

Estado Democrático de Direito e Liberdade de Imprensa

DEMOCRATIC STATE OF LAW AND PRESS FREEDOM

Fabício Fracaroli Pereira *

Resumo: No presente artigo, primeiro foram esboçadas reflexões sobre o Estado Democrático de Direito, com destaque para a proteção dos direitos fundamentais, seguidas de considerações sobre o conteúdo da liberdade de imprensa e seus corolários, tais como o direito à livre manifestação do pensamento e à informação. Depois, analisou-se sua relação com os direitos da personalidade, direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, e a necessidade de compatibilidade entre eles e a liberdade de imprensa. Posteriormente, foi ressaltado o instituto processual da tutela inibitória, importante mecanismo de proteção e prevenção aos abusos de direito e forma de se evitar danos e/ou atos ilícitos, que deriva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, insculpido no inciso XXXV da Constituição da República brasileira. Por fim, examinou-se o instituto da interceptação telefônica, meio especial de prova do processo penal que consiste em intenso violador dos direitos personalíssimos ligados à intimidade e à vida privada, porém, excepcionalmente autorizado pela Constituição mediante estrita observância do procedimento legalmente disciplinado.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Liberdade de imprensa. Direitos fundamentais. Tutela inibitória. Interceptação Telefônica.

Abstract: In this paper, the reflections on the democratic rule of law were first outlined, with emphasis on the protection of fundamental rights, followed by consideration of the contents of press freedom and its corollaries, such as the right to free expression of thought and information. Then, we analyzed its relationship with personality rights, fundamental rights under Article 5 of the Constitution, and the need of compatibility between them and press freedom. Later on, it was analyzed the institute of guardianship proceedings for an injunction, an important mechanism of protection and prevention of abuse of law and order to prevent damage and / or illegal acts, which derives from the fundamental right to effective judicial protection, inscribed in item XXXV of the Constitution of Brazilian Republic. Finally, we examined the institute's

* Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: fabriciofracaroli@gmail.com

interception, special means of proof of criminal procedure that consists of intense violator of personal rights related to privacy and private life, however, exceptionally authorized by the Constitution under strict observance of the procedure legally disciplined.

Key-words: Democratic State of Law. Press freedom. Fundamental rights. Tutela inibitória. Telephone interception.

INTRODUÇÃO

Ao lado de outros importantíssimos direitos sociais e individuais, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu preâmbulo¹, elenca a *liberdade* como um dos valores supremos a ser assegurado pelo Estado Democrático então constituído.

Sem adentrar na discussão do que venha a ser propriamente o valor, ou estado, ou condição *liberdade*, debate que há muito consome a atenção humana, o artigo ora apresentado teve por objetivo tratar da proteção constitucional à liberdade de imprensa, e sua relação com os direitos fundamentais ligados à personalidade, numa ótica focada no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, foram esboçados, em primeiro lugar, reflexões sobre o Estado Democrático de Direito, com destaque para a proteção dos direitos fundamentais, seguidas de considerações acerca do conteúdo da liberdade de imprensa e seus corolários, tais como o direito à livre manifestação do pensamento e à informação.

Depois, foi analisada sua relação com os direitos da personalidade, direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, e a necessidade de compatibilidade entre eles e a liberdade de imprensa.

Em seguida, foi estudado o instituto processual da tutela inibitória, importante mecanismo de proteção e prevenção contra abusos de direito e forma eficiente de se evitar a prática de danos e/ou atos ilícitos, que deriva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, insculpido no inciso XXXV da Constituição da República brasileira.

Por fim, examinou-se o instituto da interceptação telefônica, meio especial de prova do processo penal que consiste em intenso violador dos direitos personalíssimos ligados à intimidade e à vida privada, porém, excepcionalmente autorizado pela Constituição mediante estrita observância do procedimento legalmente disciplinado.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De acordo com a Constituição da República brasileira, vivemos em um Estado Democrático de Direito. Logo no seu primeiro artigo, perpetuou-se que

¹ Que, apesar de não ter força normativa, como entende o Supremo Tribunal Federal, “contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988” (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.) (BRASIL, 2008).

a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Um Estado Democrático que se qualifica, em síntese, por ter seu governo, seu poder, exercido pelo povo². Resume-se em “soberania popular e governo da maioria” (BARROSO, 2008, p.18), o que se extrai do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Tal concepção de Estado Democrático, ainda hoje disseminada, deriva do século XVIII, e foi reforçada com a eclosão das revoluções burguesas³, cuja finalidade precípua foi limitar o poder autoritário existente nos Estados absolutistas.

