

**PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE COM A TUTELA
INIBITÓRIA: UM REFLEXO AO ACESSO À JUSTIÇA**

**PROTECTION OF RIGHTS OF PERSONALITY WITH INHIBITORY
PROTECTION: A REFLECTION ON ACCESS TO JUSTICE**

Alessandro Severino Vallér Zenni*

Marco Antonio de Souza**

RESUMO: É de competência do Estado Democrático de Direito na busca da concretização dos direitos fundamentais apregoados pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, garantir ao indivíduo o irrenunciável Acesso à Justiça pela importância deste direito visando a efetivação do valor fundante, que é a dignidade da pessoa humana, pois tem sido visto como prestador de serviço público, conforme a denominação da doutrina e encontra guarida constitucional, em especial, na disposição do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, sob enfoque de não o fazendo violar direitos personalismos. Portanto, visando essas garantias vitais a tutela inibitória na defesa dos direitos fundamentais é uma tutela diferenciada, viabilizada pela redação dada ao artigo 461 e seus parágrafos do Código de Processo Civil, meio de solução preventiva a direitos que estejam na iminência de serem violados, levando-se em conta os direitos da personalidade que ocupam lugar de destaque no ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção dos Direitos de Personalidade; Tutela Inibitória; Acesso à Justiça.

ABSTRACT: It is the responsibility of the democratic rule of law in the pursuit of achieving the fundamental rights proclaimed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, to ensure the inalienable individual access to justice for the importance of this right in order effecting the founding value, which is the dignity of the human person, it has been seen as a public service provider, as the name of constitutional doctrine and finds shelter in particular the provision of Art. 37, § 6, of the Constitution of 1988, under the approach of not doing infringe personalism. Therefore, targeting these vital safeguards the tutelage inhibitory in defense of fundamental rights protection is a differentiated, made possible by the text of article 461 and paragraphs of the Code of Civil Procedure, through preventative solution to

* Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1991), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1997), Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). Pós-Doutorando na Universidade de Lisboa. Atualmente é professor titular da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel UNIVEL, Professor titular da Faculdades Maringá, Professor da União de Faculdades Metropolitana de Maringá, Professor do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). E.mail: asvzenni@hotmail.com. Lattes: lattes.cnpq.br/5969499799398310

** Funcionário Público Estadual (Policia Militar). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Paranaense de Pós-graduação de Maringá (2011). Especialização *lato sensu* em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná - Núcleo de Maringá (2011). Docente da Policia Militar do Estado do Paraná. Mestre em Direito da Personalidade pela UNICESUMAR - Maringá/PR. E.mail: marcodesouza@pm.pr.gov.br. Lattes: lattes.cnpq.br/3711564192706435

rights that are about to be violated, leading into account the rights of personality that has a prominent place in the legal system.

KEYWORDS: Protection of the Right of Personality; Inhibitory Trusteeship; Access to Justice.

1 INTRODUÇÃO

Na vivência contemporânea a pessoa passou a valer pelo que é e não pelo que tem. Essa mudança de paradigma, consubstanciada a partir da consagração da dignidade humana como valor que guia toda a ordem jurídica brasileira, propôs uma análise crítica da dogmática do Direito Civil, mormente por antes ser um direito patrimonialista. Em razão da transformação de estado liberal para social, imposta com fervor a partir da Constituição Federal de 1988, colocam-se os direitos fundamentais da personalidade na ordem do dia, merecendo ser repensados a partir da tutela primordial que deve ser conferida à pessoa e aos direitos inextricavelmente nela imbricados. Posto isto, a ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial. Para o atual Estado democrático de direito, não basta a consagração normativa, é preciso existir uma autoridade capaz de obrigar coativamente a obediência aos comandos jurídicos. Dizer que o acesso à justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade da pessoa humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: “o Judiciário”. Assim sendo, consubstancia-se a previsão constitucional de que a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça à direito (art. 5º XXXV) é etapa fundamental para garantia jurídica da proteção dos direitos da personalidade com a tutela inibitória como fio condutor ao acesso à justiça, inviolável por qualquer poder constituído no âmbito do Estado.

2 SURGIMENTO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Na antiga Grécia do período clássico, vigiam diversos ordenamentos jurídicos, possuindo cada cidade-estado seu próprio estatuto. “Em muita destas legislações, já era conhecido o princípio da personalidade do direito¹”.

A proteção da personalidade humana foi aos poucos se expandindo através de eficaz tutela de atentados contra a pessoa mediante a prática de atos ilícitos, como os casos de lesão corporal, difamação e estupro, entre outros. Neste período a tutela da personalidade possuía natureza exclusivamente penal².

Para o direito romano, a expressão *personalidade* restringia aos indivíduos que possuíssem os três *status* a saber: *o status libetatis*, *o status civitatis e o status familiae*. Quem não possuísse liberdade, não possuía nenhum outros *estatus*, a exemplo dos escravos.

A Idade Média lançou as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseada na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa. O significado da expressão pessoa e personalidade da Antiguidade passou pelas diversas fases da história da humanidade em crescente evolução, até os dias atuais³.

Hugo Donello elaborou no século XVI alguns dos conceitos de *direitos de personalidade*, que hoje conhecemos. Deve-se, porém, à doutrina do *direito natural*, desenvolvida a partir do séculos XVII e XVIII, a qual, entre outras grandes contribuições, desenvolveu a idéia da tutela dos direitos individuais e a noção de *dignidade da pessoa humana*, a elaboração da moderna doutrina do *direito geral de personalidade*, em meados do século XX⁴.

A emergência do direito geral de personalidade se verificou efetivamente no curso do século XX. As atrocidades cometidas contra o ser humano no início daquele século levaram as pessoas a exigir uma maior proteção de sua esfera pessoal⁵.

A proteção efetiva dos direitos da personalidade vem junto com a evolução do Estado de Direito para um Estado social e democrático de Direito.

