

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**Aspectos gerais da tutela inibitória individual no direito
processual civil brasileiro**

Guilherme Duran Depieri

Presidente Prudente/SP

Novembro de 2.001

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**Aspectos gerais da tutela inibitória individual no direito
processual civil brasileiro**

Guilherme Duran Depieri

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Márcio Ricardo da Silva Zago.

Presidente Prudente

Novembro de 2.001

Aspectos Gerais da Tutela Inibitória Individual no Direito Processual Civil Brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Dr. Márcio Ricardo da Silva Zago
(Orientador)

Dr. Marcelo de Toledo Cerqueira
(1º examinador)

Dra. Renata de Carvalho Morishita
(2º examinador)

Presidente Prudente, 20 de novembro de 2.001.

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Erinaldo Lossano Depieri e Sandra Duran de Oliveira; à minha namorada, Suelen Aparecida Batista e, em especial, aos meus avós maternos, Trindade Fernandes Tunes e Marcos Tunes Guirado (*in memoriam*).

A todos, com amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Dr. Luiz Guilherme Marinoni, que gentilmente esclareceu algumas dúvidas sobre aspectos do instituto objeto do presente trabalho através de e-mail.

Ao Dr. Marcelo de Toledo Cerqueira, com quem tive a honra de iniciar meus passos na prática jurídica, nos primeiros anos do curso, passando-me as primeiras noções de profissionalismo e plantando a semente do amor à justiça em meu coração.

Aos Drs. Márcio Ricardo da Silva Zago e Renata de Carvalho Morishita, que ensinaram, durante meus três anos de estágio no Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos não só a parte formal, normativa do Direito, mas também, e principalmente, sua profunda relevância no âmbito social, dando sempre exemplos de advocacia ética, ilibada e preocupada em tornar o Direito, efetivamente, um instrumento capaz de inserir o cidadão numa ordem social justa.

Resumo

O presente trabalho trata dos aspectos gerais da tutela inibitória individual, à luz do ordenamento processual civil pátrio. O tema da pesquisa está inserido no campo de Direito Processual Civil. Utilizou-se obras doutrinárias específicas, bem como obras que tratam de assuntos correlatos, quais sejam, antecipação de tutela, instrumentalidade do processo, tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e outras, além da legislação pertinente e da jurisprudência, ainda escassa, a este respeito.

Analizou-se a necessidade de uma tutela preventiva adequada, a fim de se tutelar efetivamente direitos de conteúdo não patrimonial que não podem ser eficazmente protegidos através da técnica do ressarcimento pelo equivalente pecuniário. Demonstrou-se a previsão constitucional de um princípio geral de prevenção, bem como a possibilidade de utilização da tutela inibitória no âmbito individual através dos meios elencados no artigo 461 do Código de Processo Civil. Tratou-se de seus aspectos genéricos, como conceito, modalidades, possibilidade de antecipação da tutela, forma de execução e natureza da sentença que a concede, dentre outros.

Verificou-se, por fim, ainda que de forma sucinta, alguns aspectos da tutela inibitória no plano dos direitos coletivos, bem como no Direito italiano, berço do instituto no sistema romano-germânico ao qual o Brasil se filia.

Abstract

The present work treats the general aspects of the inhibitory protection individual, in light of the national civil procedural law. The research's theme is inserted in field of Civil Procedural Right. It was used specific doctrinaire Works, as well as works that treat of correlative subjects, which are, protection anticipation, the process instrumentality, specific protects about legal to do and not to do obligations and other, besides a pertinent legislation and the jurisprudence, still scarce, to this respect.

The need of an appropriate preventive protection was analyzed so that it indeed protects rights no patrimonial content that they cannot be efficiently protected through an indemnification technique for equivalent financial. The constitutional forecast about a general beginning of prevention was demonstrated, as well as the possibility to be used inhibitory protection in the individual extent through the ways exposed in the Code of Civil Procedure, article 461. It was treated their generic aspects, as concept, modalities, anticipation possibility of the protection, execution form and sentence nature that it grants the protection, among others.

It was verified, finally, although in a brief way, some aspects about inhibitory protection in plan of collective rights, as well as in the Italian Right, cradle by institute in the Roman-Germanic system to which Brazil joins.

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PREMISSAS INTRODUTÓRIAS	
2.1 Breve síntese da evolução histórica do Direito Processual.....	13
2.2 Fases metodológicas do Direito Processual Civil.....	15
2.3 Tutela jurisdicional.....	18
2.4 Tutela jurídica e jurisdicional: diferenciação.....	20
2.5 Técnicas de tutela: tutela diferenciada - tutela específica.....	22
3 DA TUTELA INIBITÓRIA	
3.1 Distinção entre ilícito e dano.....	24
3.2 Conceito e pressupostos da tutela inibitória.....	28
3.3 Modalidades de tutela inibitória.....	31
3.4 Fundamento da tutela inibitória: a existência de um princípio geral de prevenção.....	34
3.5 A autonomia da tutela inibitória: diferenciação entre tutela inibitória e cautelar.....	36
4 DA TUTELA INIBITÓRIA INDIVIDUAL	
4.1 O artigo 461 do Código de Processo Civil como aporte da tutela inibitória genérica no âmbito individual: leitura à luz dos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo.....	40
4.2 Classificações.....	44
4.3 Tutela inibitória e reintegratória.....	46
4.4 Limites e fungibilidade da tutela inibitória.....	48
4.5 Hipóteses de tutela inibitória no Direito brasileiro.....	55
4.5.1 Tutelas inibitórias típicas.....	55
4.5.1.1 Interdito proibitório.....	55
4.5.1.2 Nunciação de obra nova.....	56
4.5.1.3 Uso nocivo da propriedade.....	57
4.5.1.4 Mandado de segurança e tutela inibitória: diferenciação.....	59
4.5.2 Casos atípicos de tutela inibitória: considerações gerais.....	62

4.5.3 A tutela inibitória no plano coletivo.....	65
--	----

5 DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA

5.1 Breves considerações sobre a antecipação da tutela.....	71
5.1.1 Intróito.....	71
5.1.2 Conceito e natureza jurídica da antecipação de tutela.....	74
5.1.3 Pressupostos da antecipação de tutela.....	76
5.1.4 A questão da irreversibilidade do provimento antecipado.....	79
5.1.5 Oportunidade e natureza da decisão que concede a antecipação da tutela.....	82
5.2 Da antecipação da tutela inibitória.....	84
5.2.1 Possibilidade de antecipação da tutela inibitória.....	84
5.2.2 Pressupostos da antecipação da tutela inibitória.....	86
5.2.3 A fungibilidade da antecipação da tutela inibitória.....	88
5.2.4 Justificação prévia e a possibilidade de revogação ou modificação da antecipação da tutela inibitória.....	89
5.2.5 Outros aspectos.....	90

6 DA EXECUÇÃO E DA NATUREZA DA SENTENÇA INIBITÓRIA

6.1 Da execução da tutela inibitória.....	91
6.1.1 Intróito.....	91
6.1.2 A natureza jurídica da multa: diferenciação da indenização e possibilidade de cumulação dos institutos.....	91
6.1.3 Critérios que devem ser observados na imposição da multa.....	93
6.1.4 O beneficiário do valor da multa.....	95
6.1.5 Eficácia e cobrança da multa.....	96
6.1.6 Sobre a possibilidade de se aumentar ou diminuir o valor da multa.....	98
6.1.7 A utilização das “medidas necessárias” nos casos em que a multa se revele ineficaz a atingir seu escopo.....	99
6.2 Da natureza da sentença inibitória.....	102
6.2.1 A insuficiência das sentenças clássicas para garantir uma efetiva prestação da tutela inibitória.....	102
6.2.2 A sentença mandamental: conceito e distinção da sentença condena-	

tória.....	104
6.2.3 A tutela inibitória e a sentença mandamental.....	106
7 DA TUTELA INIBITÓRIA NA ITÁLIA	
7.1 Intróito	110
7.2 Breves considerações sobre a tutela inibitória na Itália	110
7.2.1 O fundamento da inibitória no Direito italiano.....	110
7.2.2 Algumas hipóteses de cabimento da inibitória no Direito italiano.....	112
7.2.3 A ausência no Direito italiano de uma norma que ampare a utilização de medidas coercitivas: a tentativa dogmática de reconstrução do conceito de sentença condenatória.....	115
8 CONCLUSÕES	118
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

1- Introdução.