Dentre suas características, destaca-se também a afirmação de determinados valores fundamentais da pessoa humana, de indispensável observância por todos os indivíduos que fazem parte do Estado nacional, e pelo próprio Estado, tanto no que diz respeito ao seu funcionamento como à sua organização, devendo ainda orientar sua atuação com vistas à proteção desses valores (DALLARI, 2011, p.145).

O conceito de Estado Democrático de Direito abrange, ainda, a noção de constitucionalismo. Como explana Barroso (2008, p.18), o constitucionalismo “significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*)”.

Assim, existem leis editadas pelo poder estatal – pelo *poder* do qual o *povo* é seu titular – que são oponíveis e eficazes (no sentido de ser capaz de produzir efeitos) contra todos, incluindo o Estado, de modo que o poder político depara-se com seus limites e suas diretrizes no próprio ordenamento jurídico e no direito como um todo.

Atualmente, numa nova dimensão do constitucionalismo, a legalidade evoluiu de uma concepção que engloba um aspecto puramente *formal* para uma legalidade *substancial*, que passou a exigir “a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais” (MARINONI, 2011, p.46).

² Em grego, *demos* = povo, e *kratos* = força, poder.

³ Com destaque para a Inglesa, a Americana e a Francesa.

Trata-se do denominado *neoconstitucionalismo*, de modo que “cabe agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais” (MARINONI, 2011, p.47).

Como importantíssimo direito ligado ao exercício e à própria existência da democracia⁴ e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito, temos a liberdade de imprensa e seus corolários, tema que no Brasil e em diversos outros países possui resguardo constitucional e que representa direito fundamental do cidadão, ao ponto de ser universalmente protegida por intermédio de documentos internacionais⁵.

2 A LIBERDADE DE IMPRENSA

No rol de direitos do artigo 5º, da Constituição da República brasileira, encontramos a tríade basilar compositora da chamada liberdade de imprensa, quais sejam os direitos à livre manifestação do pensamento (inciso IV), à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX) e o direito de informação (inciso XIV).

Como destaca o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130⁶, a *liberdade de imprensa*,

[...] enquanto projeção da liberdade de manifestação do pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar.

A imprensa, esse instrumento de informação, divulgação e crítica, dada sua importância, foi disciplinada em um capítulo exclusivo, mais especificamente

⁴ “A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas.” (MARX, 2010, p. 60).

⁵ Como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo XIX dispõe: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”; e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê no artigo 13 o direito a “Liberdade de pensamento e de expressão”.

⁶ ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009. (BRASIL, 2009a).

no Capítulo V do Título VIII da Constituição da República brasileira, denominado “Da Comunicação Social”.

O artigo 220 da Constituição inaugura o capítulo que trata da Comunicação Social com a previsão de que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

Pela leitura do artigo acima citado, percebe-se que a Constituição buscou garantir uma ampla liberdade de expressão, informação e opinião, de modo que todos sejam os meios profissionais de comunicação, por seus agentes, ou mesmo qualquer cidadão, tenham garantido esse direito, sem imposição de obstáculos por parte do Estado.

No mesmo artigo, o parágrafo primeiro dispõe que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV”.

Aqui, mais direcionado à imprensa e ao trabalho profissional exercido por jornalistas⁷, a Constituição novamente frisou a ampla liberdade de imprensa, sem qualquer possibilidade de censura ou necessidade de licença (artigo 5º, inciso IV, Constituição da República).

Todavia, como ocorre em todo sistema, há no texto constitucional uma relação entre os dispositivos normativos ligados à liberdade de imprensa, dentre os quais direitos fundamentais, e os demais componentes desse mesmo sistema, isto é, os demais preceitos constitucionais, aqui incluídos outros direitos e garantias fundamentais.

