

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • n. 190 • t. 1
Abril/junho – 2011

Novo Código de Processo Civil

Organizador: Bruno Dantas
Consultor Legislativo do Senado Federal

Tutela dos direitos no novo Código de Processo Civil

Projeto 166

Benedito Cerezzo Pereira Filho

Sumário

1. Um novo tempo! Um novo código! 2. A razão (fundamento) do Projeto 166 3. Tutela dos direitos. Efetividade do processo 4. Tutela dos direitos. Liberdade de imprensa. Direitos da personalidade 4.1. Imprensa (ir)responsável? 5. A questão legislativa. Síntese conclusiva.

1. Um novo tempo! Um novo código!

A necessidade de um novo código de processo civil pode ser vislumbrada por vários enfoques. No entanto, ao que parece, não pode ser negada. É ineludável o dever do Estado, na suas três esferas de poder (*legislativo, executivo e judiciário*), em propiciar ao cidadão uma efetiva tutela dos direitos.

A responsabilidade, no entanto, não é privilégio apenas do legislador. Apesar da sua função precípua, é, igualmente, dever do juiz tutelar o direito, ainda que não receba arcabouço legislativo adequado na via ordinária.

Não se admite, portanto, que um direito fundamental, e a tutela jurisdicional adequada é um direito fundamental, fique sem proteção a pretexto de não se ter uma legislação processual própria para aquele caso específico levado a juízo.

Caberá ao juiz intervir na realidade e proteger o cidadão com uma tutela que dê respaldo ao seu direito fundamental consagrado

Benedito Cerezzo Pereira Filho é membro da comissão de juristas responsável por elaborar e acompanhar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP - Universidade de São Paulo - *campus* de Ribeirão Preto. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR - Universidade Federal do Paraná.

no texto constitucional porque “esse direito fundamental não se limita a incidir, como é óbvio, em face do legislador, pois exige do Judiciário a prestação da adequada tutela jurisdicional” (MARINONI, 2004, p. 33).

O talentoso processualista esclarece com propriedade que “isso tudo é reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que se dirige não apenas contra o legislador, obrigando-o a edição do procedimento judicial adequado, *mas também contra o juiz, que deve prestar a efetiva tutela ao direito material e ao caso concreto*” [sem grifo no original] (MARINONI, 2004, p. 289).

Como ressaltamos em outro trabalho (PEREIRA FILHO, 2010), o marco definidor a reclamar essa atitude é a nova ordem constitucional inaugurada em 5 de outubro de 1988. “A Constituição é a certidão de nascimento do Estado”¹, por isso, juridicamente, não é nenhum exagero dizer que o Brasil *nasceu* nesta data. “Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente” (TEMER, 2002, p. 33).

Com o advento do Estado constitucional, o primado da lei cedeu espaço e a razão de ser de toda e qualquer interpretação passa a ser a partir da Constituição, principalmente, dos direitos fundamentais. “Na verdade, o princípio da legalidade substancial significa uma transformação que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma” (MARINONI, 2008, p. 23).

A realidade projetada pela Constituição Federal, então, refuta teorias do passado, *justamente porque ele não existe mais*, e reclama uma nova postura frente ao direito e, por via oblíqua, ao próprio conceito de jurisdição. Se essa ruptura deslocou o centro de atenção da lei para os direitos fundamentais, protegê-los exige legislação processual adequada e uma atuação do juiz condizente com essa necessidade.

¹ Essa frase foi sempre utilizada, em aulas, pelo constitucionalista Celso Bastos.

Essas duas vertentes já denotam necessidade de um novo código, pois o atual não foi pensado à luz dos direitos fundamentais e muito menos do papel que hoje se reserva e se espera do juiz.

Como sabiamente advertia Carnellutti, “os códigos principiam a envelhecer no prelo, quando estão sendo impressos, tamanha a evolução social”. O código de processo civil envelheceu, a bem da verdade, não existe mais, “enganam-se aqueles que pensam que ainda têm à sua frente o Código de Processo Civil de 1973 – Código Buzaid” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, nota prévia dos autores).