A publicização do Direito Privado, com uma maior intervenção estatal nas relações privadas; a constitucionalização do Direito Privado, com a absorção de matérias privadas na

¹ COTRIM, Gilberto. *Fundamentos da filosofia: história e grandes temas*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

² CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O Direito Geral da Personalidade*, Coimbra, Coimbra, 1995. p. 44.

³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 35.

⁴ PUGLISE, Giovanni. Il diritto alla “riservatezza” nel quadro dei diritti della personalita, *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, p. 1553.

⁵ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 14.

Constituição e a necessária leitura de todo o Direito Privado à luz dos ditames constitucionais e, enfim, a repersonalização do Direito, que restaurou a primazia da tutela da pessoa em função da consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundante das ordens jurídicas, são os fenômenos que importaram na mudança paradigmática que efetivamente recoloca a pessoa enquanto ser dotado de dignidade como sendo a finalidade e a função dos ordenamentos jurídicos⁶.

2.1 Bipartição dos direitos de personalidade

O positivismo jurídico e a teoria dos direitos inatos contribuíram decisivamente para a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em dois grandes ramos, em direitos públicos de personalidade e em direitos privados de personalidade.

Os primeiros seriam os direitos inerentes ao homem, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e expressos nas constituições dos diversos países como *direitos fundamentais*. Destinam-se estes para a defesa da pessoa contra atentados praticados contra a mesma pelo próprio Estado ou são invocados na defesa da sociedade, considerada como um todo, por agressões perpetradas contra a mesma por grupos privados⁷.

Por um interesse público ou privado preponderante. Adriano de Cupis, autor de grande destaque na Itália e que mais influenciou os doutrinadores brasileiros na matéria, se enquadra entre os autores que admitem, somente, a existência e tutela de direitos de personalidade fracionados e tipificados em lei, advogando pelo reconhecimento de sua exclusiva natureza positiva⁸.

Consubstancia nesse desiderato que a valorização da pessoa como ser humano e a salvaguarda de sua dignidade, recoloca o indivíduo como ponto nuclear, como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica, sendo o fenômeno denominado de “*repersonalização do direito*”⁹.

⁶ Ibidem, p. 14.

⁷ SZANIAWSKI, Elimar. op. cit., p. 43.

⁸ Além de De Cupis, também Carnelutti e Ligi defendem a ideia de que, somente, deve ser reconhecido como direito de personalidade, a categoria assegurada na lei positiva.

⁹ A **Repersonalização do Direito Civil** é um movimento que se originou da segunda guerra mundial (1939 a 1945 - primeira metade do século XX) visando considerar a pessoa humana em seus aspectos mais profundos, e não de modo abstrato como outrora assim foi considerado e ainda em parte continua sendo. O movimento de

2.2 Constituição de 1988 e o direito da personalidade

No Brasil, com a consagração da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988, aliada à garantia residual e aberta do parágrafo 2º do artigo 5º, que garante a tutela aos direitos fundamentais não incorporados expressamente, configura-se a verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo do ordenamento. Essa tutela geral tem o intuito primordial de abarcar qualquer situação em que a personalidade se manifeste, garantindo tutela a todas as situações previstas ou não, para atender à elasticidade de tutela pretendida pelo direito geral de personalidade e combater as lacunas que o fracionamento da tutela poderia ocasionar, deixando sem proteção hipóteses em que a personalidade pudesse vir a ser esgrimida¹⁰.

O reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos¹¹, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanções da própria dignidade humana, funcionando como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.”¹²

Duas características dos direitos da personalidade merecem registro. A primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano¹³ é reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado¹⁴.

Repersonalização do Código Civil preocupa-se com a pessoa humana e a sua dignidade, porque considera que nesse há pouca ênfase a respeito desses dois aspectos de suma importância. E o valor desse movimento nos dias atuais se encontra no fato de que a nossa **Constituição Federal de 1988** erigiu como princípio da República Federativa do Brasil, em seu artigo primeiro, a **dignidade da pessoa humana**, sendo a tutela a dignidade da pessoa humana, então, o fator que legitima o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.

¹⁰ CANTALI, Fernanda Borghetti, *op. cit.*, p. 15.

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, apud TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2001, p. 42: “O direito da personalidade nasce imediatamente e contextualmente com a pessoa (direitos inatos). Está-se diante do princípio da igualdade: todos nascem com a mesma titularidade e com as mesmas situações jurídicas subjetivas [...] A personalidade comporta imediata titularidade de relações personalíssimas”.

¹² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2001, p. 33.

¹³ SILVA CASTRO, Mônica Neves Aguiar da. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*, 2002, p. 67: “Identificados como inatos, no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir, os direitos da personalidade vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros”.

¹⁴ MARTINEZ, Miguel Ángel Alegre. *El derecho a la propia imagen*, 1997, p. 140: “Es de notar, además, que los destinatarios de esse deber genérico son *todas las personas*. El respeto a los derechos fundamentales, traducción del respeto a la dignidad de la persona, corresponde a *todos*, precisamente porque los *derechos* que deben ser respetados son patrimonio de *todos*, y el no respeto a los mismos por parte de cualquiera privará al otro del disfrute de sus derechos, exigido por su dignidad”.

A segunda característica peculiar dos direitos da personalidade consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais¹⁵, o que ensejará formas variadas de reparação, como o *direito de resposta*, a divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano não-patrimonial ou moral, como se convencionou denominar.

Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.

Neste estudo, interessam mais diretamente alguns direitos do segundo grupo, em especial *os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem*.

A Constituição de 1988 abrigou essas idéias, proclamando a centralidade da dignidade da pessoa humana e dedicando dispositivos expressos à tutela da personalidade.

Com tais desideratos, observa-se que uma das coisas que qualquer pessoa tem de mais importante é a sua intimidade, sua privacidade, ou seja, o direito de estar só, independentemente da posição social que a pessoa ocupe.

Tamanha é a importância de se preservar a privacidade de uma pessoa, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, no seu art. 12, assim os protege: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.¹⁶

Tal garantia também está consubstanciada no artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos denominada de Pacto de San José da Costa Rica de 1969.