Com isso, conclui-se que, apesar de a Constituição primar por uma *ampla* liberdade, ela não concede uma *plena* ou *irrestrita*, ou mesmo uma *desregulada* liberdade à imprensa e aos direitos vinculados à expressão e à comunicação. Para tanto, importa

[...] distinguir, antes de mais nada, entre restrição e regulação das liberdades fundamentais. Autores da tradição liberal, como John Rawls, afirmam que a prioridade dessas liberdades não é ameaçada quando se estabelecem regras,

⁷ “O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão”. (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2009, Plenário, DJE de 13-11-2009) (BRASIL, 2009b).

que se combinam em um sistema, no intuito de fomentar as condições sociais necessárias ao seu exercício duradouro. Na definição sobre se e quanto uma determinada política infringe a liberdade de expressão, está certamente incluída, como vimos, uma discussão sobre o conteúdo e o alcance dessa liberdade e sobre o que implica um julgamento a respeito disso (FRANCISQUINI, 2011, p.1).

Portanto, em que pese ser vasta, há limites e regras para a manifestação do pensamento, a informação, a comunicação etc. A liberdade de imprensa, como qualquer outra liberdade, não é absoluta.

Sabe-se que a todo direito corresponde um limite, de modo que não se tem nenhum direito por absoluto⁸. Como bem destaca Netto (2003, p.145), a “qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo inicialmente invisível dos excluídos de tais direitos”.

Da mesma forma, a ideia de liberdade também pressupõe a existência de limites. Não há que se falar em liberdade absoluta, pois o sujeito, ao ser livre, o é até o limite da liberdade do outro. Ao menos, o outro é o limite. A partir do momento em que se invade a extensão do outro, surgirá conflito entre as liberdades.

Como lembra Pereira Filho (2011, p.1):

Apesar de suas várias facetas, é certo que não se pode falar em liberdade de um só, ou de uma classe, instituição etc. A liberdade, para ter sentido, pressupõe sempre, e sempre, a esfera do *outro*. É preciso que se respeite o *outro* pela simples, mas fundamental, existência do *outro*. Não importa sua condição econômica, social, religiosa, política etc. Basta o seu existir.

Eis a razão pela qual não se poder falar em liberdade absoluta. Igualmente, não se concebe direito fundamental absoluto.

E cumpre ao direito regulamentar essa liberdade, com vistas ao seu exercício por todos os indivíduos da sociedade, pois, “se todos reconhecem que o homem é por natureza um ser social, é evidente que se deve conceber sua liberdade tendo em vista o homem social, o homem situado, que não existe isolado da sociedade” (DALLARI, 2011, p.34).

⁸ Como exceções, Bobbio (1992, p.42), em *A Era dos Direitos*, aponta o direito a não ser escravizado e o direito de não ser torturado como os dois únicos direitos absolutos, tendo em vista que “a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada”.

Com isso, em sendo a liberdade humana uma liberdade situada, que considera a existência e o relacionamento recíproco dos indivíduos, pode-se afirmar que

O problema, como se vê, não é de maior ou menor quantidade de liberdade, mas é de *qualidade* de liberdade. A concepção individualista da sociedade, ignorando o homem como ser social, foi fundamentalmente egoísta, pois desligou o indivíduo de compromissos sociais e, por isso mesmo, deu margem à mais desenfreada exploração do homem pelo homem, porque cada um vivia isolado na sua liberdade, procurando obter o máximo proveito para si (DALLARI, 2011, p.304).

No tocante à comunicação social, não obstante a Constituição não ter contemplado de forma direta a possibilidade de restrição pelo legislador ou mesmo pelo Poder Judiciário no âmbito da liberdade de imprensa⁹, é certo que, como destaca Mendes (2011, p.19),

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. O texto constitucional não admite uma interpretação tão simplista ou simplória.

Os limites impostos à livre manifestação do pensamento e os demais direitos relacionados à comunicação social estão contidos no próprio texto constitucional, e muitos deles regulamentados na legislação infraconstitucional, em consonância com o conteúdo constitucionalmente previsto.

E são várias as limitações constitucionais ao direito/liberdade de expressão e seus circundantes, como, por exemplo, o conteúdo do parágrafo primeiro do artigo 220, que logo depois de preconizar que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação, destaca a observância indispensável dos direitos – fundamentais – elencados nos incisos IV, V, X, XIII e XIV, do artigo 5º.

Tais incisos possuem, respectivamente, os seguintes textos:

⁹ A Constituição, em seu artigo 220, II, atribui competência à lei federal para “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (BRASIL, 1988).

- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (BRASIL, 1988, p.1).

Nota-se que o texto constitucional garante a livre manifestação do pensamento, mas, por outro lado, veda o anonimato; além disso, também garante o direito de resposta, com devida proporção à ofensa, mas não afasta a possibilidade de indenização por dano moral, material ou à imagem, no caso de abuso de direito.