Necessitamos, pois, de “uma dogmática jurídica preocupada em construir um processo justo e capaz de outorgar tutela adequada, efetiva e tempestiva aos direitos a partir de novas regras processuais civis” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, nota prévia dos autores).

Não se trata, porém, de apenas “atualizar” a legislação como se fosse uma simples adaptação ao presente. É necessário, desde logo, admitir que estamos numa época cujas demandas sociais pugnam nova postura, um olhar do novo desprovido das armaduras do passado.

Por outro lado, não se deve esperar que o simples ato de legislar dê todas as respostas aos problemas do foro em geral. Mesmo porque muitos deles estão em outro lugar, a demandarem outra ordem de providência, de gestão pública, por exemplo.

Será um equívoco sem precedente analisar o *processo civil* pelo *processo civil* sem se permitir vislumbrar a existência do horizonte. Não podemos cair na vala dos comuns e “pensar o direito pelo próprio pensar”, distanciando-se da sua causa (MARINONI, 2000, p. 18).

Mais do que uma legislação nova, é imprescindível uma interpretação condizente com os fundamentos encartados na Constituição Federal. O que se pretende dizer, em síntese, é que, a rigor, não há lei boa ou ruim, ou seja, nenhuma legislação

será capaz de abarcar toda e qualquer possibilidade de acontecimentos ou ameaça no contexto social e trazê-la para a moldura legal.

A interpretação/aplicação da norma é que deve ser adequada ao modelo de Estado fundado no texto constitucional e ser capaz de projetar uma decisão calcada no princípio de Justiça previsto na Constituição.

Para tanto, será preciso olhar o processo civil sob outro enfoque ou, de outro ângulo, talvez se utilizando da técnica apresentada aos seus alunos pelo professor John Keating no filme *A sociedade dos poetas mortos*, na qual os discentes e o mestre sobem na carteira e na mesa e passam a ver a poesia por outro viés.

Precisamos analisar o projeto do novo código de processo civil de um local privilegiado, da Constituição. Atentos às mudanças no modo de pensar, sentir e agir da sociedade, mas permitindo-se enxergar, pois, como bem esclarece Rubem Alves, “há muitas pessoas de visão perfeita que nada vêem” (ALVES, 2004). Talvez precisássemos menos de olhos de juristas e mais de olhos de poetas, é que, segundo esse autor, “os poetas ensinam a ver” (ALVES, 2004).

2. A razão (fundamento) do Projeto 166

Uma obra coletiva², como não poderia deixar de ser, evidentemente é vista e pensada, apesar do consenso, de forma individualizada. Isso é notório e de extrema aceitabilidade porque não se pode admitir que o coletivo tenha idênticas ideias e posturas.

Até porque a experiência e conhecimento de cada um são variantes. Como afirmava ORTEGA Y GASSET, “eu sou eu e minhas circunstâncias”, ou seja, o entendi-

² Pode-se dizer, sem medo de errar, que o projeto 166 do novo código de processo civil é, verdadeiramente, uma obra coletiva. A participação, e mais do que isso, a oportunidade de participação de toda a sociedade, representada pelos seus mais variados matizes, foi um exemplo de democracia e de exercício saudável do Poder.

mento que se tem ou se terá do novo código dependerá, em muito, da história de vida de cada um e da forma com que se permitirá interpretá-lo. Diz-se isso para esclarecer ao leitor menos atento que a razão do projeto é a visão deste escritor que muito admira e respeita os demais Membros da Comissão e que muito mais aprendeu com eles do que propriamente contribuiu.

Elucidado esse ponto, cremos que o Projeto 166 preocupou-se em demonstrar sua inequívoca índole democrática ao estampar, de plano, o compromisso com as garantias constitucionais.

Não sem outra razão, a proposta legislativa esmerou-se em trazer para o bojo do código, no limiar, enunciados de direitos fundamentais processuais civis, denotando a sua preocupação com a vinculação total e irrestrita à Constituição. É o que se pode verificar da dicção dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10 e 11.

Não se trata, por óbvio, de mera enunciação exemplificativa, mas de cumplitude, compromisso e observância aos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 3º da CRFB).