Art. 11. Proteção da honra e da dignidade

1 – toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2 – ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3 – toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas.¹⁷

¹⁵ TEPEDINO, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

¹⁷ Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

Seguindo os tratados internacionais, a Constituição Brasileira, em 1988, no inciso X do art. 5º, garante aos brasileiros ou aos estrangeiros residentes no País o direito inviolável a intimidade e vida privada, erigindo tais direitos a Direito Fundamental:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Seguindo os tratados internacionais e a Constituição Federal, o Código Civil de 2002, nos artigos 20 e 21, elevou a direito da personalidade a inviolabilidade da vida privada de uma pessoa, bem como a divulgação de sua imagem sem a sua autorização.

Sendo um direito da personalidade, pode-se dizer que são direitos inatos, pois para ser adquirido, não precisa preencher nenhum requisito, basta a condição de vida humana, existindo independentemente da vontade, o que o torna imprescritível, o que não se confunde com as eventuais ações judiciais decorrentes da infração desses direitos.¹⁸

Adriano de Cupis, leciona que sem respeito ao direito da personalidade, é como se a pessoa não existisse:

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos da personalidade”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade.¹⁹

Esta proteção à personalidade pelo Estado é fundamental, pois a personalidade está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, como também exposto por Fernanda Cantali:

A personalidade é indissolavelmente ligada à dignidade é valor fundante de toda a ordem jurídica. Entendida como valor, está na base de uma infinidade de situações jurídicas subjetivas que refletem a exigência de tutela na forma

¹⁸ MANTOVANI JÚNIOR, Laert. *O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e do empregador*. São Paulo: LTr, 2010, p. 18.

¹⁹ CUPIS, *op. cit.*

mais ampla e variada possível. Esta elasticidade de tutela que a personalidade exige é fundamental porque é o instrumento necessário para que seja possível garantir proteção também em situações atípicas.²⁰

Desta forma, sendo o direito garantido pelos tratados internacionais, reconhecido como direito fundamental pela Constituição Federal e erigido a direito personalíssimo pelo Código Civil Brasileiro, deve ser o mesmo protegido veementemente pelo Estado, e como previsto pela própria lei, passível de indenização caso seja desrespeitado.

Com estes ensinamentos, depreende-se que, além de estar no topo da pirâmide da legislação, a Constituição norteia os limites de cada um, impondo regras e conceitos que, se quebrados, devem ser, então, corrigidos de tal forma que o ofendido veja no Poder Judiciário uma forma de buscar a equidade e a proteção de seus direitos.

2.3 Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002

No que toca ao Código Civil de 2002, muito embora não se possa negar o seu avanço, na medida em que, diferentemente do Código Civil de 1916, consagrou expressamente alguns direitos da personalidade, bem como veiculou no artigo 12 uma cláusula geral protetiva que abrange a esfera ressarcitória e preventiva contra violações e ameaças de violação aos direitos da personalidade, críticas merecem ser realizadas²¹.

Ressalvado o artigo 12, que em verdade tem um caráter mais pedagógico do que efetivamente inovador, na medida em que a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana já era garantida pela Constituição Federal de 1988, sua regulação é tímida e tipificadora, traz algumas incongruências estipulando soluções pré-moldadas inadequadas frente a tutela geral que tais direitos merecem, além de ainda ser este novo diploma muito permeado pela lógica patrimonialista da *era da codificação*, dispensando proteção basicamente no que toca ao binômio dano-reparação²².

Assim, restou clara a importância de sua atualização metodológica com base nos princípios constitucionais, para enfatizar também a função promocional destes direitos, até porque somente assim se conseguirá manter o movimento de repersonalização do Direito.

²⁰ CANTALI, *op. cit.*, p. 154.

²¹ CANTALI, *op. cit.*, p. 15.

²² *Ibidem*, p. 15.

Daí a importância da metodologia civil-constitucional que propõe a releitura do Direito Civil à luz dos princípios constitucionais²³.

Constata-se, assim, que foi tendência do final do século XX, e torna-se realidade no século XXI, a afirmação do direito geral de personalidade, mediante a inserção da Constituição e em normas infraconstitucionais, da cláusula geral de tutela da personalidade humana, uma vez que a estreita visão privatística dos direitos de personalidade, que não estejam vinculados à categoria ampla de direitos do homem, se mostra insuficiente para a tutela da personalidade. A ordem jurídica deve ser entendida como um todo, onde, dentro de uma hierarquia de valores, tenha um local primacial a noção de que o homem é a pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade.

Somente a leitura da norma civil à luz da constituição e de seus princípios superiores é que revelará, à noção de direito de personalidade, a sua verdadeira dimensão.

Todos os direitos na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se direitos da personalidade. “No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o (minimum) necessário e imprescindível ao seu conteúdo²⁴”, segundo Adriano de Cupis.

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto.

Direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados *direitos essenciais* com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. “Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade²⁵”.

3 TUTELA INIBITÓRIA

²³ Ibidem, p. 16.

²⁴ CUPIS, Adriano de, op. cit.

²⁵ Sobre o conceito dos direitos essenciais cfr. Savigny, *Sistema*, trad. Italiana de V Scialoja, vol. 1, 1886, p. 339; Ferrara Santamaria, *Persona (Diritti delia)*, in *Nuovo Dig. IT.*, vol. IX, 1939, p. 914; Battaglia, *Corso di filosofia dei diritto*, vol. II, 1940, p. 138; Rotondi, *Inst. Dir. Priv.* 1945, p. 193; Messineo, *Man. Dir.Ciu. e Comm.*, v. I, 1946, p. 385; e entre, os escritores católicos, Messineo A, *Monismo sociale e persona umana*, 1943, p. 155.

Tutela é um substantivo feminino, para o dicionário, significa, dentre outras acepções: defesa, amparo, tutela, proteção²⁶.

A tutela jurisdicional é um poder-dever do Estado, notadamente do Poder Judiciário, de proteger os direitos dentre tantos os de personalidade.