A pesquisa ora em pauta teve por enfoque verificar a possibilidade de utilização da tutela inibitória no âmbito individual, perante o ordenamento processual pátrio, bem como analisar os aspectos gerais do referido instituto.

Escolheu-se como tema a tutela inibitória em virtude da importância de que a mesma se reveste na atualidade para o efetivo resguardo dos chamados “novos direitos”, ou seja, para a proteção dos direitos de extrema relevância para a adequada inserção do homem na vida social, bem como para o completo desenvolvimento de sua personalidade, que não possuem conteúdo patrimonial, não podendo, em razão disto, serem efetivamente tutelados pela via ressarcitória, pois esta pressupõe, sempre, a violação do direito e a produção do dano, que deverá ser reparado posteriormente pelo equivalente pecuniário.

Com efeito, a partir do momento em que se deu conta da relevância daqueles direitos, bem como da ineficácia da tutela ressarcitória para sua adequada proteção, passou a doutrina italiana a se preocupar com a formulação de uma tutela preventiva, que impedisse, assim, a violação destes direitos fundamentais, de difícil reparação. Chegou-se à tutela inibitória. Para tanto, foi preciso reformular o conceito de ato ilícito, dissociando do mesmo sua normal conseqüência, o dano.

O objetivo da presente pesquisa, pois, foi analisar o cabimento desta importante forma de tutela preventiva perante o ordenamento processual brasileiro, bem como delinear seus aspectos gerais, extremamente importantes para a correta compreensão e aplicação do instituto.

Em razão da parca existência de material acerca do tema no país, e do difícil acesso às obras estrangeiras, serviu-se a pesquisa, basicamente, da obra do professor da Universidade Federal do Paraná, Dr. Luiz Guilherme Marinoni, intitulada “Tutela inibitória” (única obra nacional a tratar do tema). Utilizou-se, também, de obras e artigos que tratam de assuntos correlatos, tais quais a antecipação da tutela, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e a instrumentalidade do processo, bem como artigos que tratam de aspectos específicos do tema escolhido, além do manancial jurisprudencial, ainda singelo em relação à importância do instituto.

Foram formuladas as seguintes hipóteses, para verificação na presente pesquisa:

- Direitos de caráter não patrimonial, ou eminentemente não patrimonial, não podem ser satisfatoriamente tutelados pela via ressarcitória.
- O conceito de ato ilícito não está, necessariamente, ligado à existência de dano.
- Assume fundamental importância, em sede de tutela inibitória, o instituto da antecipação da tutela.
- Para que a tutela inibitória seja efetiva é necessária a utilização de meios coercitivos, capazes de impedir a prática do ilícito.
- As sentenças tradicionais não são capazes de garantir a efetiva aplicação da tutela inibitória.

Para se proceder à verificação destas hipóteses, utilizou-se o método dedutivo, partindo-se do conceito mais amplo, consistente no direito do jurisdicionado à adequada e efetiva tutela jurisdicional preventiva, para se analisar a possibilidade de aplicação da tutela inibitória, nos casos que dela não possam prescindir.

Procurou-se organizar o texto de acordo com os aspectos relevantes à compreensão do instituto, procedendo-se, anteriormente, a uma exposição da evolução histórica e metodológica do Direito Processual Civil, que se entendeu relevante para situar o leitor em relação aos exatos objetivos que tem hoje este importante ramo da ciência jurídica.

Por fim, não tem o presente trabalho a pretensão de esgotar o assunto, sendo certo que muitos questionamentos sobre a aplicabilidade do instituto poderão ficar sem respostas. O que se pretende, todavia, é delinear os aspectos gerais desta importante forma de tutela, deixando-se em aberto o tema para novas pesquisas no futuro.

Espera-se que esta pequena, e por certo, incompleta obra, possa auxiliar aqueles que se disponham a analisar o instituto no futuro a cumprir este mister, bem como auxiliar os aplicadores do Direito, para que se possa alcançar, cada vez mais, uma tutela jurisdicional realmente capaz de eliminar os conflitos que se apresentem, concedendo ao cidadão, mediante a correta aplicação da lei, condições para que ele se insira numa vida social mais justa e adequada a sua condição de ser humano.

2- Premissas introdutórias

2.1- Breve síntese da evolução histórica do direito processual.

O ser humano nunca viveu em estado de absoluto isolamento; ao contrário, os homens sempre mantiveram relações entre si, visando a facilitação do suprimento de suas necessidades, vivendo, nesta medida, em sociedade.¹

Com o crescimento da sociedade, sentiu o homem a necessidade de organizá-la politicamente. Com a organização política da sociedade nasce o Estado², como ente destinado a regular as relações humanas, propiciando o bem comum.

O processo, por sua vez, também existe há remotos tempos, todavia sem os contornos e a autonomia científica que hoje lhe são peculiares. Desenvolveu-se de forma contínua no tempo, adequando-se às construções ideológicas e eventuais regressos de cada tipo de Estado existentes ao longo da História.

O primeiro Estado de que se tem conhecimento é o Estado Antigo, também denominado Oriental ou Teocrático, no qual tanto as normas comportamentais quanto a própria autoridade governamental eram vistas como decorrência da vontade de um poder divino.

Posteriormente, no Estado Grego, que na verdade não consistia num Estado único, mas num conglomerado de cidades-Estado (polis), cada qual como um poder político independente, começa o processo a livrar-se de superstições e crenças religiosas, alcançando uma relativa cientificidade, observando-se, dentre outras regras, a oralidade, o princípio dispositivo, a incumbência do ônus da prova às partes e a livre apreciação das provas pelo magistrado, como aduz Humberto Theodoro Júnior.³

Durante o Estado Romano, passou o processo por três períodos distintos, o primitivo (*legis actiones*), o formulário e o da *cognitio extra ordinem*. Os dois

¹ Cf., sobre as teorias existentes em relação à origem da sociedade, como decorrente da natureza humana ou de um contrato, Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.995, págs. 7/15.

² São diversas as teorias acerca da origem do Estado, sendo que "... todas as teorias são baseadas em meras hipóteses" (Maluf, Said. Teoria Geral do Estado. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.995, pág. 53). Quanto à sua formação, existem teorias que prelecionam o surgimento natural do Estado, enquanto outras invocam sua origem contratual. Em relação às causas, existem as teorias das origens familiar, em atos de força, em causas econômicas, no desenvolvimento interno da sociedade, dentre outras. Cf., sobre o assunto, Dallari, Dalmo de Abreu. Op. cit., págs. 43/50.

³ Júnior, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.999, v. I, págs. 10/11)

primeiros períodos constituem a fase denominada *ordo judiciorum privatorum*, caracterizada pela passagem da arbitragem facultativa, na qual escolhiam as partes um árbitro, que recebia do Pretor a incumbência de decidir a causa (período primitivo), para a arbitragem obrigatória, na qual compareciam as partes perante o Pretor, que fornecia-lhes uma fórmula a ser seguida para a solução do conflito, nomeando, ele próprio, na qualidade de representante do Estado, o árbitro incumbido de proceder àquele mister (período formulário).

No terceiro período, o da *cognitio extra ordinem*, começou o Pretor a conhecer o mérito das contendas, deixando de cingir-se à mera emanção da fórmula e nomeação de um árbitro. Ocorre a passagem da justiça privada para a pública, tornando-se o Estado suficientemente forte para impor-se aos particulares. Proibida a tutela privada dos interesses conflitantes, passa a atuar o Estado como o único pólo irradiador de decisões capazes de solucionar os conflitos surgidos entre os particulares. Desta forma, vedando a imposição da vontade do mais forte sobre o mais fraco (autotutela, autocomposição e arbitragem)⁴, assume o poder irrestrito de ditar soluções e impor suas decisões, bem como o correlato dever de assim proceder, prestando a tutela jurisdicional sempre que lhe fosse solicitada. Nasce, neste patamar, a jurisdição.