Firme nesse desiderato, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de imbuir o juiz de maior poder³, por várias vezes, o projeto anuncia e repete que toda decisão judicial deve ser fundamentada (art. 93, IX, da CRFB). Há, portanto, similitude na garantia dos direitos e deveres.

³ Quando se afirma que ao juiz foi conferido maior poder, a bem da verdade, quer-se dizer que a peculiaridade do caso concreto, e necessidade de se tutelar o direito, exige uma atuação do magistrado contraposta àquela vetusta ideia de neutralidade absoluta. Poder é inerente ao cargo de juiz. Tem-se poder, nem mais, nem menos. Como para nós, jurisdição é *dever*, para se desincumbir deste ônus, racionaliza-se o uso do poder de acordo com os procedimentos e, principalmente, com a peculiaridade do caso concreto. Sobre a concepção de jurisdição como dever e não poder, verificar o que escrevemos no texto intitulado “O poder do juiz: ontem e hoje”, publicado pela Revista AJURIS (2006) e no texto “A prestação da tutela jurisdicional”, publicado na Revista “Em Tempo” (2001).

Preocupado com a estrutura do código atual, versada numa época cujos valores eram reconhecidamente outros ou pertencentes a (uma) outra classe⁴, o Projeto 166 simplificou procedimentos, ora extirpando algumas modalidades interventivas de pouca utilidade, ora fundindo outras; eliminou incidentes desnecessários, como a ação declaratória incidental; ampliou a possibilidade de resposta e, assim, evitou a necessidade do ajuizamento da ação reconvenção, entre outras medidas que visam dar verticalidade e sentido lógico ao processo.

Dentro da sua *razão* de propiciar um instrumento processual apto a conferir uma tutela jurisdicional condizente ao anseio constitucional de uma duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da CRFB), racionalizou o uso dos recursos. Não houve e tampouco se pretendeu impedir o direito de recorrer das decisões judiciais. Apenas se vislumbrou uma *forma* de fazê-lo dentro da lógica do razoável.

O espaço limitado deste artigo não permite uma explanação mais detalhada, mas o importante é asseverar que a *razão* do projeto ao se trabalhar com a questão recursal foi a busca do equilíbrio, em termos de tempo, entre os litigantes.

O instituto do *incidente de resolução de demandas repetitivas*, por sua vez, é um novel instrumento que poderá diminuir sensivelmente o tempo do processo, notadamente naqueles casos em que se identifica grande similitude no ajuizamento de várias demandas consideradas “idênticas”.

A tutela de urgência recebeu tratamento apropriado, ao lado das tutelas de evidência e de aparência, prescindindo-se, assim, de um “puro” processo cautelar. Em linhas gerais, próprias deste espaço que temos, foi essa a *razão* que permeou o Projeto.

⁴ Sobre a estrutura do código de processo civil, conferir o que escrevemos no texto “A estrutura do código de processo civil: uma afronta à igualdade”, publicado nos Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI (2005).

3. Tutela dos direitos. *Efetividade do processo*

Ninguém mais do que LUIZ GUILHERME MARINONI⁵ trabalhou profundamente com o tema “Tutela dos Direitos e Efetividade do Processo”. Consultá-lo é indispensável ao entendimento desse relevante e complexo tema. Parece-nos, pois, que não há como se almejar efetividade do processo sem a devida compreensão e abrangência que se deve empregar à tutela dos direitos.

Importante deixar claro que a tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. Como bem doutrina MARINONI (2004, p. 145), “As normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais – *normas que protegem o consumidor e o meio ambiente*, por exemplo – evidentemente prestam tutela – ou proteção – a esses direitos”.

Concluindo, amparado no processualista citado, a tutela jurisdicional nada mais é do que uma modalidade de tutela dos direitos. É forçoso concluir, portanto, que há tutela do direito quando a decisão judicial reconhecer o direito material. Na hipótese de improcedência, embora se reconheça existir *prestação da tutela jurisdicional*, houve somente uma resposta do Estado, sem, contudo, prestar a tutela dos direitos.

Significa dizer, então, que a *efetividade* do processo, adstrita a uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, deve ser pensada à luz do direito material, ou seja, na proteção que o processo tem de ser capaz de lhe conferir.

