

# ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO SOCIAL

## ACCESS TO JUSTICE AND SOCIAL INCLUSION

*Flávio Luís de OLIVEIRA\**

*Jaime Domingues BRITO\*\**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A distinção entre ilícito e dano e seus reflexos em relação à tutela jurisdicional; 2. Perfis da tutela jurisdicional específica; 3. A importância da tutela específica diante dos direitos fundamentais; Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O acesso à justiça exige o enfrentamento dos obstáculos econômicos e sociais à concretização de direitos. Nesse contexto, no que concerne aos objetivos fundamentais da República, insta salientar que o acesso à justiça contribui, sobremaneira, para a inclusão social e, portanto, para a redução de desigualdades sócio-econômicas. Portanto, o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Por esta razão, impende focar a tutela jurisdicional sob a ótica ideológica desmistificadora da neutralidade imposta pela dogmática, sob pena do discurso ficar limitado à visão individualista e eminentemente patrimonializante.

**ABSTRACT:** Access to justice requires confronting the social and economic obstacles to the realization of rights. In this context, with regard to fundamental objectives of the Republic, calls emphasize that access to justice contributes greatly to social inclusion, and thus to reduce socioeconomic inequalities. Therefore, access to fair legal system is, first of all a matter of citizenship. For this reason, the focus incumbent judicial review from the perspective of demystifying ideological neutrality imposed by dogmatic, lest speech be limited to the individualistic view and eminently patrimonial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à justiça. Tutela jurisdicional. Concretização. Direitos.

\*. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Graduação e Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Direito da Instituição Toledo de Ensino – Bauru – SP. Advogado.

\*\* . Mestre pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Doutorando da Instituição Toledo de Ensino – Bauru, SP – Advogado. - (UB)- Espanha. Artigo submetido em 20/10/2011. Aprovado em 28/12/2011.

**KEYWORDS:** Access to justice. Judicial protection. Achievement. Rights.

## **INTRODUÇÃO**

No âmbito do direito processual constitucional, a tutela constitucional do processo (assentada em dois pilares estruturais: o acesso à justiça e o devido processo legal) tem por fim assegurar a conformação dos institutos processuais aos valores constitucionais.

Assim, a tutela estatal deve realizar os direitos dos cidadãos e o princípio do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, constitui a principal garantia da satisfação destes direitos visando à realização dos fins do Estado.

Logo, essa realidade normativa impõe a construção de procedimentos adequados às peculiaridades do direito material, bem como, a materialização de ações fáticas no sentido de se observar o fundamento da República, qual seja, a dignidade humana, nos exatos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Nesta linha, no âmbito da atuação do Poder jurisdicional, a consagração deste fundamento enseja a releitura de vários conceitos tidos como estanques a fim de ensejar a inclusão social com base nos valores do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, “não raras vezes, as codificações se apresentam desvinculadas da realidade social, ocasionando uma ‘ditadura normativa’ assistemática, incompatível com a teoria do ordenamento jurídico” (OLIVEIRA, 1998, p. 73-87).

Dentre os vários obstáculos ao acesso à justiça, ostenta relevância a confusão entre as categorias da ilicitude e do ressarcimento e sua projeção sobre a efetividade da tutela dos direitos, impondo, no âmbito das ações fáticas dos operadores do direito, a necessidade de se isolar uma tutela em face do ilícito, independentemente da ocorrência de dano.

## **1. A DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO E DANO E SEUS REFLEXOS EM RELAÇÃO À TUTELA JURISDICIONAL**

Escreve Pietrobon (1998, p. 3-4):

Nel linguaggio comune la parola illecito viene usata principalmente como aggettivo, per qualificare una azione o una situazione, per dire cioè che esse non sono consentite dalla norma morale o da leggi civili o religiose: in questo senso si parla di acquisti, affari, guadagni illeciti, di commercio illecito, di atti illeciti, di relazione illecita. Nell ambito del diritto tuttavia tale indicazione è soggetta a varie distinzioni, la più importante delle quali è quella che viene fatta in relazione alla diversa natura della norma giuridica che viene violata. Si distingue così un illecito penale da un illecito civile e da un illecito amministrativo. È tuttavia diffuso il pensiero che i

tre tipi di illecito, penale, civile e amministrativo, pure essendo previsti e disciplinati da regole particolari a ognuno di essi, partecipino di una stessa natura sostanziale e trovino una disciplina fondamentale comune. E ciò anche se vengono rivelate delle differenze non marginali, come quella per cui l illecito amministrativo, al pari dell illecito penale, consiste essenzialmente nella violazione di norme o di doveri posti dalla legge e trova sanções consistenti prevalentemente in uma pena, mentre l illecito civile corresponde, nell aspecto suo tradicional, alla causazione di un danno e trova a sua sanção essencialmente nel risarcimento.