Com a queda do Império Romano e sua dominação pelos povos bárbaros, ou germanos, surge, na Idade Média, o Estado Medieval, caracterizado pelo cristianismo e pelo fracionamento do poder em feudos, cada qual constituindo uma ordem jurídica própria. O processo passou a ser impregnado pelo fanatismo religioso, aplicando-se como meios de prova os juízos de Deus, os duelos judiciais e as ordálias, pela crença de que o ente divino fazia-se presente no julgamento, além de ficar o juiz restrito, na valoração das provas colhidas, a

⁴ Relevante neste ponto a lição dos professores Grinover, Ada Pellegrine; Dinamarco, Cândido Rangel, e Cintra, Antônio Carlos de Araújo, *in verbis*: “Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, realiza a sua pretensão). A autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limitam-se a fixar a existência ou inexistência do direito: o cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela)” (*in Teoria Geral do Processo*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 1.996, pág. 22)

Hoje, excepcionalmente a lei autoriza a autotutela (arts. 502, 558 e 776 do Código Civil, por exemplo), e dá especial realce à autocomposição (arts. 269, II, III e IV do Código de Processo Civil e 74 da Lei 9.099/95) e à arbitragem (Lei 9.307/96) como formas alternativas de composição dos litígios.

rígidos critérios previamente estipulados em lei. Cada prova possuía, pois, um valor previamente determinado, ficando adstrito o magistrado tão somente a aplicar a valoração contida em lei.

Ainda na Idade Média, sob a forte influência da Igreja, fundiram-se as regras germânicas às romanas e canônicas, dando ensejo ao que se denominou direito comum, no qual persistiu, porém, o sistema da valoração legal das provas.

Superado o Estado Medieval pelo Moderno, no qual transparece a concretização de uma unidade política alinhada à plena afirmação do poder soberano do Estado, alcança o processo sua fase científica, caracterizada pela livre apreciação e valoração das provas pelo magistrado, aurindo-se o processo como instrumento voltado à aplicação da vontade concreta da lei e à conseqüente pacificação social.⁵

2.2- Fases metodológicas do direito processual civil.

Num primeiro momento metodológico, o direito processual não era considerado nada mais do que um mero apêndice do direito material, resultando sua designação de direito adjetivo. Confundiam-se os planos substancial e processual, sendo vista a jurisdição como sistema de tutela de direitos, o processo, como mero procedimento (sucessão de atos), e a ação como a reação do próprio direito material à sua violação, ou, nos termos postos por Bedaque, “a ação era considerada um aspecto do direito material, ou um direito nascido de sua violação”.⁶ Tal fase metodológica é conhecida como imanentista, ou civilista. Perfaz reflexo desta fase, ainda nos tempos atuais, a disposição do art. 75 do Código Civil de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura.

No ano de 1.856, publica Bernhard Windscheid, jurista alemão, obra na qual propõe-se a analisar o conceito da *actio* romana, confrontando-a com a ação do direito moderno. Aponta que a *actio* romana não constituía meio de defesa do

⁵ Cf. Júnior, Humberto Theodoro. Op. cit., v. I, pág. 14.

⁶ Cf. Bedaque, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1.995, págs. 21/22.

direito, antes, era o próprio direito. Correspondia ao poder de agir contra outrem, advindo da concessão do Pretor, e não do direito material reclamado. Trazia ínsito o elemento da perseguibilidade judicial, razão pela qual era distinta da pretensão. Por fim, equivalia a toda a atividade praticada pelo autor até a sentença final, não se circunscrevendo, tão somente, ao primeiro ato processual daquele a fim de fazer valer sua pretensão.

No ano seguinte é publicada obra de outro jurista alemão, Theodor Muther, na qual apresenta severas críticas às formulações postas por Windscheid. Afirmou, em síntese, que, num primeiro momento a *actio* era entendida como ato bilateral que dava início ao processo, pois que, na *legis actione sacramento* (que era a mais antiga das ações da lei romana), ninguém poderia comparecer à juízo desacompanhado do *ex adverso*. Com a posterior extinção do solene comparecimento diante do Pretor e das ações da lei, passou a designar o ato pelo qual o autor dava início ao processo, ou todos os atos precedentes ao ajuizamento da lide, visando a concessão da fórmula.

O autor possuía a pretensão antes que lhe fosse concedida a fórmula pelo Pretor, que não poderia denegá-la caso presentes as condições para sua concessão; a denegação arbitrária autorizava o exercício de queixa contra o Pretor (*intercessio*).

Desvinculava-se a *actio* do direito subjetivo material, haja vista que mesmo após a enunciação da fórmula, poderia o árbitro, posteriormente, não confirmá-la.

Aludiu, ainda, que o autor exercia, concomitantemente, um direito público, correspondente à aquisição da fórmula, em face do Pretor, e outro privado, correspondente ao direito subjetivo material, direcionado contra o particular.

No mesmo ano, apresentou Windscheid sua réplica, na qual asseverou a inconsistência das críticas tecidas por Muther. Acolheu, todavia, de forma implícita, a tese deste de que existiria um direito dirigido contra o Estado e outro contra o particular. Em obras posteriores, veio a acatar explicitamente esta tese.⁷

A partir da famosa polêmica descrita entre os dois juristas alemães, no século XIX, passou-se a vislumbrar a ação como o direito autônomo de provocar

⁷ Cf., sobre a polêmica Windscheid-Muther, Silva, Ovídio Araújo Baptista da, e Gomes, Fábio Luiz. Teoria Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 1.997, págs 96/100. V., ainda, Grinover, Dinamarco e Araújo. Op. cit., pág. 250.

o exercício jurisdicional. Posteriormente veio à baila a obra de Oskar Von Bulow, na qual o autor racionaliza e desenvolve a teoria da relação jurídica processual e sua tríplice configuração: juiz, autor e réu. Alcança o direito processual sua autonomia científica. É a segunda fase metodológica por que passou este ramo do Direito, denominada autonomista ou conceitual, caracterizada pela plena desvinculação do direito processual em relação ao material, além do desenvolvimento de suas bases científicas, por meio da construção de teorias acerca de seus institutos formadores. Passou o estudioso a preocupar-se intensivamente com o desenvolvimento de seus postulados teóricos, traçando de modo amplo sua desvinculação do direito material. No entanto, como apregoa Bedaque, ao tratar da relação entre os dois ramos jurídicos, “inicia-se com a absoluta identidade entre ambos e se chega a uma desvinculação indesejável”.⁸

Com a tomada de consciência pelo estudioso do direito processual de que o processo deve ser visto não mais intrinsecamente, como um fim em si mesmo, mas sim de acordo com os fins institucionais que deve atingir, bem como pelos resultados fornecidos ao consumidor de seus serviços, inicia-se a atual fase metodológica por que passa o Direito Processual Civil, denominada de instrumentalista.

Justamente pela posição crítica assumida, diferencia-se da fase anterior. Não há mais a preocupação isolada com a evolução dos postulados teóricos, de resto satisfatoriamente desenvolvidos. Exige-se atualmente que o processo seja apto não somente à consecução de seu escopo jurídico, consubstanciado na atuação da vontade concreta do direito; deve também atingir os escopos políticos e sociais a que se propõe, em especial o escopo social de pacificação com justiça, considerado seu fim maior.⁹

Assim, voltam-se os estudos, nesta fase, à aplicação do processo como instrumento ético, e não meramente técnico, indiferente às opções ideológica do Estado e aos conceitos axiológicos e reclamos da sociedade, a fim de que possa atingir satisfatoriamente os escopos a que serve, tutelando, de forma adequada,

⁸ Op. cit., pág. 23.

⁹ Cf. Dinamarco, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.000, págs. 159/162.

tempestiva e efetiva, o direito das pessoas, concedendo-lhes exatamente aquilo a que façam jus.¹⁰

2.3- Tutela Jurisdicional.

Superada a fase imanentista pela autonomista, abandonou-se a discussão a respeito da tutela jurisdicional, pois esta era considerada pelos processualistas da segunda fase como um elemento integrante da teoria civilista da ação, não se coadunando com as novas teorias que então eram descobertas e apresentadas.

Assentado o reconhecimento da independência do direito processual em relação ao material em sólidas premissas, vislumbra o processualista, atualmente, que a distância entre os dois ramos não é tamanha como apregoou-se na fase conceitual, fazendo-se necessária a relativização do binômio direito-processo. Não obstante sejam ramos autônomos, distintos, possuem uma relação enorme, sendo certo que o processo é um instrumento voltado à atuação das normas materiais, devendo-se proceder, sempre, a uma análise conjugada de ambos. Com esta visão, retoma-se o estudo da tutela jurisdicional, entendida esta em seu sentido primário de resguardo, defesa, proteção, ou, no dizer de Alvaro J. D. Perez Ragone:

“reflorece el empleo del término ‘tutela’ no como un complejo institucional o de difícil comprensión, sencillo, em su prístimo significado: protección, resguardo, defensa, entiéndase por tal como todos los medios, facultades, haz de herramientas que el derecho brinda para asegurar y possibilitar su eficacia...”¹¹

¹⁰ No mesmo sentido, Tucci, José Rogério Cruz e. Tempo e processo. São Paulo: RT, 1.997, item 3.1, pág. 63.