Por isso, “a tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta do *resultado que é*

⁵ É vasta e contundente a pesquisa do processualista. Entre seus trabalhos, destacam-se as seguintes obras: Técnica processual e tutela dos direitos (2004); Tutela inibitória (2003); Tutela específica (2001); Novas linhas do processo civil (2000); Efetividade do processo e tutela de urgência (1994).

proporcionado pelo processo no plano do direito material" (MARINONI, 2004, p. 147).

Arremata o doutrinador: "Em outros termos, para analisar a efetividade do processo no plano do direito material e, assim, sua concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, as quais traduzem diferentes desejos de tutela" (MARINONI, 2004, pp. 147-148).

Neste ponto, todavia, faremos um corte epistemológico para direcionarmos o presente ensaio ao tema específico que pretendemos versar, como conclusão do breve trabalho. O leitor que se sentir aguçado na busca de maiores esclarecimentos sobre o real enfoque da "tutela dos direitos" sentir-se-á extremamente confortado ao consultar a obra do Professor Luiz Guilherme Marinoni, tantas vezes aqui citada, intitulada "Técnica Processual e Tutela dos Direitos".

4. Tutela dos direitos. Liberdade de imprensa. Direitos da personalidade

O processo civil está comprometido com o modelo constitucional de Estado projetado para a nação, sendo que uma de suas funções é, justamente, empregar "tutela aos direitos". Assim, apesar da aridez do tema, é imprescindível desvendar *mitos*, ou, pelo menos, colocá-los à prova, permitindo-se a discussão sem a prévia pecha da "censura".

O que se tem percebido é que toda discussão que envolva limites à imprensa e ao seu direito de informação já inicia "contaminada" pela marca da temida e insana "censura". É um discurso pronto! Uma defesa prévia – "censurado" há tantos dias! Ficam, desta forma, o tema e a sua salutar discussão reprochados no nascedouro.

Apesar da brevidade, própria de trabalho desse jaez para analisar tema de tamanha relevância, é possível desenhar alguns contornos para bem compreender o *limite* existente em todo e qualquer direito, pois sua vocação é justamente impor e respeitar "espaço".

Um ponto deveras importante, e que não pode deixar de ser considerado, reside no fato de que há direitos que só podem ser protegidos se não forem violados. É da sua essência a *não* violação.

É o que ocorre, notadamente, com o direito da personalidade, que pode ser subdividido em *direitos à vida privada, à integridade corporal, à honra, à intimidade, à imagem, ao nome* etc. As regras que tutelam esses direitos fundamentais, por óbvio, "têm o objetivo de evitar danos" (MARINONI, 2004, p. 159).

Nesses casos, a tutela é voltada contra o ilícito e não contra o dano. É vital, portanto, impedir o ilícito, já que a recomposição patrimonial (*dano*) não impede o ilícito. Sendo assim, a única forma capaz de evitar ou cessar ofensa à norma que tutela direito fundamental inviolável é a tutela inibitória.

Com efeito, "o direito à adequada tutela jurisdicional – garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A tutela inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na "dignidade da pessoa humana" e que se empenha em realmente garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade" (MARINONI, 2003, p. 298).

J. J. GOMES CANOTILHO (2004, p. 77), um dos maiores expoentes do direito constitucional, após explicitar a diferença entre direito de defesa e direito de proteção jurídica, aclara com propriedade que direito de defesa abarca um direito de prestação do Estado no dever de "conformação e adequação, pelo Estado, das relações jurídicas privadas, de modo a evitar a violação de direito, e criação de instrumentos processuais ou procedimentais adequados à defesa e garantia desses direitos".

Sendo assim, se um direito não pode ser violado, e se a própria constituição protege essa inviolabilidade, decisão judicial que dê proteção a esse direito inviolável, nos termos da lei, não pode ser considerada censura.

4.1 Imprensa (ir)responsável?

Não há poderes soberanos, neste regime. Todos os poderes são subordinados à Constituição; e, se dela exorbitam, não de voltar a ela pela força constitucional da autoridade judiciária.