No inciso X, destacam-se inúmeros direitos ligados à personalidade, tais como a honra, a imagem, a intimidade. A Constituição ainda considera tais direitos como invioláveis, o que ressalta sua importância e caráter limitativo. Mas, em aparente paradoxo, a própria Constituição garante reparação indenizatória no caso da “violação desses direitos invioláveis”. O que não deixa de constituir outra forma de contenção.

Por fim, constam dos incisos XIII XIV do supracitado artigo a liberdade de profissão e o direito à informação.

Assim, os autores que defendem uma liberdade desregulada e ilimitada à imprensa não atentam ao sistema constitucional e aos preceitos relacionados à nova dimensão do constitucionalismo, em especial à salvaguarda dos direitos fundamentais como um todo, pois, como lembra Mendes (2011, p.19),

É certo que 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 à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando entrever a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito.

Frise-se que se almeja uma **compatibilidade** entre a liberdade de informação e os direitos personalíssimos, e não a exclusão de um pelo outro.

Por conseguinte, observa-se que a Constituição da República brasileira,

[...] tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o previsto no art. 5.º, X (MENDES, 2011, p.26).

Como é possível perceber, houve, no âmbito constitucional, uma preocupação em relação à proteção dos direitos da personalidade, em especial o direito à honra, imagem e vida privada, consoante estipula o inciso X de seu artigo 5º.

3 OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

A proteção aos direitos da personalidade, elencados na Constituição com qualidade de fundamentais, extrapola o texto constitucional e se irradia por todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Podemos afirmar que os direitos fundamentais consistem em interesses que, no decorrer da história do constitucionalismo, “coincidem com as liberdades e com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos” (FERRAJOLI, 2011, p.11).

O perfil predominantemente individualista, marcante no liberalismo burguês do século XVIII, em que pese ainda manifesto no direito contemporâneo, sofre com o passar do tempo um gradual enfraquecimento.

Pela clássica sistematização dos direitos fundamentais, subdivididos em *gerações*¹⁰, percebe-se a evolução no tocante aos direitos da chamada *primeira geração*¹¹, notavelmente individualistas, que com o tempo foram complementados por conquistas de forte cunho social e humanista, assentes nos direitos de *segunda geração*¹². São, por sua vez, evidentemente mais

¹⁰ Ou, para os que assim preferem, em *dimensões*, pois “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”. (BONAVIDES, 2011, p.572).

¹¹ “Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente” (BONAVIDES, 2011, p.563).

¹² Ligados ao ideal da *igualdade*, “São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades” (BONAVIDES, 2011, p.564).

solidários no grupo dos denominados direitos de *terceira geração*, de modo que se nota uma maior preocupação na preservação do próprio gênero humano. Relacionados ao ideal *fraternidade* e

[...] dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 2011, p.569).

Como efeito da globalização política no âmbito jurídico, surgem também os denominados direitos fundamentais de *quarta geração*, que são o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Segundo Bonavides (2011, p.571), “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Por fim, enquadra-se o direito à paz numa *quinta geração* de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2011, p.579).

Releva-se, portanto, a importância do ser humano na evolução da teoria dos direitos fundamentais, e no direito como um todo, de modo que, nas palavras de Reale (2004, p.1), a pessoa humana realmente possa ser considerada o “valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico”.

Ademais, não é sem motivos que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado brasileiro, consoante previsão do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República.

Como reflexo no âmbito infraconstitucional, podemos mencionar o Código Civil brasileiro, que destina seu segundo capítulo da Parte Geral aos Direitos da Personalidade.

No seu artigo 11, que inicia aludido capítulo, consta que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

A proteção exercida sobre os direitos da personalidade, corolários da dignidade da pessoa humana, evidentemente deve ser observada quando do exercício dos direitos relacionados à comunicação social. Frise-se que os próprios

direitos personalíssimos não são absolutos; ao contrário, são relativos, o que se pode notar, no artigo acima citado, pela expressão “com exceção dos casos previstos em lei”.

Diante de sua essencialidade, existem por todo o ordenamento jurídico mecanismos de proteção (materiais e processuais) com a finalidade de reduzir ou mesmo impedir a violação de tais direitos.