¹¹ Cf. Ragone, Alvaro J. D. Perez. El Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (Argentina) y el acceso a la justicia: punto de inflección em la tutela de derechos. Pate I: cosmovisión del proceso. Genesis - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Pr., ano V, n. 15, jan./mar. 2.000, pág. 108 – “Retoma-se o emprego do termo ‘tutela’ não como um instituto complexo ou de difícil compreensão, senão em seu primeiro significado: proteção, resguardo, defesa, entenda-se por tal como todos os meios, facultades, ferramentas que o direito fornece para assegurar e possibilitar sua eficácia” (tradução nossa).

No mesmo sentido, a lição de Bedaque, segundo o qual “a tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano do direito material”¹², definindo-a como “tutela efetiva de direitos ou de obrigações pelo processo”.¹³

Vislumbra-se, assim, a relação existente entre a tutela e os direitos material e processual, visto que constitui exatamente o resguardo do direito material existente através da prestação jurisdicional. É instituto que se situa, pois, numa posição intermediária ao binômio direito-processo.

Todavia, tal conceito não é aceito pacificamente pela doutrina, havendo autores que propugnam ao instituto em apreço um sentido abstrato, ou amplo.¹⁴ Assim, alude Flávio Luiz Yarshell, considerando a tutela jurisdicional como a atividade empreendida pelo Estado quando, provocado por uma demanda, pratica as atividades tendentes à atuação da vontade concreta do direito, à pacificação por meio da eliminação de conflitos e à afirmação de seu poder, realizando-se independentemente do conteúdo da prestação jurisdicional. Desta forma, a tutela jurisdicional operar-se-ia, sempre, para ambos os litigantes.¹⁵

Em que pese este entendimento, acata-se na presente obra o primeiro apresentado. É preciso distinguir a tutela do provimento jurisdicional. Aceitando-se o entendimento predominante acerca do direito de ação¹⁶, vê-se que este é o direito autônomo e abstrato de provocar o exercício jurisdicional, para que seja solucionado o conflito de interesses. Desta feita, tal direito considera-se exercido sempre que haja uma manifestação do órgão jurisdicional, ainda que este não analise o mérito da demanda, ou caso analise, não conceda o direito pleiteado. Conota-se, desta feita, no direito de ação a qualidade de garantia de acesso à prestação jurisdicional. Todavia, tal prestação nem sempre se reveste do caráter de tutela, sendo, antes, a manifestação relativa ao exercício do direito de ação,

¹² Op. cit., pág. 24.

¹³ Op. cit., pág.25.

¹⁴ Cf. Bedaque, José Roberto dos Santos. Op. cit., págs. 30/32, aludindo que o emprego do termo não é feito de maneira uniforme pela doutrina.

¹⁵ Cf. Yarshell, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade, São Paulo: Malheiros, 1993, pág. 19.

¹⁶ Não cabe neste momento a pormenorização das teorias acerca do direito de ação, a saber: a ação como direito autônomo abstrato ou concreto. Para tanto, v. Grinover, Dinamarco e Cintra, Op. Cit., cap. 27, págs. 249/256.

favorável ou não à pretensão. É o que ocorre quando o autor é considerado carecedor da ação. Estar-se-ia resguardando qual direito? Qual seria a tutela conferida? Haveria, tão somente, a prestação jurisdicional, jungida à declaração da inexistência de pressupostos processuais ou condições da ação. Preenchidos estes, poderá o autor novamente intentar a ação, buscando a solução do mérito da demanda. Exercera faculdades e garantias processuais, no entanto não obterá qualquer resposta capaz de alterar a situação substancial conflitante, ainda que fosse a negação *incontinenti* de seu direito. Nem tampouco o réu teve seu direito tutelado, apesar de reflexamente beneficiado, pois não foi plenamente garantido o resguardo de sua esfera jurídica, que está sujeita a novo ataque. Há o pronunciamento jurisdicional, a resposta do órgão estatal judicante ao exercício do direito de demanda, mas não há a tutela jurisdicional, visto que a extinção anormal do processo não protegeu, resguardou, o direito de quaisquer das partes.¹⁷

2.4- Tutela jurídica e jurisdicional: diferenciação.

Para que se possa proceder à distinção entre tutela jurídica e jurisdicional, faz-se mister, antes, traçar a conceituação de Direito.

Franco Montoro informa que o Direito pode ser entendido por cinco aspectos diversos: como norma, como faculdade, como justo, como ciência e como fato social.¹⁸

No primeiro aspecto (Direito-norma), seria o conjunto de regras dotadas de coercitividade.

No segundo (Direito-faculdade), é a faculdade de exigência da realização ou não de determinado ato por outrem.

¹⁷ Cf., em sentido oposto, Yarshell, Flávio Luiz. Op. cit., págs. 19/20, aludindo que, mesmo na hipótese citada no texto, terá o Estado “ofertado tutela jurisdicional porque, pronunciando-se, ou não, sobre a pretensão deduzida (objeto do processo ou mérito), terá ele proporcionado ao vencido a garantia de um julgamento segundo as regras do devido processo legal, por agente revestido de imparcialidade”.

¹⁸ Montoro, André Franco. Introdução à ciência do Direito. 23ª ed. São Paulo: RT, 1.995 pág. 33/41.

No terceiro (Direito-justo), significa o bem devido por justiça, ou a conformidade com a justiça.

No quarto (Direito-ciência), é entendido como “a exposição sistematizada de todos os fenômenos da vida jurídica e a determinação de suas causas”.¹⁹

Por fim, como fato social, considera-se o Direito como fenômeno da vida em sociedade, como setor da vida social.

Para o fim proposto, tomar-se-á por base a primeira aceção, entendendo-se por Direito o conjunto de normas estabelecidas para reger as relações humanas, dotadas de coercitividade.

Neste patamar, a tutela jurídica corresponde ao próprio fim do Direito, constituindo a propiciação da paz social por meio da atuação das normas jurídicas. Havendo o voluntário respeito a estas, ter-se-á o alcance espontâneo da tutela jurídica.²⁰

Quando, porém, não há o respeito voluntário às normas, faz-se necessário o recurso à atividade jurisdicional para que se imponha sua observância, caracterizando-se, nesta medida, a tutela jurisdicional.²¹

2.5- Técnicas de tutela: tutela diferenciada – tutela específica.

Para que toda pretensão de direito material possa receber uma tutela efetiva, faz-se necessária a adequação do procedimento a ser observado às peculiaridades da situação material a que se almeja a proteção jurisdicional. Denomina-se tutela diferenciada exatamente esta adequação entre o procedimento e as diversas situações materiais que se apresentem, ou, no dizer de Bedaque:

¹⁹ Post, Hermann *apud* Montoro, André Franco. Op. cit., pág. 40.

²⁰ Cf. Maffini, Rafael de Cás. Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o direito e o processo. Genesis, Revista de direito processual civil, Curitiba, Pr. ano IV, n.14, out./dez. 1.999, págs. 721/722, conceituando o fenômeno referido no texto como “tutela jurídica estática”.

²¹ No dizer de Rafael de Cás Maffini, tal seria o aspecto dinâmico da tutela jurídica. Daí porque afirma ser a tutela jurisdicional espécie do gênero tutela jurídica (Op. cit., pág. 722).

“... fala-se também em tutela jurisdicional diferenciada, ou seja, a exata correspondência entre o tipo de tutela e as diferentes situações da vida. Estas estão sujeitas a freqüentes alterações, o que implica modificação das prioridades. Deve o processo acompanhar essa evolução, para corresponder efetivamente às necessidades sociais. Assim, para cada tipo de situação de direito material deve existir uma tutela jurisdicional adequada, isto é, diferenciada pelo procedimento”.²²

Corresponde esta visão à almejada e postulada necessidade de relativização do binômio direito-processo.