Por esta razão, dentre outras, a maioria dos civilistas<sup>1</sup> sempre sustentaram que o ato ilícito só interessa ao direito sob a ótica do dano, portanto, da reparação.

De fato, da análise perfunctória do artigo 159 do antigo Código Civil, era possível depreender, de forma equivocada, a existência de uma equiparação, no que concerne à responsabilidade civil, entre ilícito e dano.<sup>2</sup>

Nesta linha, de acordo com o conteúdo do mencionado dispositivo, a reparação do dano deveria ocorrer quando, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, houvesse violação a direito ou prejuízo a outrem. Note-se que devido ao emprego da conjunção ou, a reparação do dano dependia da ocorrência de uma das alternativas, importa dizer, violação a direito ou prejuízo a outrem. Logo, para efeito de responsabilidade civil, as categorias do ilícito e do

---

<sup>1</sup> “Todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado” (BEVILAQUA, 1947, v.5, p. 290). “Poder-se-ia dizer que o ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem. O ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém” (RODRIGUES, 1989, v. 4, p. 19). “Enquanto no ilícito civil a regra transgredida é inerente à convivência e compatibilidade das atividades dos particulares entre si, no ilícito penal o que está em causa é a conduta a ser observada pelos indivíduos em relação ao todo social. No crime, a figura do criminoso é apreciada como um ente anti-social, ao passo que no Direito Civil o que se tem em vista é o prejuízo patrimonial. Tal a razão pela qual o Direito Civil só se movimenta em defesa do aspecto patrimonial” (LOPES, 1996, v. 1, p. 419-420). “Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido” (PEREIRA, 1996, v. 1, p. 416). Por sua vez, Maria Helena Diniz (1998, p. 169) sustenta que o “ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano à outrem, criando o dever de repará-lo”. “A consequência da prática do ato ilícito, devidamente caracterizado, é a obrigação de reparar o dano” (FRANÇA, 1996, p. 132.).

<sup>2</sup> A redação era a seguinte: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” (BRASIL, 1916).<sup>437</sup> Logo, “não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta contra jus, numa palavra, a injúria, fosse qual a fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso” (GOMES, 1992, p. 313-314). Note-se que esta concepção não é encontrada apenas na doutrina nacional. Com efeito, Guido Alpa sustenta que o “atto illecito, in senso tecnico, è appunto l atto che provoca danni a terzi, e che crea una obbligazione di risarcimento” (ALPA, 1994, p. 1098).

dano foram equiparadas, partindo-se da premissa que a tutela de reparação do dano é a única forma de tutela contra o ilícito.<sup>3</sup>

Entretanto, imaginar que não há ilícito que não cause dano, ou que não importa, em termos de tutela civil, um ato contrário ao direito que não cause dano é um grande equívoco, pois é possível ocorrer a violação a direito, notadamente àqueles de conteúdo não patrimonial, que não comportam reparação mediante o equivalente monetário.<sup>4</sup>

Com efeito, trata-se de institutos jurídicos independentes, em relação aos quais é perfeitamente possível identificar modalidades autônomas de tutela.<sup>5</sup> Destarte, a sanção privada sempre se restringiu ao ressarcimento pela responsabilidade civil. Essa, porém, não é uma tutela inerente aos direitos da personalidade, tampouco se revela adequada a propiciar-lhes a devida garantia.<sup>6</sup>

Portanto, diante das peculiaridades dos direitos extrapatrimoniais que por sua natureza não têm equivalente em pecúnia, não há como olvidar a impossibilidade de serem tutelados através da técnica ressarcitória pelo equivalente monetário, evidenciando-se, por conseqüência, que o mais importante que reparar o dano é evitar ou eliminar o ilícito que pode provocá-lo.<sup>7</sup>

Frise-se, por conseqüência, a necessidade de se reconhecer tutelas específicas aderentes às diversas situações de direito material, pois, a reparação visa restaurar a situação patrimonial anterior do prejudicado sem levar em consideração a natureza do direito violado, privilegiando a técnica ressarcitória pelo equivalente, cuja sentença atua voltada ao passado.