Rui Barbosa

Não se concebe, num Estado Constitucional, cidadão, órgão ou instituição pública e/ou privada imune à responsabilidade. Até porque liberdade pressupõe responsabilidade.

Toda liberdade, por mais paradoxal que possa parecer, principalmente ao senso comum, necessita de regramento. Esse limite, contudo, é em prol da liberdade do outro e, assim, de todos.

Limite não significa, portanto, censura ou ausência de liberdade. É necessário a própria liberdade. É, pois, a medida da responsabilidade. Quando a imprensa, então, é convocada pelo judiciário a cumprir a lei, não pode ser considerado como ato de censura.

Neste sentido, muito bem ponderou CONY (2009), em artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo, ao afirmar que “acho exagerado o fervor de certos setores da imprensa em reclamar de processos ou de sentenças da Justiça, considerando violação de uma liberdade à qual todos têm direito, desde que não fira direito de terceiros”.

O colunista, jornalista experiente, demonstra compreensão do sistema jurídico e aplicabilidade das normas e arremata: “Afim, a imprensa não é uma vestal inatacável, acima de qualquer valor da sociedade. Ela está sujeita ao Estado de Direito, que dá liberdade a qualquer cidadão, jornalista ou não. O fato de um juiz aceitar um processo não é uma violação” (CONY, 2009).

Não se trata, e isso é preciso que fique bem claro, de se averiguar, previamente, o conteúdo que será publicado para, então, autorizar ou não. Isso, sim, seria censura.

O que se está querendo trazer à discussão é aquela situação em que a divulgação

de determinada matéria constitui ilícito civil ou até mesmo crime. Nestes casos, seria possível, em nome da liberdade de imprensa, permitir ofensa à legislação e o flagrante cometimento do ilícito cível ou penal?

Para concretizar e permitir mais clareza ao tema, imaginemos a divulgação, pela imprensa, de conteúdo investigatório em processo crime autorizado pela justiça e que, assim, esteja sob absoluto segredo.

É o caso das usuais interceptações telefônicas autorizadas pela justiça a pedido das autoridades encarregadas de apurar o cometimento ou não de ilícitos. Nessas hipóteses, a lei ordinária impõe limites e garantias a serem observados para que não ocorra ofensa indevida ao direito fundamental à intimidade que estará, momentaneamente, exposto.

Não é sem outra razão que a Lei nº 9.296/96, que regulamentou o art. 5º, inc. XII, da CRFB, estabelece os contornos legais em que tal atividade poderá ocorrer. Assim, no seu art. 8º, dispõe que será preservado o sigilo das gravações e transcrições objeto da interceptação das conversas telefônicas. Mas o legislador ordinário, sabedor que necessita salvaguardar de dano o direito fundamental inviolável, foi além e previu no seu art. 10 que a divulgação dessa matéria constituirá crime.

Parece-nos que, neste caso, ninguém, inclusive a mídia, poderá violar essa regra.

Antônio Magalhães Gomes Filho, Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, enfrenta com propriedade essa questão no livro publicado em homenagem ao Professor Geraldo Prado e afirma que “outro aspecto preocupante – e evidentemente ilegal e abusivo – consiste na divulgação pela mídia de elementos probatórios cobertos pelo sigilo” [sem grifo no original] (GOMES FILHO, 2010, p. 199).

Acrescenta o notável processualista ser “preciso assentar que no Estado democrático nem mesmo os direitos fundamentais

são absolutos, admitindo restrições ou limitações decorrentes da igual proteção que o próprio texto constitucional dá a outros valores essenciais à convivência humana. Assim, no caso da *liberdade de informação jornalística*, é preciso lembrar desde logo que a mesma não pode ser usada para ofender a honra ou devassar a intimidade e a vida privada das pessoas (art. 5º, X)” (GOMES FILHO, 2010, p. 198).

Soa inclusive ilógico, irracional, admitir o contrário, ou seja, que a imprensa possa violar a lei e cometer ilícito cível e penal, como se estivesse acima da legislação, bastando para tal, depois em processo indenizatório, pagar pelo mal cometido. Sinceramente não é esse o escopo do direito moderno.