Nos ensinamentos da ciência processual clássica, ensina-se que além de ser a garantia de proteção do cidadão pelo estado-juiz, a tutela jurisdicional pode apresentar-se sob três formas: 1) de conhecimento; 2) de execução e 3) cautelar²⁷.

Por sua vez, a tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita *principal*.

Trata-se de *ação de conhecimento* de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.

Em suma, a tutela inibitória visa a proteção do direitos da personalidade por meio de uma ação de conhecimento, que possui natureza preventiva, destinada a impedir a prática do ato ilícito²⁸.

Joaquim Guilherme Spadoni visando contribuir com o tema esclarece que:

O ajuizamento de uma ação inibitória visa evitar a violação de um direito do autor, pelo réu, a ser efetivada pelos atos que estejam em desacordo com o existente dever de conduta. Tem em vistas atos futuros do sujeito passivo da obrigação, desejando que esses atos, quando praticados, o sejam na forma devida legal.

Em que pese os liberalistas serem contra aos avanços, mormente por ter colocado o Ser no núcleo do ordenamento jurídico, Marinoni aduz o que segue:

A ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial.²⁹

²⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

²⁷SILVA, Felipe Ventin da. *A Tutela preventiva dos direitos de personalidade e a liberdade de informação jornalística*. Salvador-BA: Universidade Federal da Bahia, 2011. 286 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito nas Relações Sociais e Novos Direitos, Universidade Federal da Bahia – UFBA, 2011, p. 179.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 05 set. 2013.

Posto isto, ressoam ainda pensamentos retrógrados tendentes a separar o direito processual do direito material, sem enxergar que a construção de um depende do outro, mas a instrumentalidade processual vem avançando, no sentido de suprimir aquilo que dever ser suprimido e inserir aquilo que deve ser inserido no ordenamento jurídico.

Dessa acepções, ao menos caminharam para uma melhor solução após as sucessivas reformas ao Código de Processo Civil brasileiro a partir de 1994.

A tutela inibitória, antes da nova redação dada ao art. 461, era impossível de ser efetivada, pois o art. 287, fundamento da antiga ação cominatória, não permitia à doutrina construir uma ação que culminasse em sentença mandamental e admitisse tutela antecipatória³⁰. Ou seja, para impedir que alguém praticasse um ilícito era necessário esperar o reconhecimento do direito (na fase de conhecimento) para a sua posterior efetivação (na fase de execução). As multas que hoje são possíveis em qualquer caso de descumprimento à ordem judicial eram somente aplicadas quando prolatada a sentença condenatória, que não raro resolvia a tutela dos direitos em meras perdas e danos.

A mudança de enfoque da tutela reintegratória para a tutela preventiva passa a ocorrer no momento em que a Constituição italiana, em seu art. 24, positiva o princípio da efetividade, garantindo uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Em especial, o art. 156 da Lei sobre Direito de Autor italiana, também previa medidas de atuação judicial prévias ao ato ilícito, tendo ocorrido neste país o maior desenvolvimento doutrinário acerca da tutela inibitória³¹.

Já o Código Civil alemão (BGB - §1.004) previu hipóteses de tutela inibitória, além de ações fundadas na iminente ameaça ao direito (*Rechtgefährdung* – ZPO §259).³² O direito anglo-americano também desenvolveu mecanismos processuais de inibição do ilícito através da ação intitulada “*quia timet injuction*”.³³

Não obstante, o Código de Processo Civil de 1973, em sua origem, embora negasse a existência de uma ação de conhecimento para evitar o ilícito, relegando às ações cautelares esta função, previu dois procedimentos especiais que pareciam atuar com função tipicamente preventiva, quais sejam: a nunciação de obra nova e o interdito proibitório, previstos nos arts.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

³¹ ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 98. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)

³² *Ibidem*. p. 102.

³³ MARINONI, *op. cit.*, 2000, p. 43-45.

934 e 932 do CPC, respectivamente. Interessante notar que estes dois institutos protegem o direito de propriedade, essencialmente patrimonial, mas os direitos da personalidade não foram protegidos pela norma processual.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 forneceu a matriz jurídico-positiva para a existência de uma tutela inibitória em seu art. 5º, inciso XXXV, que previu que *nenhuma lei excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Especialmente, na proteção aos direitos da personalidade, previu o novo Código Civil brasileiro, em seu art. 12, *caput*, hipótese de proteção em face de ameaça ou lesão aqueles direitos (tutela inibitória e de remoção do ilícito), além de perdas e danos quando não for possível impedir a sua violação (tutela ressarcitória pelo equivalente)³⁴.

Segundo o Enunciado nº 140, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, “a primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo”³⁵.

Para Gagliano e Pamplona Filho a proteção dos direitos da personalidade se dá nas seguintes modalidades:

- a) preventiva – principalmente por meio do ajuizamento de ação cautelar, ou ordinária com multa cominatória, objetivando evitar a concretização da ameaça de lesão ao direito da personalidade; e b) repressiva – por meio da imposição de sanção civil (pagamento de indenização) ou penal (persecução criminal) em caso de a lesão já haver se efetivado.³⁶

Carlos Alberto Bittar acena para a possibilidade de várias hipóteses de proteção dos direitos da personalidade:

- que permitem ao lesado a obtenção de respostas distintas, em função dos interesses visados, estruturáveis, basicamente em consonância com os seguintes objetivos: a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos dessas práticas; c) submissão do agente à cominação de pena; d) reparação de danos materiais e morais; e) persecução criminal do agente.³⁷

³⁴ Código Civil: **Art. 12.** 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.**

³⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm> Acesso em: 05 set. 2013.

³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1 (parte geral), p. 186.

³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 186.

Ao nosso estudo interessa especialmente a tutela preventiva dos direitos de personalidade, que tem no instrumento da ação inibitória, melhor desenvolvido do que a simples ação cautelar, meios mais propícios para impedir práticas lesivas perpetradas por potenciais abusos na liberdade de informação jornalística.