---

<sup>3</sup> “Há hipóteses em que a violação da norma, ainda que não produtora de dano, deve ser sancionada através da adequada tutela jurisdicional. Assim, por exemplo, a hipótese de exposição à venda de produto nocivo à saúde do consumidor. Neste caso, a simples exposição à venda constitui ato ilícito, suscetível de repressão através da devida tutela jurisdicional. O exemplo demonstra, com clareza, que o ilícito não se confunde com o dano, e, mais do que isto, que, em determinados casos, há a necessidade de uma tutela autônoma que não é dirigida a evitar o ilícito – já que o ilícito já foi praticado –, mas que também não se volta contra o dano, que pode ou não ter ocorrido, mas que sempre será objeto de uma tutela diferente e própria, a tutela ressarcitória.” (MARINONI, 2001, p. 22-23).

<sup>4</sup> “A falta de tal sistemática deve-se a deficiência de base em lógica contemporânea, no que essa alcançou de estudo da estrutura dos sistemas lógicos, por parte dos juristas, quase sempre de cultura formada em filosofias e lógicas superadas e deficitárias.” (PONTES DE MIRANDA, 1971, t. 9, p. 21-22).

<sup>5</sup> “Tem-se descuidado o estudo dos deveres das pessoas em geral. Falando-se de reparação, por exemplo, e de outras espécies de responsabilidade, toma-se o suporte fático e a regra jurídica, para se apontar o fato ilícito, sem se remontar ao passado. Essa atitude, só no presente, cinde a realidade e corta, temporalmente, o mundo jurídico, impedindo a visão do que estava antes do que se reputou suporte fático. E é dela que deriva o não se haver explorado o campo, v.g., dos direitos da personalidade. A reparação do dano e as sanções penais, caducificantes, estão ao lado da reintegração, como os modos mais adequados à realização do direito objetivo (isto é, à atividade do Estado, para que a aplicação, ou atendimento, seja igual à incidência)” (PONTES DE MIRANDA, 2000, t. 5 p. 482-486).

<sup>6</sup> “È necessario altresí denunziare, sul terreno delle scelte di metodo, l accentuato formalismo com cui la dottrina processualistica tradizionale, classificando le tutele in base a criteri esclusivamente inerenti al processo, ha finito per elevare a sistema il primato della tecnica risarcitoria tra i rimedi contro l atto illecito” (RAPISARDA, 1987, p. 12).

<sup>7</sup> “La antijuridicidad significa un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico por parte de una determinada conducta. Pero esse juicio de menosprecio puede hacerse no sólo por el resultado de la acción, sino por la acción misma. La acción, en efecto, puede apreciarse en ambos aspectos: “uno, según su resultado causal, é decir, según se haya conducido respecto de los intereses desconocidos por el ordenamiento jurídico o los bienes jurídicos a los que haya lesionado o simplemente arriesgado, y outro, según que la acción como tal se haya conducido en relación com el mandato o prohibición (contraria a las normas o conforme a ellas). Podemos distinguir, por lo tanto, entre juicio de menosprecio del resultado y juicio de menosprecio de la acción” (SANTOS BRIZ, 1963, p. 26).

## 2. PERFIS DA TUTELA JURISDICCIONAL ESPECÍFICA

A tutela que se preocupa com a recomposição do bem jurídico ofendido não é tutela do equivalente patrimonial monetário; ao contrário, caracteriza-se como uma tutela que visa o bem na forma específica e não um quantum aferido a título de perdas e danos.

Logo, como a tutela específica não se confunde com a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, esta não é o meio hábil a recompor o bem jurídico ofendido, a não ser que seja prestada na forma específica.

Assim,

[...] quando se diz que não há ilícito sem dano, identifica-se o ato „contra ius” com aquela que é a sua normal consequência e isso ocorre apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre o ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ilícito e o dano subsiste freqüentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico” (MARINONI, 2001, p. 25).

Nesta linha, no direito argentino,

[...] ya se ha dicho: no hay responsabilidad jurídica (civil), si no hay daño. Yes por ello que el art. 1067 del Cód. Civil enfatiza: „No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u outro acto exterior que lo pueda causar .

Ello no significa que la antijuridicidad dependa o se califique em razón del daño producido. O, en otras palabras, que el juicio de antijuridicidad se base exclusivamente en el resultado (el daño) (ZANONI, 1993, p. 02).<sup>8</sup>

A verdade, em síntese, é que o dano constitui elemento da responsabilidade civil distinto do ato ilícito e, por esta razão, é possível que um ato ilícito não cause dano algum.