5. A questão legislativa

Esse tema tem se revelado um problema também na legislação alienígena. O prejuízo que a divulgação das interceptações telefônicas pode causar ao sistema legal de um país é imenso. A vulnerabilidade que o cidadão fica diante desse quadro é motivo de atenção em todas as nações de índole democrática e que, bem por isso, se preocupa com o bem-estar do homem, como sujeito de direito.

Segundo informações prestadas por PINHEIRO (2010), divulgadas no CONJUR em matéria intitulada “Itália quer punir jornalista que divulgar grampo”, a legislação daquele país, se aprovada, “prevê multa e prisão para jornalistas que tiverem acesso e divulgarem conversas gravadas”. Segundo a reportagem, o projeto de lei foi aprovado na Câmara e aguarda votação no Senado.

Por seu turno, a “Corte Europeia de Direitos Humanos – caso *Allenet de Ribemont*, de 1995, deixou sublinhado que o respeito à presunção de inocência impõe-se não só aos órgãos judiciários, mas a toda e qualquer autoridade pública, especialmente na sua relação com os meios de comunicação” (GOMES FILHO, 2010, p. 199).

Vislumbra-se, nessa celeuma toda, exa-geros à parte, a existência de uma “força de poder” em busca de liberdade plena, mesmo diante de prováveis prejuízos a direitos alheios. No entanto, no caso específico aqui tratado, interceptação telefônica, há uma superposição de valores que, sinceramente, nos parece excesso. Isso porque, como já frisado, não há censura, mas, sim, cumprimento da legislação, que é extremamente clara, razoável e sensível às duas questões: *liberdade de imprensa e direito à intimidade*.

De plano, temos de analisar a Constituição. Lá, nos direitos fundamentais, encontramos proteção à livre manifestação do pensamento (liberdade de imprensa) e, igualmente, garantia de proteção ao direito da personalidade, e, pois, à intimidade e à honra etc.

Por seu turno, o art. 5º, inc. XXXV, da CRFB revolucionou todo o nosso sistema jurídico ao prever a ameaça como tutela do direito e, assim, permitir que o cidadão tenha proteção adequada, especialmente, naqueles casos em que o direito se reveste do caráter da inviolabilidade. Então, é possível uma tutela para inibir o ilícito ou fazê-lo cessar.

Na vertente infraconstitucional, a questão se amolda com a mesma nitidez e alcance de efetividade. Já vimos que, no caso específico da proteção ao direito da personalidade, a lei 9.296/96, nos seus artigos 8º⁶ e 10⁷, confere-lhe total proteção. Por sua vez, o artigo 153, § 1º -A,⁸ do c-

⁶ Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, *preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas*.

⁷ Art. 10. *Constitui crime* realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, *ou quebrar segredo da Justiça*, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

⁸ Art. 153, § 1º -A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000). Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

digo penal também tipifica como crime a divulgação do conteúdo das gravações das conversas telefônicas interceptadas.

O código civil de 2002, na mesma linha de coerência, estabelece no seu artigo 21 que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Da mesma forma, o Código de Processo Penal prescreve, no parágrafo 6º do art. 201, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, que “o juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prima pela privacidade protegendo o menor, inclusive, contra ameaças. A dicção do seu artigo 98 esclarece: “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem *ameaçados* ou violados.” O inciso V do parágrafo único do artigo 100 arremata: “V – privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada *no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;*”

Todas essas normas de proteção ao direito fundamental à intimidade, quando ameaçadas, precisam, por óbvio, da tutela processual para que tenham sua eficácia plena respeitada. Como se vê, a própria legislação chama as autoridades a dar concretude à lei, com o escopo de impedir sua violação.

Conferindo coesão e completude à questão, o artigo 12 do Código Civil vigente expressa que “*pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei*”.

É curial, portanto, que o direito da personalidade não admite violação. Por via oblíqua, não é um direito que possa ser protegido pela tutela indenizatória ou ressarcitória, mas, sim, pela via da Ação Inibitória (art. 461 do CPC).