A tutela preventiva e inibitória para a proteção dos direitos de personalidade ainda tem sido pouco estudada e desenvolvida. É mais comum observar tal instrumento na proteção do meio ambiente e dos consumidores, temas que envolvem direitos difusos e coletivos. Desta forma, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 461 do CPC,³⁸ alterado pela reforma processual da Lei 8.952/94, instituíram um micro-sistema que proporcionou uma grande autonomia dos poderes executórios do juiz, visando a tutela específica dos direitos fundamentais.

A tutela inibitória é uma faceta da tutela mandamental, especialmente ligada às obrigações que impõem um comando de fazer ou um não-fazer. Dessa maneira, o objetivo desta proteção dos direitos é impedir, inibir e coibir o ato ilícito (ou mesmo a sua repetição ou continuação), de modo que este não cause sequer (ou volte a causar, ou continue causando) lesão ao direito. É um mecanismo que tem seus efeitos visando uma ação futura, sendo antagônico ao mecanismo da tutela ressarcitória que visa uma ação pretérita.

Entretanto, Fredi Didier Jr. aponta para a possibilidade da efetivação da tutela inibitória não apenas mediante o provimento mandamental, mas também pelo executivo. Segundo o cientista “ambas as técnicas processuais são eficientes para que se alcance o seu resultado, embora a doutrina e a jurisprudência tenham preferido o uso da técnica mandamental”.³⁹

A tutela inibitória também não pressupõe averiguação de dolo ou culpa do agente, mas tão só da iminência de um ato ilícito. Ela “não pune quem pode praticar o ilícito, mas apenas impede que o ilícito seja praticado”.⁴⁰ Assim, a multa imposta como método de coerção indireta não objetiva acrescer o patrimônio do autor da ação inibitória, mas tão-só impedir que o réu cometa o ato contrário ao direito.

³⁸ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

³⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007, v. 2, p. 314.

⁴⁰ MARINONI, *op. cit.*, 2000, p. 39.

Em geral, a tutela inibitória é pensada no sentido de impor uma obrigação de não fazer àquele que atua contra o direito. Ocorre que o ato ilícito pode não apenas derivar de uma ação, mas também de uma omissão. Diante desta problemática, é possível a visualização da ação inibitória positiva, que visa a imposição de uma obrigação de fazer como, por exemplo, o manejo de uma tutela preventiva para obrigar determinado meio de comunicação a veicular direito de resposta, fundado no receio de lesão a personalidade e também no próprio direito difuso à informação verdadeira. Em síntese, a mensagem de Marinoni é a seguinte:

Na verdade, há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador - obrigando-o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva - e sobre o juiz - obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção.⁴¹

Assim é que não há outra conclusão senão a de propugnar a tutela inibitória como medida necessária para realização do princípio do acesso à justiça.

Esta modalidade de tutela específica e preventiva visa resguardar o direito integralmente, admitindo a ideia de que a prevenção é melhor que o mero ressarcimento. Aliás, quando se fala em direito de conteúdo extrapatrimonial este ressarcimento é, em verdade impossível, pois o dano moral não consegue reintegrar totalmente o direito, aliviando, apenas pecuniariamente, a sua perda.

Em relação à proteção de direitos fundamentais como honra, imagem, vida privada e intimidade, a tutela inibitória é de valiosa importância haja vista conferir à decisão judicial excecutoriedade específica, preservando o direito de forma imediata. Por todo o exposto é que vislumbramos ser o instituto processual de importância vital para a tutela preventiva e específica dos direitos.

3.1 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA

Embora tenha um cunho eminentemente preventivo, eventual ação inibitória pode não alcançar o seu resultado útil e prático em função da demora do Poder Judiciário. Assim é que o uso das tutelas de urgência, em especial a antecipação de tutela, poderá ser de grande valia para garantir a efetividade e o sucesso da ação inibitória.⁴²

⁴¹ MARINONI, *op. cit.*, 2004.

⁴² MARINONI, *op. cit.*, 2000, p. 143.

Importante anotar a lição de Gilberto Jabur, para quem o verdadeiro acesso à justiça não é mais apenas o simples oferecimento de meios aptos e eficientes à tutela de direito dos menos favorecidos, mas garantia de os direitos sejam reconhecidos em tempo hábil. Para aquele autor:

Proporcionar a busca de um resultado rápido e eficaz, através do processo judicial, tem se revelado a suma preocupação dos legisladores hodiernos. A ideia de efetividade, como única forma de resgatar o crédito e prestígio do judiciário, move o espírito das modificações ainda operadas. Merece, a propósito, destaque a redação dada ao art. 273 do CPC, que acrescentou enorme carga de efetividade ao processo, cuja falta via-se remediar pelo processo cautelar, no qual se corporificavam formas anômalas de tutela de urgência, incorporadas pela praxis e chanceladas pela jurisprudência.⁴³

O art. 461, §3º do CPC⁴⁴, oferece a base jurídico-normativa de sustentação da antecipação de tutela nas ações inibitórias.

Antes da reforma processual operada pela Lei nº 11.232/2005, a doutrina fazia grande esforço argumentativo no sentido de desmistificar a regra da *nulla executio sine titulo* para integrar o processo de conhecimento e o processo de execução em um único processo, composto por duas fases.

Esse anseio se concretizou, a fim de que os direitos fundamentais pudessem ser executados sem a exigibilidade de um título executivo no sentido formal.

Cabível a antecipação de tutela na ação inibitória, pois que é ação ordinária de conhecimento, “deve o autor demonstrar, tão-somente, a coexistência dos dois requisitos para a tutela imediata provisória: a relevância do fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final”,⁴⁵ ou seja, a presença do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora*.

Para MARINONI “a tutela antecipatória não requer, nesses casos, a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação”,⁴⁶ pois a ação inibitória não interessa o dano e sim o ato ilícito. Para este autor:

A ideia de subordinar a tutela antecipatória ao dano provável está relacionada a uma visão das tutelas que desconsidera a necessidade de tutela dirigida unicamente contra o ilícito. Se há necessidade de tutela destinada a evitar ou a remover o ilícito, independentemente do dano que eventualmente

⁴³ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2000, p. 217.