Com efeito, o ilícito civil não está necessariamente associado à produção de danos. O ilícito civil surge e tem consequência, mesmo que porventura nenhum dano haja a reparar.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> El acto es ilícito cuando es contrario a las normas de los derechos público y privado. Los efectos de derecho privado de los actos ilícitos son muchos y diversos, pero en todo caso perjudiciales para quien los comete. Pueden consistir: en la obligación de reparar el daño o de prestar garantía; en la caducidad de los derechos pertenecientes al autor del acto ilícito o en el nacimiento de derechos para el perjudicado (ejemplos: resolución del contrato, facultad de defensa y justicia personales, acción por abstención, derecho de divorcio, etc.)” (TUHR, 1947. p. 136-137).

<sup>9</sup> Frise-se, por oportuno, que a redação do artigo 927 do Código Civil (“aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”) não retira a deficiência conceitual do mencionado dispositivo.

Todavia, segundo o artigo 186 do Código Civil brasileiro, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Como se vê, constata-se que o legislador, ao evitar o emprego da expressão “violar direito ou causar prejuízo”, objetivou evitar a equiparação das categorias do ilícito e do dano.

Entretanto, ao estabelecer que comete ato ilícito àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, o legislador insistiu no equívoco, pois, nestes termos, somente haverá ato ilícito se a violação do direito causar dano. Importa dizer, o ato somente será tido como ilícito quando causar dano. Portanto, houve um visível excesso na definição de ato ilícito que, indubitavelmente, não comporta a figura do dano; requisito, sim, da obrigação de reparar. Outrossim, dizer que o agente que viola direito, causando dano, comete ato ilícito, será o mesmo que dizer: aquele que comete ato ilícito danoso, comete ato ilícito.<sup>10</sup>

Por outro lado, o ato ilícito danoso não esgota as causas de responsabilidade civil. Há casos em que ela se impõe, não obstante ser lícito o ato do qual resulta o dano, como nos casos de estado de necessidade e legítima defesa, quando, para a eficiência desta, se faz necessário danificar alguma coisa, nos termos do artigo 188 do Código Civil brasileiro.

Contudo, Zannoni (1993, p. 03), por não observar esta hipótese, comum ao direito argentino, aduz que “la antijuridicidad es un presupuesto de la responsabilidad.” Note-se, por oportuno, “che l obligazione di risarcimento, che costituisce la conseguenza della responsabilità civile, no deriva dall illecito, ma dal fatto dannoso. Per l ordinamento italiano il carattere dell illiceità è estraneo al fatto dannoso” (CARBONNE, 1969, p. 123).<sup>11</sup>

Destarte, “há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar. Por outro lado, há obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta” (PONTES DE MIRANDA, 2000, t. 5, p. 241).

Nestes termos, como existem danos que não são ocasionados por atos ilícitos, mas sim por atos lícitos, não é o ato ilícito, eventual causador do dano, que explica e justifica a reparação.

Sendo assim, quando se imagina que não há ilícito sem dano, ou que não importa, em termos de tutela civil, um ato contrário ao direito que não provoque

---

<sup>10</sup> Frise-se que “el Código civil español, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, o recoge el término antijurídico, injusto o ilícito, para la responsabilidad civil en el art. 1902, pues se limita a establecer en éste que „el que por acción u omisión causa dano a outro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Resulta palmario, por lo tanto, que en esta materia se mantiene fiel ao Código Civil francés cuyo art. 1832 dispone que „tout fait quelconque de l homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer “ (SUERIO, 1999, p. 31-32).

<sup>11</sup> Por que, então, não aceitar que, para a tutela de direitos não patrimoniais, mais relevantes que os patrimoniais, quais os ligados aos direitos da coletividade, à qualidade de vida ou aos direitos absolutos da personalidade (como os direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à liberdade, ao nome, à intimidade, etc.), possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer? (WATANABE, 1996, p. 43-47).

dano, parte-se da premissa de que não há ato contrário ao direito que, não provocando dano, deva ser sancionado civilmente.

Portanto, a tutela estatal que se preocupa somente com o dano, além de ficar restrita à tutela ressarcitória, não se apresenta adequada às reais necessidades no plano do direito material, pois, nas hipóteses de ilícito sem dano a tutela ressarcitória seria ineficaz e, portanto, imprestável.