Como destaca Doneda (2002, p.48):

A tutela dos direitos da personalidade, deve ser integral garantindo a sua proteção em qualquer situação. O artigo 12 responde a esta necessidade de ampliação da tutela com um mecanismo que já vinha sendo utilizado para minimizar ou evitar danos à personalidade, que é a tutela inibitória. Esta tutela faz-se acompanhar, no enunciado do artigo, de um meio já tradicional de tutela dos direitos da personalidade, que é a responsabilidade civil.

O artigo 12 do Código Civil, juntamente com os artigos 20 e 21, para além da reparação pecuniária tradicional em matéria de responsabilidade civil, reforçam a possibilidade de utilização de uma tutela que **evite** uma lesão a um direito da personalidade, ou seja, para que não se exija primeiro a ocorrência do dano para, só então, prestar-se a tutela do direito¹³, o que muitas vezes acarreta numa prestação dotada de baixa – ou nenhuma – efetividade material.

No que diz respeito à responsabilização civil, o diploma civilista brasileiro, em seus artigos 186 e 927, respectivamente, define o que se entende por ato ilícito, decorrente de ação ou omissão causadora de dano, e conseqüentemente obriga sua reparação. Sua aceitação é pacífica e muito utilizada (às vezes, até excessivamente ou de forma abusiva).

Todavia, o mesmo não ocorre com a tutela inibitória.

4 A TUTELA INIBITÓRIA

Quando se fala em tutela preventiva do ato ilícito ou mesmo do dano, muitas vezes há relutância em sua utilização e/ou concessão¹⁴.

¹³ Como destaca Ovídio Baptista, em *Da função à estrutura*, “Nosso sistema é incapaz de construir uma tutela preventiva, porque nossos magistrados têm apenas a missão de consertar o passado, nunca arriscar-se a prover para o futuro” (SILVA, 2000, p.1).

¹⁴ Afirma Ovídio Baptista, em *Da função à estrutura*: “O risco de comprometerem-se com a causa, antes da sentença final, é um fator sistemático (conseqüentemente estrutural) predisposto para manter o juiz em sua natural passividade. O sistema recursal é o instrumento que vigia a observância desta imposição. É natural, portanto, que os juízes procurem não se envolver com as questões de mérito da causa, antes de poderem proclamá-la no momento adequado” (SILVA, 2000, p.1).

Não obstante, Marinoni (2003, p.91) ressalta que o conteúdo do artigo 12 do Código Civil apenas reafirma o óbvio, eis que, como a Constituição brasileira, no inciso X do artigo 5º, prevê a inviolabilidade dos direitos da personalidade, torna-se desnecessário a previsão infraconstitucional da possibilidade de cessação da ameaça a esse direito.

Tem razão o processualista paranaense. O artigo 5º, XXV, da Constituição Federal, trata do chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, pelo qual se tem que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

O conteúdo desse artigo representa a essência do direito de ação, não entendido, como outrora o era, apenas como o direito a uma sentença de mérito, mas sim como direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

E como a Constituição assegura o direito à tutela jurisdicional, que deve ser efetivo, logo, tempestivo, é certo que, *se e quando* necessário, ele há de ser preventivo. Nos dizeres de Marinoni (2004, p.1),

[...] o direito à tutela inibitória está contido na própria estrutura da norma que institui algumas espécies de direitos, pois não há como conceber a existência de norma que outorgue direito inviolável sem conferir direito à inibição do ilícito.

A tutela preventiva, considerada como o “direito à inibição do ilícito” (MARINONI, 2004, p.1), portanto, representa uma norma de direito material, enquanto o processo corresponde a um mecanismo de prestação da tutela jurisdicional inibitória, que é garantida pela Constituição (art. 5º, inciso XXXV).

Assim, se o processo, “diante da natureza de algumas situações de direito substancial, não estiver disposto de modo a viabilizar a outorga da tutela inibitória àquele que a ela tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela jurisdicional preventiva” (MARINONI, 2004, p.1).

E, segundo o autor, podemos afirmar “até mesmo que a inserção da locução ‘ameaça a direito’ na nova verbalização do princípio da inafastabilidade teve por fim garantir a possibilidade de qualquer cidadão solicitar a tutela inibitória”. (MARINONI, 2003, p.81).

O direito à tutela jurisdicional é fundamental para a efetividade dos direitos diante de lesão ou ameaça, razão pela qual o “direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos” (MARINONI, 2004, p.1).