⁴⁴ Art. 461. [...] § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 119.

⁴⁶ MARINONI, op. cit., 2004.

possa por ele ser gerado, a tutela antecipatória, seja de inibição ou de remoção, *também não deve se preocupar com o dano*. No caso de inibição, basta a probabilidade de que *venha a ser praticado* ato ilícito, enquanto que, na remoção, é suficiente a probabilidade de que *tenha sido praticado* ato ilícito. Porém, tratando-se de ação inibitória nada impede que o autor invoque a probabilidade do dano nos casos em que há identidade cronológica entre o ilícito e o dano, até porque esse último, apesar de não ser sintoma necessário, constitui sintoma *concreto* do ilícito.⁴⁷

Prevenir um ilícito se mostra solução melhor que tentar remediar um dano futuro. Entretanto, como pontua o autor “para se dar efetividade ao direito, é fundamental impedir a sua violação, pouco importando se o dano não é iminente. Em hipóteses como essa, estando o ilícito caracterizado como provável e iminente, cabe a tutela antecipatória ainda que um prejuízo possa ser imposto ao réu”.⁴⁸

Relembrando os requisitos autorizadores da tutela antecipatória, além da probabilidade de que venha a ser praticado um ilícito, que se traduz como a relevância do fundamento (*fumus bonis iuris*), deve estar conjugado o justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*), conforme disciplina o art. 461, §3º do CPC. O direito, portanto, para ser preservado, não pode esperar que seja concedida tutela apenas ao final do processo, sob o risco de perecer.

Pelo perigo da demora é que também se admite a concessão da liminar sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*). O oferecimento do pleno contraditório, em determinado momento, pode inviabilizar o caráter preventivo da ação, exercendo uma verdadeira função notificativa do réu, postergando o resultado prático do provimento.

Por outro lado, por ser medida enérgica, deve ser tomada com grande zelo, prudência e equilíbrio por parte do magistrado, que deve ponderar os interesses em jogo em que pese a irreversibilidade dos efeitos da decisão judicial.

Assim, atentando-se para o quanto disposto no art. 273, §2º do CPC discute-se se a tutela antecipatória pode ser concedida diante do risco de causar prejuízo irreversível ao demandado. Entretanto, por uma simples questão de lógica, não há como deixar de conceder tutela antecipatória a um direito provável sob o argumento de que há risco de dano irreparável ao direito do réu.

Isso porque essa modalidade de tutela antecipatória já parte do pressuposto de que um direito provável pode ser lesado. Portanto, não admitir a tutela antecipatória, com base no

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ MARINONI, *op. cit.*, 2000, p. 150.

referido argumento, *é o mesmo que deixar de dar tutela ao direito provável para não colocar em risco o direito improvável.* ⁴⁹

Assim, deve ser avaliado se presente o princípio da probabilidade, indispensável para o juízo decisório antecipado. Entretanto, a tarefa é ingrata, pois alguma das partes se dará por insatisfeita, seja pelo provimento da medida ou pela inércia. Daí o magistrado como aplicador do direito não pode se furtar ao uso da proporcionalidade para balizar a sua decisão. Como pontua MARINONI:

Para a concessão da tutela antecipatória, nesses casos, requer-se que a atuação do juiz, na proteção do direito do autor, seja justificável diante do risco de dano imposto ao réu. *Não se trata de verificar qual é o "dano maior", como se estivéssemos frente a uma operação aritmética, mas sim de analisar se é justificável, em face dos valores dos direitos em conflito e das circunstâncias do caso concreto, a proteção do direito do autor mediante a imposição de um risco de dano irreversível ao réu.* No caso em que a concessão da tutela antecipada causa risco de dano irreversível ao réu, exige-se a ponderação dos direitos em conflito de acordo com as circunstâncias do caso concreto para concluir-se se é justificável a atuação do juiz mediante a imediata proteção do direito do autor. ⁵⁰

É importante frisar que o juiz, em sede de antecipação de tutela inibitória, não estará adstrito ao pedido do autor, podendo tomar as medidas que melhor achar cabíveis para a efetivação do direito. O juiz pode entender por deferir pela antecipação dos efeitos da tutela a qualquer tempo no processo se achar razoável e adequado. Dessa forma, a fungibilidade da medida cautelar é garantia de que se encontrará “maneira melhor de alcançar a finalidade da segurança e a que menos prejudica o demandado em sua liberdade de ação”,⁵¹ ou seja, maior efetividade com menor interferência.

Por último, é importante verificar *a distinção entre prova e juízo*. O art. 273 do CPC, ao tratar da "tutela antecipatória", diz que o juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela, desde que, "existindo *prova inequívoca*, se convença da *verossimilhança* da alegação". Segundo Marinoni.

Como um dos principais responsáveis pelo gasto de tempo no processo é a produção da prova, muitas vezes admite-se a antecipação da tutela antes que todas elas tenham sido produzidas. Afirma-se, então, que a tutela é concedida com a postecipação da produção da prova ou com a postecipação do contraditório. Nesses casos, "prova inequívoca" significa prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é incompatível com a

⁴⁹ ARENHART, *op. cit.* p. 124.

⁵⁰ MARINONI, *op. cit.*, 2000, p. 150.

⁵¹ *Ibidem.* p. 128.

imediatidade em que a tutela deve ser concedida (para que o direito não seja frustrado).