Vale-se o ordenamento processual, para assegurar adequada tutela a cada situação material, visando garantir sua efetividade, de diversos meios. Tais meios constituem as técnicas de tutela. Assim, técnicas de tutela correspondem aos meios de que lança mão o ordenamento processual para a obtenção do resultado, enquanto que o resultado obtido corresponde, na exata medida, à prestação da tutela jurisdicional.²³

Frise-se, ainda, que para se considerar uma tutela realmente efetiva e adequada, deve a mesma corresponder, sempre que possível, ao resultado que porventura seria obtido pelo titular do direito, ante a observância voluntária do ordenamento jurídico. Deve prevalecer, desta feita, a tutela específica, correspondente exatamente àquilo que se almeja, em detrimento da tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário da obrigação inadimplida, devendo-se admitir esta tão somente quando impossível aquela, ou quando assim preferir o credor.

Neste sentido apontam as preocupações e propostas dos modernos processualistas em cada canto do mundo, bem como as recentes reformas processuais levadas a efeito em nosso país, havendo, atualmente, expressa previsão na legislação pátria para a tutela de situações satisfativas de urgência (art. 273 do Código de Processo Civil), bem como para a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do Código de Processo Civil), podendo, neste último caso, valer-se o juiz das medidas necessárias para assegurar a

²² Op. cit., pág. 23.

²³ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Específica. São Paulo: RT, 2.000a, pág. 61: “Quando se pensa nos meios processuais concebidos pela lei para a tutela do direito material, há, mais propriamente, técnica processual de tutela; quando se tem em consideração o resultado que as técnicas processuais de tutela proporcionam, há, em toda a sua plenitude, uma espécie de tutela jurisdicional prestada”.

efetivação da tutela (art. 461, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil), a par das tradicionais tutelas declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e cautelares, anteriormente previstas.

Aponta Bedaque²⁴ uma crítica ao legislador nacional pela pouca importância demonstrada no que tange a uma tutela preventiva, capaz de evitar a ocorrência do dano.

No entanto, partindo-se da previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário a ameaça a direito, e com a aplicação dos meios conferidos pelos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, é possível utilizar-se uma tutela capaz de obstar a ocorrência do dano, ou, mais propriamente, do ato ilícito.²⁵ Marinoni vai mais adiante: além de retirar dos referidos artigos a tutela inibitória, que visa impedir a ocorrência do ato ilícito, afirma também a possibilidade de aplicação das tutelas preventiva executiva (que visa evitar, independentemente da vontade do executado, a prática ou repetição do ilícito), reintegratória ou de remoção do ilícito (visando a eliminação de uma situação ilícita), ressarcitória na forma específica e tutela das obrigações contratuais de fazer e não fazer na forma específica²⁶, constituindo a primeira, na sua modalidade individual, o objeto imediato da presente monografia.

3 – Da tutela inibitória.

3.1- Distinção entre ilícito e dano.

O dogma de que a única forma de tutela contra o ilícito consiste na sua reparação pelo equivalente pecuniário tem origem romana, sendo acentuado pelas premissas do direito liberal, consistentes na incoercibilidade das obrigações de fazer, na não ingerência do Estado em assuntos dos particulares, mormente

²⁴ Op. cit., pág. 130.

²⁵ Sobre a possibilidade de utilização dos referidos artigos para extrair os meios de aplicação da tutela inibitória, v. itens 4.1 e 4.5.3 da presente monografia.

²⁶ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, págs. 121/194.

contratuais, regrados pela autonomia da vontade, bem como pela visão mercificante dos direitos, que acentua a tendência a considerar o bem segundo seu valor econômico.

Esta visão levou a uma confusão entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil. Assim, o ato ilícito somente terá interesse no mundo jurídico a partir do momento que venha a causar um dano ao patrimônio de alguém. Unificaram-se, desta forma, as duas categorias.

A doutrina brasileira, aderindo a este pensamento, considera ato ilícito aquele que, cometido culposa ou dolosamente por alguém, venha a causar dano a outrem. Neste patamar, ministra Silvio Rodrigues: “poder-se-ia dizer que ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem”.²⁷ No mesmo sentido preleciona Orlando Gomes:

“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. 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 fosse a conseqüência. 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”.²⁸

De ver-se que o último expressamente alude a confusão reinante, na qual se insere a conseqüência no próprio conceito de ato ilícito. Todavia, aduz que o ilícito somente ganha foro jurídico no momento em que venha a causar dano a outrem, o que leva, *contrario sensu*, à conclusão de que o ilícito que não cause dano a outrem, ainda que configure ato *contra jus*, não merece tutela jurídica. Denota-se, assim, a pouca, ou nenhuma preocupação na formulação de uma tutela preventiva, que seja capaz não de proporcionar a reparação em pecúnia do direito lesado, mas inibir a própria possibilidade de prática do ilícito, que, caso venha a ocorrer, poderá levar ao dano. Aquela doutrina tem fundamento no passado, no qual o simples ressarcimento era realmente capaz de proporcionar uma tutela satisfatória. No entanto, a sociedade transforma-se a cada dia,

²⁷ Rodrigues, Silvio. Direito Civil. 25^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.995, v. 1, pág. 300.

²⁸ Gomes, Orlando. Obrigações. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pág. 258.

tornando-se as relações nela existentes mais diversificadas e mais complexas, surgindo novos e diversos direitos, muitos dos quais não possuem cunho pecuniário. A própria mudança do ideal político do Estado ocasiona esta transformação. Assim, o que não é direito do cidadão num Estado Liberal, muitas vezes o é num Estado Social.

Estes novos direitos que surgiram, e surgem a cada dia, muitos deles auridos à categoria de fundamentais ao homem, exatamente por não possuírem caráter pecuniário, ou prevalentemente não pecuniário, não podem ser tutelados efetiva e adequadamente pelo clássico meio ressarcitório. Aquele, por exemplo, que sabe que se veiculará notícia ofensiva a sua honra por certo desejará impedir que isto ocorra, e não esperar a efetiva veiculação para, posteriormente, procurar ressarcir-se dos danos morais que venha a sofrer, que são, aliás, sempre de difícil e incerta quantificação. Denota-se, assim, a extrema necessidade da formulação de uma tutela atípica que vise inibir a simples prática do ilícito.

Tendo em vista esta necessidade, a doutrina italiana procurou fundamentar esta tutela preventiva e, para tanto, foi preciso repensar o antigo conceito de ato ilícito.

Num primeiro momento, foi formulada por Candian²⁹, uma distinção entre ilícito de lesão e de perigo, considerando-se o primeiro como aquela situação que, ocorrida, causa um dano, enquanto o segundo seria aquela situação que, ocorrida e continuada, viria a causá-lo. Assim, a tutela ressarcitória aplicar-se-ia em razão do ilícito de lesão, enquanto que a preventiva dar-se-ia contra o ilícito de perigo.

Percebe-se, no entanto, desta sucinta exposição, que para esta distinção Candian levou em consideração, sempre, o dano. Assim, o ilícito de perigo tem como fundamento o perigo de dano, motivo pelo qual seria a tutela voltada à prevenção do dano, e não do mero ilícito. Desta forma, esta formulação não se presta a proteger o cidadão da simples prática de atos contrários ao direito, ainda que deles não venham decorrer quaisquer danos.

No mesmo sentido proposto por Candian, afirmou Lodovico Barassi³⁰ a possibilidade de manejo de uma ação que leve uma pessoa a modificar ou desistir

²⁹ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000b, págs. 30/31.

³⁰ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. Cit., 2000b, págs. 31/32.

de um determinado comportamento, que, caso não seja cessado, produzirá futuramente um dano. Desta forma, também aqui se leva em conta o dano, motivo pelo qual recebera por parte da doutrina italiana as mesmas críticas aduzidas à formulação do primeiro.