No âmbito do exercício da liberdade de imprensa e da proteção dos direitos fundamentais, em especial os direitos personalíssimos, é legítima a atuação do Poder Judiciário em impedir ocorrência de ilícito, por intermédio da tutela inibitória, quando do abuso do direito à livre expressão do pensamento e da liberdade de imprensa, em detrimento dos direitos fundamentais.

E isso se dá porque a “defesa dos direitos fundamentais não se confunde com a censura. Esta ocorre em ambiente onde aqueles direitos não são respeitados, enquanto a proteção dos direitos humanos é corolário do Estado Democrático de Direito” (CASTRO, 2004, p.117).

5 AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A Constituição não excluiu a possibilidade de que existam limites à liberdade de expressão e de comunicação. Contudo, para tanto, instituiu de maneira expressa que no exercício dessas liberdades dever-se-á observar o conteúdo nela disposto. E “não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição” (MENDES, 2011, p.20).

Além disso, na evolução dos direitos fundamentais, o direito à democracia, qualificado como direito fundamental de quarta geração, “há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrata e unitarista, familiar aos monopólios do poder” (BONAVIDES, 2011, p.571).

Ao coibir a prática de ilícitos, por meio da tutela inibitória, o Poder Judiciário não pode ser reputado como censor da liberdade de imprensa. Muito pelo contrário: deve sim ser considerado, “se quisermos viver democraticamente, o responsável para prestar a jurisdição em casos de violação às leis que regem a vida brasileira” (CASTRO, 2004, p.101).

E não são poucos os casos em que há real desdém para com os direitos personalíssimos fundamentais, muitas vezes praticados *pela imprensa em nome da liberdade de imprensa*.

O uso de interceptações telefônicas, realizadas mediante autorização judicial para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, nos termos da Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996 (BRASIL, 1996), representa exceção à inviolabilidade dos direitos relacionados à intimidade e à

vida privada, constitucionalmente permitida (art. 5º, XII). Todavia, segue um procedimento especial, previsto na lei que o regulamentou.

Nos casos de interceptação telefônica, assim como em outros tantos¹⁵, a lei exige que no processo em que se utilizem tais provas seu trâmite se dê sob sigredo de justiça (art. 1º, Lei nº. 9.296/96). (BRASIL, 1996).

O sigredo de justiça “se baseia em manter sob sigilo processos judiciais ou investigações policiais, que normalmente são públicos, por força de lei ou de decisão judicial”. Conseqüentemente, a lei prevê que “a utilização de material sigiloso, constante de inquérito, para fim diverso da estrita defesa do investigado, constitui crime”.¹⁶ (SEGREDO... 2011).

Como resultado, nos casos em que a imprensa divulga material protegido sob o manto do sigredo de justiça, além de violar direitos fundamentais, pratica crime. E isso ocorre frequentemente.

E ainda existem situações em que são divulgados os conteúdos de interceptações telefônicas realizadas de modo ilícito. Publica-se, ilicitamente, conteúdo obtido de forma ilícita. Há, além da violação dos direitos personalíssimos do indivíduo, verdadeira co-autoria da imprensa na prática do crime previsto no artigo 10, da Lei nº. 9.296/96.

De acordo com Barroso (2012, p.1):

A Constituição assegura a liberdade de expressão e de informação, mas preserva, igualmente, o direito de privacidade e ao devido processo legal. A divulgação de uma informação obtida por via manifestamente ilícita torna os meios de comunicação coadjuvantes de uma prática criminosa. Parece que ninguém se deu conta disso.

Portanto, no âmbito do Estado Democrático de Direito, não devemos nos olvidar de que a salvaguarda dos direitos fundamentais, incluindo a liberdade

¹⁵ No Código de Processo Penal, temos o art. 20, que assim prevê: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”; e o art.201, § 6º, com a seguinte redação: “O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o sigredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação”. Já no Código de Processo Civil, o art. 155 prevê que “Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em sigredo de justiça os processos: (I) - em que o exigir o interesse público; (II) - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

¹⁶ Art. 10, da Lei 9.296/96: Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. (BRASIL, 1996).

de imprensa e os direitos personalíssimos, vincula a todos. A defesa contra os abusos de poder alcança tanto o Estado como o poder privado. E a imprensa representa instituição social imbuída de forte parcela de poder.