Outrossim, nos casos em que o ilícito eventualmente venha a produzir dano, a tutela ressarcitória removeria, quando muito, o dano, mas não seria hábil a remover o ilícito.

Logo, a tutela ressarcitória somente seria adequada, no seu todo, nas hipóteses de dano causado por atos lícitos (estado de necessidade e legítima defesa), pois, nesses casos, não haveria necessidade de remoção do ato ilícito, já que seria tido como lícito.<sup>12</sup>

Frise-se que Limongi França já alertara acerca da importância da tutela específica liminar para a efetividade da tutela dos direitos de cunho não patrimonial, notadamente os direitos da personalidade, demonstrando, assim, as anomias do sistema.<sup>13</sup>

Com efeito,

[...] o uso do interdito proibitório para a tutela dos direitos de marca, de invento, etc. deixava visível a inexistência de tutela adequada aos direitos da personalidade, ou ainda fazia ver que o Código de Processo Civil somente podia responder em parte ao direito à tutela preventiva, o que apenas reafirmava a tendência nitidamente patrimonialista do sistema de tutela dos direitos e, mais do que isso, a própria ideologia que o inspirava (MARINONI, 1998, p. 247).

Outrossim, no campo do Direito Penal resta evidente a preocupação em se tutelar adequadamente os ilícitos, ainda que não causem dano. Note-se que “nos crimes de mera conduta (ou de simples atividade) a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente” (MIRABETE, 1991, v. 1, p. 127).

Logo, a conduta do agente é considerada suficiente para configurar a ofensa ao direito tutelado ou para constituir a violação da norma. A conduta, e tão somen-

---

<sup>12</sup> “A necessidade da proteção liminar dos direitos pessoais demonstrou a impropriedade, para esse fim, do uso dos interditos possessórios, bem como do mandado de segurança. A mesma impropriedade concerne às atuais medidas cautelares, mesmo em face das distorções que se lhes têm querido emprestar com a definição das assim chamadas “medidas satisfativas e outras. Na verdade, por mais que se tenham esforçado os doutos em preencher lacunas por essa via, o fato é que, se, de um lado, medidas cautelares são, em princípio, preparatórias e acessórias de ações principais, do outro, dada a sua utilização delimitada, não são de molde a atender à vasta necessidade de proteção liminar dos Direitos da Personalidade” (FRANÇA, 1983, p. 09-16).

<sup>13</sup> Também designada sancionatória, pois pressupõe violação ocorrida, subdividindo-se em tutela reintegratória (remoção do ilícito) e tutela ressarcitória (reparação do dano). Logo, não se confunde com a tutela preventiva que se subdivide em satisfativa (em relação ao direito material) e cautelar (em relação ao direito processual). (Cf. MOREIRA, 1980, p. 21-29).

te a conduta, perfaz o elemento material do crime.

Neste ponto reside o aspecto fundamental da confusão que resultou da equiparação entre tutela repressiva<sup>14</sup> e tutela ressarcitória, pois se imaginou que o ilícito civil pudesse ser punido com o ressarcimento, sem levar em consideração que a pena (sanção/repressão), sobretudo nos casos de crime de mera conduta, evidencia-se independentemente do resultado (dano).<sup>15</sup>

Destarte, como dito, a tutela ressarcitória é apenas uma espécie da tutela repressiva (sancionatória), limitando-se às hipóteses de ocorrência de dano.

Sendo assim, o sistema processual clássico, ao mostrar-se incapaz de permitir uma tutela que previna o ilícito (preventiva) ou que o remova (repressiva na espécie reintegratória), limitando-se a reparar o dano (repressiva na forma ressarcitória), refletia a vetusta ideologia de que a única forma de tutela contra o ilícito consistia na reparação do dano, o que significava dizer que o ilícito não podia ser evitado ou removido independentemente da ocorrência de dano.

### **3. A IMPORTÂNCIA DA TUTELA ESPECÍFICA DIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Logo, a tutela do ser humano não se satisfaz com a tutela ressarcitória, exigindo, ao contrário, uma tutela eminentemente preventiva, de forma a ser instrumentalizada diante da ameaça de ofensa aos direitos fundamentais dos cidadãos, ou uma tutela reintegratória que permita a remoção do ilícito, sobretudo no que tange aos direitos de conteúdo não patrimonial, à luz da dignidade da pessoa humana.