Na proteção do direito à personalidade, então, não se perquire dano, sequer sua iminência. O que a lei salvaguarda é o próprio direito, ou seja, que o ilícito não ocorra ou, se ocorrer, que seja imediatamente cessado sob pena de multa por descumprimento da ordem judicial (art. 461, parágrafos 4º e 5º do CPC).

Exatamente por isso, não importa saber se o fato que gerou a ofensa ao direito da personalidade seja ou não verdadeiro. O que se busca tutelar é a inviolabilidade do direito à personalidade.

Ênio Santarelli Zuliani, Desembargador da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator no agravo nº 472.738-4, na Ação Inibitória movida pela modelo Daniella Cicarelli Lemos em face da Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube INC., na sua decisão, enfatizou que “não importa que seja verdade; os autores da ação querem preservar direitos tutelados pela Constituição Federal, de modo que as cenas de suas vidas privadas não podem ser mais veiculadas. O interesse do público não é mais importante que a evolução do Direito da intimidade e da privacidade e que estão sendo séria e gravemente afetados pela exploração da imagem”.

Ao contrário do que se tem afirmado em muita doutrina que não consegue mensurar a real diferença entre ato ilícito e ato danoso, o desembargador acima citado, utilizando-se da doutrina de Sérgio Cruz Arenhart (2000, p. 95), esclareceu que “na dúvida sobre o direito preponderante, o privilégio sempre há de ser da vida privada. Isso por uma razão óbvia: esse direito, se lesado, jamais poderá ser recomposto em forma específica: ao contrário, o exercício

do direito à informação sempre será possível *a posteriore*, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto”.

O direito da personalidade não tolera riscos, nem exceções. Isso porque, como frisado, faz parte da dignidade da pessoa humana, centro de todas as atenções do direito num Estado que prima pela plena realização do homem, como fundamento da República Federativa (artigo 1º, inciso III, da CRFB).

No direito italiano, por exemplo, MONTELEONE (1978, p. 245), em trabalho publicado no “Foro Italiano”, admite a tutela inibitória do direito à imagem, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido praticado, afirmando que *“a tal fine, a tutela del diritto all’immagine del ricorrente, quando l’attività illecita non è stata ancora compiuta ma sono stati messi in atto preparativi tali da far ritenere imminente la sua commissione, o quando vi è il pericolo della sua continuazione o ripetizione, può essere adottato un provvedimento inibitorio”*.

A Pretura de Turim, por seu turno, em um interessante caso envolvendo direito da personalidade, admitiu a tutela inibitória sumária com base no art. 700, asseverando que: *“Il libero esercizio del diritto di cronaca e di critica, pur costituzionalmente garantito, non può ledere i diritti, assolutamente primari, della persona umana e della sua dignità civile e morale anche essi tutelati dal dettato costituzionale. Costituisce lesione dell’altrui prestigio e credibilità politica la distribuzione, nel corso di una campagna elettorale di volantini contenenti erronee informazioni sulla passata posizione ideologica di un leader politico, candidato alle elezioni, e idonei ad alterarne l’integrità della figura e a ingenerare negli elettori la convinzione di una sua mancanza di dignità e coerência politica. Nell’ipotesi di travisamento dell’identità politica a mezzo di volantini elettorali, può ordinarsi, con provvedimento d’urgenza, che ne venga inibita la ulteriore diffusione”* (Pretura Torino, 30 de maio de 1979 (ord.), *Giurisprudenza italiana*, 1979, p. 600).

De tudo, é forçoso reconhecer que o direito da personalidade só pode ser pro-

tegido, preservando-se a integridade da norma que lhe dá amparo. Violada a norma, o direito ficará desprotegido.

Assim, não obstante a crítica aguda apresentada por MARINONI e MITIDIERO (2010, p. 27-) de que o projeto do CPC “simplesmente ignora a basilar distinção entre ilícito e dano para efeitos de prestação da tutela jurisdicional aos direitos”, cremos que o seu conjunto, e principalmente a sua conotação constitucional, supre eventual ausência neste sentido.

Síntese conclusiva

Todo direito, ainda aqueles ditos absolutos, pois invioláveis, sofre limites, por mais paradoxal que seja. Mesmo a vida, maior *status* de direito absoluto, sofre limites, como nos casos de aborto legal, legítima defesa etc.