No caso em que o procedimento deve prosseguir para que outras provas sejam produzidas, o juízo formado, no seu curso, deve ser denominado de "juízo provisório", muito embora seja designado, pelo referido art. 273, de "juízo de verossimilhança". Afirmar que a prova deve formar um "juízo de verossimilhança", porém, é dizer o óbvio. Isso porque toda prova, esteja finalizado ou não o procedimento, apenas pode permitir a formação de um "juízo de verossimilhança", uma vez que a verdade é algo absolutamente inatingível. Ao que parece, o legislador, ao aludir a "juízo de verossimilhança", pretendeu expressar a ideia de *juízo não formado com base na plenitude de provas e argumentos das partes*, e assim não deveria ter se valido da expressão "juízo de verossimilhança", mas sim da de "juízo-provisório".⁵²

Por outro lado, é importante salientar a diferença entre o objeto da prova em face da tutela inibitória antecipada, da tutela de remoção do ilícito antecipada e da tutela ressarcitória antecipada. Tratando-se de tutela inibitória antecipada, o juízo provisório deve recair sobre fato que indique que o fato temido poderá ocorrer antes da efetivação da tutela final e, evidentemente, sobre a afirmada ilicitude desse último. No caso de tutela de remoção do ilícito antecipada, ao contrário, o juízo provisório, além de considerar a ilicitude, deve se centrar sobre *um fato já ocorrido, e não sobre um fato futuro*. Como já foi dito, o *periculum in mora*, nesse caso, é decorrência automática da probabilidade da ocorrência do ilícito e, nesse sentido, deve ser extraído da própria probabilidade de violação.

Em síntese parece também que:

a tutela antecipatória, ao viabilizar a tutela do direito no curso do processo de conhecimento, resolve de forma adequada o grave problema da necessidade de distribuição isonômica do tempo do processo, e mais do que isso, destrói o mito de que o juiz somente pode julgar após ter encontrado a certeza jurídica.⁵³

Por outro lado o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, opina que a inibição faz parte da essência da tutela de urgência, pois não se pode esperar a agressão à honra, já que o transgressor não costuma aguardar. Pertinente à prova de afronta à honra, são necessários elementos de convicção que gravitem em torno da probabilidade da prática do ilícito e não do dano e conseqüente ineficácia do provimento final. Assim, na tutela inibitória contra a divulgação da imagem, o requerente há de demonstrar que, se ocorrente a violação temida, sem a efetiva tutela jurisdicional, serão infligidos efeitos desastrosos ao seu direito.

⁵² MARINONI, *op. cit.*, 2000, p. 150.

⁵³ *Ibidem*, p. 150.

Deve-se comprovar, também, a ilicitude na divulgação da imagem e ineficácia de uma tutela judicial posterior à transgressão.⁵⁴

Dessa maneira, por tudo quanto exposto, não há como concluir diversamente da afirmação da possibilidade e da necessidade de se permitir a antecipação de tutela em sede de ação inibitória, haja vista essa possibilidade se demonstrar como um *plus* à função garantidora da tutela específica dos direitos.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil traz, em seu título X do Livro I, o regramento para a tutela de urgência e para a tutela de evidência. A tutela de urgência viria a proteger os direitos, bastando à parte demonstrar elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

No que tange a nova proposta de regramento da tutela antecipada, de caráter satisfativo, o projeto foi bastante alterado, tendo em vista a sua agressividade. Isso porque a antecipação dos efeitos da tutela acaba por ser uma sentença fruto de cognição sumária, que impõe à parte prejudicada um comando judicial bastante restritivo, com a aplicação de técnicas coercitivas para cooptar a vontade da parte ré para que cumpra determinada obrigação. Como cediço, a técnica coercitiva é a da aplicação de multa de astreintes, que impõe ao seu destinatário o cumprimento da obrigação de fazer, não fazer e dar coisa.

Assim, em vista da agressiva técnica da tutela antecipada em momento liminar e a fim de prestigiar uma ampla defesa e contraditório, a comissão de juristas, encarregada do anteprojeto do novo Código, previu a utilização de agravo contra tais decisões, inclusive, com a possibilidade de sustentação oral nos Tribunais de segunda instância.

4 ACESSO À JUSTIÇA

O Estado, ao assumir o compromisso de dar a todos o devido Acesso à Justiça, cria para o cidadão o direito de exigir, através do exercício do direito de ação, que os direitos por aquele proclamados sejam efetivamente tutelados. Sendo necessário que o ordenamento jurídico não apenas afirme o direito e sim que lhe ofereça também proteção.

Para Mauro Cappelletti, o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante a saber:

correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Destaca que, nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX,

⁵⁴ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 799.

os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a concepção individualista dos direitos então vigentes. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.⁵⁵

A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um *direito natural*, tais direitos não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado, sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas, tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

Posto isto, a tutela de direito de personalidade pode dar-se mediante diversos meios de proteção diante de atentados praticados contra a personalidade humana, em casos da inércia do Estado, por dificultar ou negar o acesso a justiça acrescenta SZANIAWSKI que o dispositivo: “Art. 461, CPC: “Na ação que tenha por objetivo o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado pratico equivalente ao adimplemento⁵⁶”.

Ao longo do estudo do Direito, houve uma hipertrofia do direito processual, vez que os juristas se preocupavam demasiadamente com a forma e se esqueciam do conteúdo, tornando o processo por demais moroso e procedimental, deixando de lado o direito material que aquele visa realizar.

Como bem menciona Humberto Theodoro Júnior:

Para firmar-se a autonomia científica do direito processual, os estudos fundamentais desse novo ramo da ciência do direito preocuparam-se, de início, com delinear sua mais completa separação do direito material. Esse comportamento, todavia, se produziu grandes resultados acadêmicos, nenhum efeito concreto significativo conseguiu lograr no campo da melhoria prática da tutela jurisdicional posta à disposição da sociedade.⁵⁷

Esta *processualização* estava indo de encontro à própria essência do instrumento e começou a se pensar no que se denominou efetividade do processo, ratificando-se que o processo existe para atender os desígnios do direito material e estar atento à realidade social.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 9.

⁵⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 249.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Específica das Obrigações de fazer e não fazer*. In: *Revista de Processo*, nº 105 – ano 27, jan-mar, 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo.⁵⁸

O processo civil deve estar estruturado de modo a viabilizar a adequada tutela dos direitos. Portanto, atualmente se vive o momento da relativização do binômio direito/processo, sendo o direito de ação encarado, não apenas como uma garantia da mera possibilidade de acesso aos órgãos jurisdicionais, mas também como direito à predisposição da técnica processual realmente capaz de dar tutela às diversas situações concretas.

