” a fim de evitar que a antiguidade de normas legais não viessem a distorcer os direitos protegidos constitucionalmente pela nova ordem.

Cf. sobre a questão em: <http://jus.com.br/artigos/24250/analise-critica-da-decisao-do-stf-na-adpf-no-130-lei-de-imprensa#ixzz2i1WDn100>.

“EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. (Rcl 9428, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2009, DJe-116 Divulgada em 24/06/2010, Publicada em 25/06/2010).” (Grifo nosso).

Destarte, tratava-se de questão investigada pela Polícia Federal decorrente do envolvimento do empresário Fernando Macieira Sarney, filho do Presidente do Senado Federal José Sarney (PMDB-AP), em supostos esquemas de corrupção no estado do Maranhão.

In casu, a proibição da veiculação de reportagens acerca do assunto se deu por conta de uma Ação Inibitória, com pedido liminar, de nº 2009011113988-3, movida por Fernando Sarney, perante a 12ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFDT.

Tendo seu pleito antecipatório negado em primeira instância, por meio da impetração de Agravo de Instrumento, relatado pelo Des. Dácio Vieira, conseguiu o agravante a tutela liminar inibitória.

Dita *questio* foi extremamente divulgada nos mais diversos veículos de comunicação, sendo inclusive sendo criticado pela grande maioria destes como um o evento típico de censura à plena liberdade de informação jornalística e uma ameaça à democracia.⁸⁶

Ocorre que o plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a três, arquivou a Reclamação nº 9.428, proposta pelo jornal Estado de São Paulo, mantendo a respectiva Tutela Inibitória deferida pelo Desembargador do TJDFDT, impedindo aquele

⁸⁶ As empresas de comunicação tem repellido veementemente a intervenção judicial preventiva, principalmente após a revogação da Lei de Imprensa, em 2009.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

veículo de comunicação publicar matérias informativas do processo judicial que corre em segredo de justiça contra Fernando Macieira Sarney.

Trata-se assim, indubitavelmente, do reconhecimento da referida Tutela como meio propício e efetivo à proteção preventiva de direitos, aqui da personalidade, no plano jurisdicional junto à Corte Suprema brasileira.

6. CONCLUSÃO

De tudo acostados nas letras retro citadas, é de se perceber que os denominados Direitos Fundamentais devem ser catalogados em uma base conceitual ampla, notadamente, sem restrições, seja pelo ponto de vista formal e mesmo material, pois que dizem respeito, universalmente, a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoa capaz de agir, encontrando aí os direitos da personalidade, dos quais os direitos à expressão e à intimidade estão contextualizados, sendo estes, ainda que na eminência de sofrerem agressão em seu respeito, têm no instrumento processual da Tutela Inibitória, a efetivação concreta do respeito à garantia dos mesmos.

Disso, é de se notar o atributo da efetividade como vetor inexorável do Processo enquanto instrumento apto à realização de direitos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Editora Papagaio, 2004.

BARROSO, Roberto Luís. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BLANCO, Patricia; PESSINI, Ana Cristina (Coords.). *Conferência Legislativa sobre liberdade de expressão. 7 anos de debates*. São Paulo: Blanco GT, 2006-2009.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. *Recurso Especial nº 1.297.567 - RJ* (2011/0262188-2) Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Julg. 23.04.2013, DJe: 02.05.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 801109 / DF* (2005/0195162-7), Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data do julgamento: 12 de Junho de 2012. DJe. 12/03/2013. 4T- Quarta Turma.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed., 9 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e (Em Face da) Constituição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2008

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer*. 7 ed. Curitiba: Juruá, 2017.

LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

GAIO JÚNIOR, Antônio P.; SALGADO, Sheyla Vela. Tutela Inibitória no Plano de Proteção ao Direito Fundamental da Personalidade: Limite Jurisdicional à Liberdade de Expressão e à Intimidade. pp. 24-48

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÒCCIOLA, Michele. *Problemi del risarcimento del danno. in forma specifica nella giurisprudenza*. In: Rivista Critica del Diritto Privato, 1984.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007.

NOGUEIRA, Alberto. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória*. São Paulo: RT, 2007.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.