Gustavo Tepedino (1999, p. 23-54) observa que o debate em torno do objeto dos direitos da personalidade

[...] ressentem-se da preocupação exasperada da doutrina em buscar um objeto de direito que fosse externo ao sujeito, tendo em conta a dogmática construída para os direitos patrimoniais.

Em outras palavras, a própria validade da categoria parecia depender da individuação de um bem jurídico – elemento objetivo da relação jurídica – que não se confundisse com a pessoa humana – elemento subjetivo da relação jurídica –, já que as utilidades sobre as quais incidem os interesses patrimoniais do indivíduo, em particular no direito dominial, lhe são sempre exteriores.

Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder

---

<sup>14</sup> Quando la prima preoccupazione di un ordinamento è quella di colpire i fatti che si ritengono pregiudizievoli della convivenza, è facile che la responsabilità per danni trovi un fondamento penale, nella previsione cioè di un fatto come reato e si identifichi, o si confonda, con una pena a carico del reo e a favore della persona danneggiata. Nella celeberrima elencazione delle fonti delle obbligazioni contenuta nelle Istituzioni di Giustiniano, l'illecito civile è indicato come maleficio e se un dubbio può esservi intorno alla natura penale che gli viene attribuita, il Digesto stesso lo toglie, configurando un titolo denominato appunto *De privatis delictis*." (PIETROBON, 1998, p. 40).

do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda atividade econômica a novos critérios de validade.

Paralelamente, a evolução da ciência processual, sobretudo no que tange à instrumentalidade do processo, através da predisposição de procedimentos aptos a veicular tutelas elaboradas à luz das necessidades das diversas situações de direito material, traduz a incessante busca da efetividade e utilidade das decisões judiciais.

Com efeito, a notável valorização que se deu à busca da tutela específica está demonstrada, sobretudo, nos dispositivos que conferiram ao juiz uma espécie de poder executório genérico, habilitando-o a utilizar, inclusive de ofício, além dos mecanismos nominados no artigo 461, parágrafos 4º e 5º, do Código de Processo Civil, outros mecanismos de coerção ou de sub-rogação inominados que sejam aptos a induzir ou a produzir a entrega in natura da prestação devida ou o resultado prático equivalente (ZAVASCKI, 1997, p. 462-482)

## CONCLUSÕES

Nesta linha, é inoldidável que o mecanismo da tutela específica, à luz da distinção entre ilícito e dano, permite a construção de procedimentos adequados às peculiaridades do direito material.

Demonstra, outrossim, a atenção dos juristas inconformados com as lacunas de uma visão puramente economicista do intercâmbio humano.

Logo, há necessidade de analisarmos as mutações do ordenamento jurídico através do método interdisciplinar, tarefa que não se revela fácil, mas que traz o caminho a ser palmilhado pelo jurista preocupado com o confinamento teórico e científico do Direito.

Trata-se de uma visão do processo como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais à luz do dever de proteção do Estado, cuja exigência de procedimentos adequados à tutela dos direitos traduz o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados na forma específica, pois a Constituição Federal, fundada na dignidade humana, não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma, expressamente, o direito ao acesso à justiça.

Enfim, aspira-se uma realidade normativa permeada de ações fáticas que traduzam um processo voltado mais para o “ser” que para o “ter”. Tais ações somente serão materializadas após uma profunda reforma ideológica dos operadores do direito que caracterizará a quinta onda renovatória da fase instrumentalista da ciência processual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALPA, Guido. *Istituzioni di diritto privato*. Torino: Utet, 1994.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947, v.5.
- BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Institui o Código Civil*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 05 jan. 1916.
- CARBONNE, V. *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*. Napoli: Jovene, 1969.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRANÇA, R. Limongi. *Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 567, jan. 1983, p. 09-16.  
\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.  
\_\_\_\_\_. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MIRABETE. Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991, v. 1.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. In: *Temas de direito processual*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- OLIVEIRA, Flávio Luís de. *As tutelas diferenciadas e o sistema de produção capitalista*. *Revista da faculdade de direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n.º 29, 1998, p. 73-87.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 1.
- PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 9.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. 5.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 4.

SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de daños*. Madrid: Montecorvo, 1963.

SUERIO, Maria E. Rovira. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados ao derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Barcelona: Cedecs, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUHR, Andreas Von. *Derecho civil*. Trad. Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947.

WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. In: *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer*. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997