Mauro Cappelletti explica o que significa a efetividade e o acesso à justiça:

A ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça.⁵⁹

Desta forma, a doutrina vem redescobrando a importância das tutelas jurisdicionais diferenciadas, que, segundo o conceito de Luiz Guilherme Marinoni, “nada mais são do que tutelas alternativas ao procedimento ordinário, destinadas a tutelar de forma adequada e efetiva particulares situações de direito substancial.”⁶⁰

Ao analisar esta preocupação com a instrumentalidade e efetividade dos procedimentos e atento às realidades sociais, o mesmo Marinoni, expõe seu entendimento sobre o tema, ao afirmar:

A vertiginosa transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que a técnica passe a ser manipulada de modo a permitir a adaptação do processo a novas realidades e à tutela das várias situações de direito substancial.⁶¹

Com a clara finalidade de adequar os procedimentos às necessidades de situações particulares do direito material e propiciar meios mais eficientes de tutela processual, as tutelas diferenciadas se prestam a valorizar o moderno processo de resultados, onde o

⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Revista de Processo*, nº 105 – ano 27, jan-mar, 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 181.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso a Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

⁶⁰ MARINONI, *op. cit.*, p. 304.

⁶¹ *Ibidem*, p. 24.

compromisso maior da jurisdição é com a efetividade da prestação posta à disposição das pessoas.

Logo, a própria existência do direito material, no plano da efetividade, depende do próprio processo, sendo este direito à efetiva tutela consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente em seu artigo 5º, XXXV, não só obrigando o legislador ordinário a viabilizar instrumentos eficazes à tutela dos direitos, mas também vinculando os juristas a uma releitura das normas infraconstitucionais sob a égide deste princípio.

A corte italiana já afirmou:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁶²

No mesmo diapasão, Cappelletti complementa:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁶³

Por fim, nesta linha de raciocínio, conclui-se que uma atividade jurisdicional desqualificada representaria denegação de Justiça, por isso a crescente indagação sobre as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas que visam garantir o Acesso à Justiça em prol dos jurisdicionados.

5 CONCLUSÃO

O Estado Social e a perspectiva humanista do direito são coisas distintas e, que, por isto, influenciam distintamente o direito, inclusive o direito processual. A compreensão da instrumentalidade do processo iniciou-se, de certa forma, em concomitância com o

⁶² *Ibidem*, p. 80.

⁶³ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 11-12.

discernimento de um Estado Social, que passou a ser incumbido da prestação de serviços indispensáveis a sociedade, o que, entretanto, não teve, por si só, o cunho de carregar axiologicamente tal instrumento, que permaneceu exclusivamente neutro até meados do século XX. A tutela inibitória é essencial em um ordenamento jurídico que se preocupa em proteger e dar efetividade aos direitos proclamados. Partindo-se das premissas de que o processo deve-se constituir em instrumento para a tutela dos direitos e de que o Estado ao avocar a jurisdição criou para os cidadãos o direito de exigir uma adequada e efetiva tutela, surge o dever de refletir acerca de técnicas processuais idôneas, capazes de atender às novas situações de direito substancial, já que os meios disponíveis até então não cumpriam este papel de maneira satisfatória. O novo artigo 461 e seus parágrafos do Código de Processo Civil representam respostas a esta obrigação, cabendo aos juristas aplicar e compreender estas normas sob a ótica da efetividade do processo, sempre com a idéia de que o processo só terá legitimidade se for capaz de resolver os conflitos dos jurisdicionados de maneira eficaz nas diferentes situações de direito material, daí a imprescindibilidade da tutela inibitória na sociedade moderna. Nosso ordenamento jurídico consagra o princípio geral da prevenção, permitindo uma ingerência do Estado dentro da liberalidade do cidadão para inibir a prática, repetição ou continuação do ilícito, sendo a fonte normativo-processual o artigo 461 supramencionado permitindo a utilização de uma ação autônoma, dotada não só de técnica antecipatória, mas também de meios executivos próprios, de procedimento célere, pois não permite dilação probatória de matérias estranhas a sua natureza, propiciando respostas mais tempestivas aos direitos deduzidos em juízo. Logo, a conversão da obrigação principal em perdas e danos se tornou a exceção da regra que visa o adimplemento *in natura* da mesma, podendo o Magistrado se valer dos meios proporcionalmente necessários para garantir este cumprimento ou o resultado prático equivalente.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil - v. 2).

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O Direito Geral da Personalidade*, Coimbra, Coimbra, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm>. Acesso em: 31 mar. 2014.

COTRIM, Gilberto. *Fundamentos da filosofia: história e grandes temas*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1 (parte geral).

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2000.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANTOVANI JÚNIOR, Laert. *O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e do empregador*. São Paulo: LTr, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

MARTINEZ, Miguel Ángel Alegre. *El derecho a la propia imagen*, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Revista de Processo*, nº 105 – ano 27, jan-mar, 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 181.

OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm,> Acesso em: 31 mar. 2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm,> Acesso em: 31 mar. 2014.

PUGLIESE, Giovanni, Il diritto alla “riservatezza” nel quadro dei diritti della personalita, *Rivista di Diritto Civile*, n. 1.

SILVA, Felipe Ventin da. *A Tutela preventiva dos direitos de personalidade e a liberdade de informação jornalística*. Salvador-BA: Universidade Federal da Bahia, 2011. 286 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito nas Relações Sociais e Novos Direitos, Universidade Federal da Bahia - UFBA, 2011.

SILVA CASTRO, Mônica Neves Aguiar da. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Específica das Obrigações de fazer e não fazer*. In: *Revista de Processo*, nº 105 – ano 27, jan-mar, 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 2. ed. eletrônica – De acordo com as Leis nºs. 10.352, de 26 de dezembro de 2.001 e 10.358 de 27 de dezembro de 2001. 2003.