Nos dizeres de Mendes (2011, p.32),

[...] a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa. A Constituição assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações à honra, à intimidade, à dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante à imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder social da imprensa. E não se deixe de considerar, igualmente, que a liberdade de imprensa também pode ser danosa à própria liberdade de imprensa.

Assim sendo, tendo em vista que “a garantia dos direitos fundamentais não ocorre apenas em face do Estado, mas também em relação ao poder privado” (MENDES, 2011, p.32), ressalta-se o papel do Poder Judiciário quando da proteção dos direitos personalíssimos, seja por lesão ou ameaça a esses direitos, causados por ato ilícito ou abuso de poder, nas relações entre o cidadão e a imprensa.

CONCLUSÃO

A defesa dos direitos fundamentais consiste em prioridade no Estado Democrático de Direito, com vistas ao respeito à dignidade da pessoa humana, que, aliás, traduz-se em um de seus fundamentos. O ordenamento jurídico, portanto, deve ser interpretado conforme os ditames constitucionais e os direitos fundamentais.

Concorda-se que, numa democracia, como é o caso do Brasil, é indispensável a preservação de uma ampla liberdade de imprensa. Trata-se de pressuposto básico para sua própria existência, bem como representa direito fundamental do cidadão brasileiro. Porém, em que pese ser ampla, necessita de regulação, de modo que essa liberdade seja compatível com os demais direitos e garantias fundamentais.

Não há como reputar a liberdade de imprensa como sendo absoluta. Do contrário, estar-se-ia esvaziando os demais direitos fundamentais em seu detrimento, única e exclusivamente.

Da mesma forma, ela deve ser considerada tendo em vista o homem como um ser social, e não partindo de um perfil meramente individualista. O respeito ao outro, à liberdade do outro, consiste em condição de sua própria existência. Daí destaca-se a importância do direito em regulamentar a vida em sociedade.

Assim, no âmbito do exercício da liberdade de imprensa e da proteção dos direitos fundamentais, em especial os direitos personalíssimos, eventual atuação do Poder Judiciário em impedir ocorrência do ilícito, por intermédio da tutela inibitória, quando do abuso do direito à livre expressão do pensamento em detrimento de direitos fundamentais, ou mesmo em eventuais casos de descumprimento das normas que os regulamentam – prática de ato ilícito, corresponde ao exercício do direito fundamental ao acesso à justiça. Não há que se falar em censura judicial ou coisa do tipo.

Eventual intervenção judiciária em defesa de direitos, respeitadas as regras e princípios inerentes à jurisdição, deve ser bem-vinda. Não se pode considerar como censura a atuação do Poder Judiciário quando requerido para proteção de um direito. Estar-se-ia negando o acesso à justiça, na sua melhor concepção.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 15, p.13-38, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **País de provas ilícitas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI68735,41046-Pais+de+provas+ilicitas>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10.03.2012.

BRASIL. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm> Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.649-6. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 8 maio 2008. *DJE*, Brasília, n. 197, 16 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 30 de abril de 2009. *DJE*, Brasília, n. 208, de 6 de nov. 2009a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. *DJE*, Brasília, n. 213, 13 nov. 2009b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 10.03.2012.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. A liberdade de expressão no contexto dos direitos fundamentais, a responsabilidade da imprensa e os tribunais. *Revista do MMFD – Radicalização Democrática*, Rio de Janeiro, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil:**

estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.35-58.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FRANCISQUINI, Renato. **Os limites da liberdade de expressão**. 2011. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/os_limites_da_liberdade_de_expressao>. Acesso em: 11 maio 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 4 ago. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARX, Karl. **Liberdade de imprensa**. Porto Alegre: L&PM, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no estado democrático de direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas cortes constitucionais: breves considerações. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 4, 2011.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.141-164.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Imprensa deve se submeter a sigilo processual. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-05/imprensa-cumprir-lei-nao-divulgar-conteudo-conversas-restritas>>. Acesso em 11 jun. 2011.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

SEGREDO de Justiça: até onde pode ir? Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99567>. Acesso em: 21 out. 2011.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Da função à estrutura**. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 1 jan. 2000.

Recebido em: 2013-05-16

Aprovado para publicação em: 2013-08-13

Como citar: PEREIRA, Fabrício Fracaroli. Estado Democrático de Direito e liberdade de impresa. Revista do Direito Público, Londrina, v.8, n.2, p.119-138, mai/ago.2013. DOI: 10.5433/1980-511X.2013v8n2p119.