Foi a partir do estudo da tutela contra a concorrência desleal que a doutrina italiana formulou a distinção entre ilícito e dano. Ao tratar daquela, o artigo 2.599 do Código Civil italiano estabelece que a sentença declaratória da existência de atos de concorrência desleal tem como efeitos inibir sua continuação e conferir os meios necessários a fim de que se façam cessar suas conseqüências, nos seguintes termos: “La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti”.³¹

Posteriormente, alude o artigo 2.600 do mesmo código que se os atos de concorrência desleal são praticados com dolo ou culpa, fica seu autor obrigado a ressarcir o dano, *in verbis*: “Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni”.³²

Vê-se, portanto, que o Código Civil italiano, ao tratar da concorrência desleal, estabeleceu três formas de tutela distintas: uma voltada a inibir sua continuação (tutela inibitória), outra voltada a elidir seus efeitos (tutela reintegratória), e uma última possibilitando a reparação dos danos causados, se o ato houver sido cometido dolosa ou culposamente (tutela ressarcitória). De ver-se, entretando, que para as duas primeiras não aludiu a legislação a dolo, culpa ou dano, enquanto que para a última exigiu categoricamente a presença destes requisitos.

No esforço de interpretar-se estas normas, surgiram duas correntes diversas. A primeira, fiel ao binômio ato ilícito-dano, propôs uma divisão dos atos de concorrência desleal, conforme fossem ou não exigidos para sua configuração o dano e a culpa. Assim, os atos de concorrência desleal danosos e culposos seriam classificados como ilícitos, enquanto os demais não. Seriam classificados como atos autônomos.

³¹ Idem, *ibidem*, pág. 228 – “A sentença que declara atos de concorrência desleal inibe sua continuação e dá oportunidade a que sejam eliminados seus efeitos” (tradução nossa).

³² Idem, *ibidem*, mesma página – “Se os atos de concorrência desleal são praticados com dolo ou com culpa, o autor faz jus ao ressarcimento dos danos” (tradução nossa).

Uma segunda corrente, entretanto, preconizou o distanciamento conceitual entre ilícito e dano. Afirmou, partindo das diversas tutelas oferecidas pela lei em relação à concorrência desleal, que o art. 2.043 do Código Civil italiano, que corresponde ao art. 159 do Código Civil brasileiro, não descreve o ato ilícito, como até então se imaginava, mas tão somente apregoa a responsabilidade pelo dano causado. Não seria, desta forma, a tutela ressarcitória a única passível de atacar o ato ilícito.

Concluiu-se, então, que o dano não é, na verdade, elemento constitutivo do ilícito, senão a normal consequência que advém de sua prática. A confusão existente dar-se-ia por constituir o dano o sintoma sensível, a prova da violação à norma, além de, no mais das vezes, coincidir cronologicamente com a prática do ilícito. Este, por sua vez, deve ser conceituado simplesmente como o ato *contra jus*. Desta forma, o dano é mera consequência eventual de sua prática, podendo ou não ocorrer.³³

De notar-se, porém, que, sob outra perspectiva, esta última afirmativa não parece totalmente correta. Sendo o ato ilícito aquele contrário ao direito, toda vez que ocorre a violação à norma jurídica, todo o ordenamento, por consequência, sofre um dano, uma lesão. É certo que este dano pode não repercutir monetária ou imediatamente no patrimônio de quem quer que seja, todavia põe em risco toda a estrutura jurídica do Estado, devendo, por isso, ser eliminado a fim de que a mesma se restabeleça e fortaleça. Entretanto, do ponto de vista da efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional ao cidadão, é mais adequada e correta, a conceituação do ilícito como ato contrário ao ordenamento jurídico, não se justificando possibilitá-la apenas após a prática daquele, fazendo com que, no mais das vezes, ocorra a injusta substituição do direito não patrimonial por pecúnia, o que, indiscutivelmente, causa um enfraquecimento ainda maior do ordenamento jurídico, por meio da descrença à lei e à justiça.

3.2- Conceito e pressupostos da tutela inibitória.

³³ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 30/36.

A tutela inibitória é, tipicamente, preventiva, destinando-se sua aplicação, como tal, a fatos futuros. Além de preventiva, é também específica, haja vista que seu intuito não é a proteção do direito por meio de uma substituição por seu equivalente em pecúnia, mas sim a proteção do direito em sua integridade. O ilícito, por sua vez, pode apresentar-se faticamente em três situações distintas: aquele que não ocorreu, mas provavelmente ocorrerá; aquele que, tendo ocorrido, provavelmente se repetirá; e, por derradeiro, aquele que, ocorrido, tem eficácia continuada, ou seja, aquele cuja prática se protraí no tempo.

Nestes três casos é possível a aplicação da tutela inibitória. No primeiro, terá por objetivo inibir a própria prática do ilícito; no segundo, a sua reiteração, e no terceiro, o seu prosseguimento.

Desta forma, pode-se conceituar a tutela inibitória como aquela voltada a impedir a prática, a reiteração ou a continuação de um ato ilícito, entendido este, simplesmente, como o ato contrário ao direito, como acima se expôs. Opera-se por via de ação, sendo utilizado o termo tutela, como esclarece Marinoni, pela necessidade de se pensar em termos do efetivo resultado proporcionado ao consumidor do serviço jurisdicional.³⁴

Não sendo o dano requisito necessário para a configuração do ato ilícito, também não constitui, portanto, pressuposto da inibitória. O mesmo pode se dizer da culpa, entendida esta em sentido lato (dolo e culpa em sentido estrito). Estes configuram, tão somente, requisitos necessários para que emerja a responsabilidade civil daquele que praticou o ato *contra jus* (tutela ressarcitória). O dano por sua vez, como aludido, é mera consequência eventual da prática do ilícito. Voltando-se a inibitória contra este, evidencia-se que não é preciso se demonstrar a existência, ou mesmo a mera probabilidade, de culpa, dolo ou dano, para que se possa valer daquela.

Assim, se alguém, mesmo agindo sem culpa, estiver na iminência de praticar um ato ilícito, ainda que dele não decorra nenhum dano, ou, ao menos, nenhum dano imediato, poder-se-á utilizar a inibitória para impedi-lo de o praticar.

Como não constituem o dano e a culpa pressupostos da inibitória, ficam afastados de sua dilação probatória, não sendo objeto, assim, da cognição do

³⁴ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 29.

magistrado a fim de que conceda ou negue procedência à ação. Neste sentido, preleciona Marinoni:

“O dano e a culpa não integram a demanda preventiva, o que significa dizer que não fazem parte da cognição do juiz e que, assim, estão obviamente fora da atividade probatória relacionada à inibitória. Na perspectiva da cognição, afasta-se, para a obtenção da inibitória, qualquer necessidade de demonstração de dano e de culpa”.³⁵

Ademais, em relação à culpa, sendo a inibitória uma tutela voltada ao futuro, não há possibilidade de se antever qual será o elemento subjetivo do agente no momento em que for praticar o ato. A probabilidade do dano, no entanto, poderá servir para evidenciar a própria prática do ilícito, mormente quando são concomitantes. Todavia não é necessário que ele realmente possa vir a ocorrer, tampouco é necessária sua argüição.

Apresenta a inibitória, portanto, como requisito ou pressuposto, a probabilidade da prática, da repetição ou da continuação do ato ilícito. Uma vez demonstrada esta, o que pode ser feito por qualquer meio de prova admitido pelo Direito, ou por este não excluído, como os moralmente legítimos, decorrem a possibilidade e o interesse na propositura da ação inibitória.

Probabilidade constitui o motivo, ou indício, que faz presumir a verdade ou a possibilidade de um fato. Assim, para valer-se da inibitória, é necessário se demonstrar, de maneira idônea, a real possibilidade de que o ilícito venha a ocorrer, repetir-se ou prosseguir, ou seja, o perigo de que, caso não se tome qualquer providência, tais situações venham a ocorrer.³⁶

Afirma Marinoni, ainda, em relação aos pressupostos da inibitória, *verbis*:

“O autor, quando requer a inibitória, deve provar não só o perigo da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, mas também que o ato - caso praticado (ou que já foi praticado, no caso de inibição da sua continuação ou repetição) – será ilícito (ou é ilícito, no caso de inibitória da continuação ou da repetição do ilícito)”.³⁷

³⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 41.

³⁶ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 90.

³⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 63.