Tanto é assim que a própria Constituição reconhece, ao afirmar na cabeça do artigo 5º, a inviolabilidade do direito à vida, proibindo a pena de morte. No entanto, neste mesmo artigo, precisamente no inciso XLVII, alínea “a”, acaba por admiti-la em caso de guerra declarada, consoante os termos do art. 84, inc. XIX.

A bem da verdade, então, não existe direito absoluto!

Por outro lado, a possibilidade de coexistirem dois direitos fundamentais em rota de colisão não autoriza que um seja aniquilado pelo outro. Neste caso, sopesa-se, pelo princípio da proporcionalidade, e, a partir da legislação ordinária que dá suporte àquela específica restrição, tutela-se preventivamente o direito passível de ser violado.

Evidencia-se ainda mais essa conclusão se levarmos em consideração, e esse dado é de suma importância, que a imprensa, ao divulgar “escutas telefônicas” proibidas pela lei, o faz servindo-se de fonte ilícita. Bem assim, como tutelar um direito originado de um ato ilícito contra aquele que se mostra dentro da mais estrita legalidade?

Tem mais!

A tutela preventiva não impõe punição. Apenas impede que o ilícito seja praticado e, assim, protege a norma. Por essa razão, não há restrição à liberdade de imprensa porque se está apenas dando proteção ao direito proclamado pelo Estado.

Seria contraditório o Estado prever leis para evitar ofensa ao direito da personalidade, como no caso da proibição de veicularem-se dados obtidos via interceptação telefônica (arts. 8º e 10 da lei 9.296/96), e, ao mesmo tempo, permitir que essa norma protetiva seja violada. O Estado que proclama direito tem o dever de protegê-lo.

Permitir ofensa a um direito para depois viabilizar indenização pecuniária ao ofendido afronta por demais a própria Constituição Federal, precisamente seu art. 5º, inc. XXXV, que garante a tutela preventiva.

Por fim, temos que a proscrição à censura não dá lugar a libertinagem. Assim como os direitos da personalidade (*direitos à vida privada, à integridade corporal, à honra, à intimidade, à imagem, ao nome* etc.) sofrem limites, haja vista a autorização para gravações de diálogos telefônicos, entre outros, igualmente a liberdade de comunicação deve ser sopesada.

Em outros termos, pensar em irrestrita liberdade de comunicação para todo e qualquer caso, com o devido respeito, é o mesmo que permitir e/ou autorizar o direito de delinquir.

O Projeto, no nosso sentir, harmoniza o texto constitucional com as normas procedimentais, buscando, principalmente, dar concretude ao direito material carente de proteção. No mais, como alertado alhures, virá com uma interpretação sempre atual e voltada para a realidade e anseios dos jurisdicionados.

Referências

ALVES, Rubem. A complicada arte de ver. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 out. 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CONSTITUIÇÕES brasileiras: 1988. Brasília: Senado Federal: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. v. 7.

CONTO, Mário de. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CONY, Carlos Heitor. Liberdade de imprensa. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 ago. 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Garantias processuais-penais e meios de comunicação. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 195-203.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. *Entre a lei e o direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo*. Trad. por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTELEONE, Maria. *Diritto all'immagine e provvedimenti d'urgenza*. Bologna: Foro Italiano, 1978.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. A prestação da tutela jurisdicional. *Em Tempo*, Marília, v. 3, p. 15-26, 2001.

_____. O poder do juiz: ontem e hoje. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 104, p. 19-33, 2006.

_____. Um novo código ou uma reforma ampla? *Gazeta do Povo*, Curitiba, 09 abr. 2010. Caderno Vida e Cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=991005&tit=Um-codigo-novo-ou-uma-reforma-ampla>>.

_____; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. A estrutura do código de processo civil: uma afronta

à igualdade. Congresso Nacional do CONPEDI, 14., 2005, Fortaleza. *Anais*. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2005. p. 295-296.

PINHEIRO, Aline. Itália quer punir jornalista que divulgar grampo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 maio 2010. Seção Notícias. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-22/italia-punir-prisao-jornalista-divulgar-escuta-telefonica>>.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.