Esta afirmativa, no entanto, não se afigura totalmente correta. Sendo o ilícito um ato contrário ao direito, a verificação desta sua qualidade decorre simplesmente do enquadramento do fato à norma proibitiva. Assim, caso um comerciante, por exemplo, vá lançar no mercado um produto cujo comércio é legalmente proibido, para que se alcance um provimento inibitório capaz de impedi-lo de que assim proceda, deve-se provar tão somente a probabilidade da prática do ato. Sua qualidade ilícita decorre, *ipso jure*, do próprio texto legal, não demandando, neste sentido, qualquer dilação probatória. No caso de veiculação de notícia ofensiva à honra, deverá provar-se a probabilidade de que ela realmente venha a ser veiculada. Esta a matéria da prova. O magistrado, por certo, não irá ouvir testemunhas, ou exigir a produção de documentos, etc, que comprovem a ilicitude do fato. Aplica-se a parêmia *jura novit curia*. Neste sentido aduz Humberto Theodoro Júnior, ao tratar do objeto da prova em geral: “O direito, ordinariamente não se prova, pois *jura novit curia*”.³⁸ Assim, também, dispõe o Código de Processo Civil, em seu artigo 332, *contrario sensu*.

Por vezes, entretanto, pode restar controverso o enquadramento do fato na norma proibitiva. Neste caso, porém, o enquadramento ou não do fato na norma dependerá da interpretação do magistrado. Considerando que o fato se enquadra, deferirá a tutela; em sentido contrário não. As partes argumentarão nos dois sentidos, incumbindo ao juiz, ao final, decidir. Todavia não se deve exigir uma dilação probatória neste sentido. De resto, aplica-se o princípio de que só se provam os fatos, não o direito.

Conclui-se, portanto, que o único pressuposto da tutela inibitória é a probabilidade da ocorrência, reiteração ou continuação do ilícito. Comprovada esta, fará jus o autor ao provimento jurisdicional inibitório pleiteado. O próprio Marinoni, em outras obras, deixa de se referir à prova da ilicitude do fato, afirmando: “O que importa, portanto, para a configuração da viabilidade do uso da tutela inibitória é simplesmente a probabilidade da prática de um ilícito, ou sua continuação ou repetição”.³⁹

³⁸ Júnior, Humberto Theodoro. Op. cit., v. I, pág. 417.

³⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 90. Cf, também, do mesmo autor, Op. cit., 2000b, págs. 37/38.

3.3- Modalidades de Tutela Inibitória.

As modalidades da inibitória são alcançadas atentando-se às finalidades a que a mesma se propõe. Como visto acima, tem por fim inibir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Assim, são estas as três modalidades em que pode se apresentar.

Em relação às duas últimas, uma vez ocorrido o ilícito pode-se, atentando à sua natureza e modalidade, concluir pela possibilidade de sua repetição ou continuação. É o caso, por exemplo, de prática de atividades poluentes (continuação), e de apresentação de filme ofensivo à honra de determinada pessoa (repetição).

Nestes casos a tutela, por ter ocorrido o ato ilícito, não perde seu caráter preventivo, visto que continuará voltada ao futuro. Por certo, não se visa com a inibitória o ressarcimento dos prejuízos acaso já advindos, mas sim evitar que a atividade ilícita prossiga ou seja reiterada. Neste sentido alude Marinoni:

“A tutela que supõe um ilícito já praticado, mas tem por meta impedir a sua continuação ou repetição, é uma tutela voltada para o futuro, tendo um fim nitidamente preventivo e não repressivo. Em outras palavras, a relação da inibitória com um ilícito já praticado não compromete a sua natureza, que é tão preventiva quanto a da tutela que objetiva impedir a prática de um ato sem que antes algum ilícito já tenha sido praticado”.⁴⁰

Para se alcançar estas finalidades, valia-se anteriormente da ação cominatória, assim denominada por permitir a cominação de pena pecuniária para coagir alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Todavia, esta ação nunca se mostrou realmente eficaz a prevenir o ilícito, pois a incidência da multa somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, conforme interpretação conferida ao artigo 287 do Código de Processo Civil.

Já em relação à inibitória em sua modalidade pura, ou seja, sem que anteriormente tenha sido praticado qualquer ilícito, a questão ganha foro mais complexo. Dois argumentos fundamentam a oposição a sua possibilidade, quais

⁴⁰ Idem. Op. cit., 2000b, págs. 42/43.

sejam, o risco a que expõe a liberdade humana e a dificuldade de prova que apresenta.

No entanto, nenhum dos argumentos encontra fundamento. Quanto à liberdade humana, deve-se ter em conta que o critério utilizado pela teoria liberal, que lhe deu relevo e intangibilidade absoluta, não tem cabimento no Estado Social em que vivemos. Atualmente, o fim precípua é o bem comum, sendo certo que, em seu favor, devem ser sacrificados os interesses individuais que com ele conflitam. Ademais, a liberdade do homem não deve alcançar a prática de ilícitos. Todos devem pautar-se de acordo com os preceitos legais. Assim, a liberdade do homem não é plena, mas é contida pelo respeito ao direito alheio. Preciosa, neste sentido, a lição de Marinoni:

“Não há razão para não se admitir que alguém tenha sua vontade estrangida quando está pronto para praticar um ilícito. Aliás, privilegiar a liberdade, em tais casos, é o mesmo que dizer que todos têm direito a praticar ilícitos e danos, sendo impossível evitá-los, mas apenas reprimi-los. Ora, ante a consciência de que os novos direitos têm, em regra, conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, fica fácil perceber a necessidade de concluir que é viável a inibitória para inibir a prática (e não apenas a repetição ou a continuação) do ilícito. Uma conclusão em sentido contrário, aliás, implicaria a aceitação da possibilidade de expropriação desses direitos, o que faria surgir a lógica do ‘poluidor pagador’, por exemplo.”⁴¹

Quanto à dificuldade de prova, não deve perfazer óbice à utilização do instituto em apreço. Deve o Estado garantir a seus jurisdicionados meios efetivos e adequados para a proteção de seus direitos. Ademais, poder-se-á provar a possibilidade de prática do ilícito por qualquer meio, desde que não vedado em lei, como acima se explanou. Não se deve sacrificar casos que poderiam ser comprovados e tutelados em decorrência da eventual impossibilidade de se demonstrar outros.

No direito brasileiro vislumbram-se casos típicos de tutela preventiva pura nos institutos do interdito proibitório e do mandado de segurança preventivo, dentre outros.⁴² O primeiro é cabível no caso em que o possuidor direto ou indireto tenha o justo receio de ser molestado na posse, podendo ser cominada

⁴¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 85.

⁴² Por exemplo, art. 42 da Lei da Propriedade Industrial.

pena pecuniária ao réu caso efetive a turbação ou esbulho (art. 932 do CPC). Já o segundo é cabível para proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, quando alguém sofrer violação ou houver o justo receio de sofrê-la por parte de autoridade (art. 1º da Lei 1.533/51). Ora, o que seria o justo receio senão a probabilidade da prática dos atos elencados?

Em relação a casos atípicos também deve prevalecer a orientação de que é cabível a inibitória pura, em face do preceito do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que é norma de aplicação imediata. Prescrevendo esta que não se excluirá da apreciação do Judiciário a ameaça ao direito, firma claramente a possibilidade de utilização da inibitória pura para casos não previstos expressamente pela legislação infraconstitucional. Tal assertiva decorre, aliás, do princípio de que o Estado deve proporcionar a seu cidadão uma tutela efetiva e adequada.

A inibitória pura, de resto, vem sendo admitida em inúmeros países, dentre eles Alemanha, Estados Unidos da América (sistema de *injuctions – quia timet injuction*) e Itália.⁴³

3.4- Fundamento da tutela inibitória: a existência de um princípio geral de prevenção.

Uma vez analisadas a distinção entre o ilícito e o dano, o conceito, pressupostos e modalidades da tutela inibitória, bem como a necessidade da existência de uma tutela capaz de dar efetiva proteção às situações materiais que se revestem de um caráter extra patrimonial, ou prevalentemente não patrimonial, é necessário analisar-se a possibilidade ou não da construção desta tutela perante o ordenamento jurídico pátrio.

⁴³ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 43/45.

A Constituição Federal prescreve em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Com esta afirmativa, prescreve a Constituição o direito de acesso à justiça, de forma ampla, abrangendo não só a lesão a direito, mas também a ameaça a que o mesmo se encontre sujeito.

Todavia, o direito de acesso à justiça não se circunscreve ao direito de receber um pronunciamento judicial acerca de um conflito de interesses, tão somente. É necessário que possua o cidadão meio idôneo a fazer valer seu direito, para que este possa ser tutelado com absoluta efetividade. Tais meios são as formas procedimentais que o ordenamento põe ao seu alcance, formas estas que devem ter em vista o direito que se visa tutelar.⁴⁴ Assim, mais do que o acesso à ordem jurídica, deve ser garantido ao cidadão o acesso à ordem jurídica justa.

Uma vez retirada do particular a possibilidade de auto tutelar os conflitos que ocorram em sua vida, o Estado deve garantir-lhe o mesmo resultado prático que naquela situação lhe adviria. Assim, deve o Estado fornecer formas de tutela capazes de solucionar os conflitos, fornecendo a quem tem direito exatamente aquilo a que faz jus.

Percebe-se, pois, que o direito de acesso à justiça redundava, também, no direito de efetiva tutela das situações materiais. Uma vez que as modificações que ocorreram na realidade trouxeram à baila novos direitos, de conteúdo não patrimonial, que anteriormente não existiam, ou não tinham a mesma importância que comportam na atualidade, percebe-se que para uma efetiva tutela dos direitos é necessário que se forneça meios para prevenir os atos que lhes são atentatórios, sob pena de impossibilitar sua plena fruição. Faz-se necessária assim, a concessão de uma tutela preventiva, a par da ressarcitória.

O referido dispositivo constitucional, aliás, expressamente prevê que será apreciada pelo Judiciário a ameaça a direito, consagrando, desta forma, de maneira cabal, a existência de um direito à prevenção de ilícitos a seus cidadãos.

Não é outra a conclusão a que chega Marinoni, *ipsis literis*:

⁴⁴ São as tutelas específicas, às quais se referiu no item 2.5.

“Não há dúvida de que o direito de acesso à justiça, assegurado pela nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXV), garante o direito à adequada tutela jurisdicional e, por conseqüência, o direito à tutela preventiva. É possível afirmar até mesmo que a inserção da locução ‘ameaça a direito’ na nova verbalização do princípio da inafastabilidade teve por fim deixar claro que a tutela preventiva é constitucionalmente garantida”.⁴⁵

Deve-se atentar, ainda, que a própria Constituição vislumbra direitos de índole não patrimonial, como o direito à higidez do meio ambiente (art. 225), à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X), ao sigilo de correspondência e comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, para fins de investigação criminal (art. 5º, XII), dentre outros. Negar tutela preventiva a tais direitos é o mesmo que não lhes conceder qualquer tutela eficaz, ou, em outros termos, é o mesmo que afirmar que aquele que sofra uma ameaça em ter tais direitos violados tenha que esperar a efetiva violação para procurar indenizar-se, indenização esta que sempre será incerta, quando não inócua.

Ademais, negar-se a possibilidade da utilização de tutela preventiva no direito brasileiro é o mesmo que negar vigência ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que aliás é norma de eficácia plena, ou seja, que surte efeitos por si só. É o mesmo, portanto, que transformar em letra morta a norma constitucional. Neste sentido, aduz Marinoni:

“A Constituição brasileira afirma, em seu artigo 5º, XXXV, que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. A locução ‘ameaça a direito’ deixa clara a intenção de se garantir a tutela inibitória. Ora, se determinados direitos, por suas peculiaridades próprias, somente podem ser tutelados através da tutela inibitória, não há como se negar a extensão deste tipo de tutela às hipóteses dela carentes. Negar a tutela inibitória para os direitos que não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória é negar atuação concreta à norma constitucional”.⁴⁶

Em resumo, ao assegurar o acesso à justiça, a Constituição assegura, por conseqüência, a efetividade da tutela dos direitos, e assim, a possibilidade da

⁴⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 66/67.

⁴⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 1998, págs. 74/75.

tutela preventiva. Existe, portanto, um princípio geral de prevenção insculpido na Carta Magna, que permite a utilização de formas preventivas de direitos atípicas. Com base nisto, deve o legislador outorgar meios de prevenção aos cidadãos, e mais, deve o jurista procurar retirar dos meios que possui tutelas preventivas atípicas.

De frisar-se que tais meios existem em nosso ordenamento, a teor, por exemplo, do art. 461 do Código de Processo Civil, que será analisado mais adiante.

Por fim cumpre ressaltar que um Estado de Direito, fundado na dignidade humana, que visa garantir a seus cidadãos a efetiva fruição e proteção de seus direitos, deve garantir formas de prevenção, mormente no caso de direitos não patrimoniais, ou, como afirma Marinoni: “Não temos a menor dúvida em afirmar que o princípio geral de prevenção é imanente a qualquer ordenamento jurídico que se empenhe em garantir – e não apenas em proclamar – os direitos”.⁴⁷

3.5- A autonomia da tutela inibitória: diferenciação entre tutela inibitória e cautelar.

A tutela inibitória, tendo por fim prevenir a prática, a repetição ou a continuação de ilícito, reveste-se do caráter de tutela autônoma, entendida assim por não necessitar de qualquer outra providência, ou processo, para que surta eficácia.

Distingue-se, assim, da tutela cautelar, a qual, segundo dispõe o artigo 806 do Código de Processo Civil, pressupõe a propositura de uma ação principal, sob pena de cessar sua eficácia (art. 808, I, do Código de Processo Civil).

A principal distinção, todavia, entre estas formas de tutela, relaciona-se com a finalidade de cada qual. Assim, enquanto a inibitória tem por fim precípua prevenir o ilícito, a cautelar visa o resguardo da eficácia de um provimento jurisdicional a ser emitido em um processo denominado principal, ou, nos termos postos por Marinoni:

⁴⁷ Idem. Op. cit., 2000b, pág. 62.

“A ação cautelar, como é sabido, tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito. O seu escopo não é o de prevenir, autonomamente, um ilícito. Note-se que a prevenção do ilícito é um fim em si mesmo; a ação inibitória não objetiva assegurar um direito controvertido, nem muito menos o resultado útil de um outro processo. A ação inibitória, ao contrário da ação cautelar, é uma ação autônoma”.⁴⁸

Desta forma, a cautelar visa assegurar a eficácia de um processo que verse sobre um direito já violado, ou, ao menos, que possa sê-lo, enquanto que a inibitória visa precipuamente impedir que o direito seja violado, ou que a violação repita-se ou continue. Neste ponto, faz-se importante transcrever a lição de Marinoni:

“O arresto, por exemplo, difere totalmente da tutela inibitória, já que não exerce função preventiva, mas destina-se a assegurar a efetividade da futura tutela ressarcitória. Ou seja, há uma nítida diferença entre a tutela preventiva e a tutela que visa a dar segurança a um direito que já foi violado.

Na verdade, e para irmos um pouco mais além, parece mais exato afirmar que a tutela cautelar, além de ter por fim assegurar a efetiva tutela de um direito já violado, pode ter por escopo assegurar um direito para a hipótese de ele ser violado. Basta pensar nos casos em que a cautelar pode ser utilizada para assegurar ao autor a efetividade da eventual (e aí não necessária) tutela ressarcitória, que poderá ser requerida se o direito (que apenas se teme ver violado) for realmente lesado”.⁴⁹

O mesmo autor alude ainda que a inibitória dá-se por meio de cognição exauriente, enquanto que a cautelar funda-se em cognição sumária, *in verbis*: “É uma ação de cognição exauriente, ao contrário da ação cautelar, que é fundada, necessariamente, em cognição sumária e é marcada pela característica da instrumentalidade”.⁵⁰

Também quanto à natureza diferem estas espécies de tutela, sendo que uma tem natureza de conhecimento, fundando-se em cognição plena ou exauriente e produzindo uma decisão que se reveste do caráter de definitividade, ou seja, produz coisa julgada material, enquanto a outra tem natureza cautelar, fundando-se num juízo sumário, e revestindo-se do caráter de provisoriedade.

⁴⁸ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 1998, pág. 78.

⁴⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 206/207.

⁵⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 1998, pág. 78.

Todavia, em virtude da plena ineficácia da ação cominatória para prevenir a prática de ilícitos, por somente possibilitar a imposição de multa após o trânsito em julgado da sentença, como anteriormente se afirmou (item 3.3), passaram os causídicos a valerem-se de cautelares inominadas para a consecução deste fim, as quais foram denominadas de “satisfativas”, haja vista que só era exigível a propositura de uma nova ação (principal) quando o magistrado não aprofundasse seu conhecimento em relação à existência do ilícito.

Hoje, porém, não há necessidade de se recorrer a este artifício para que se possa prevenir o ilícito, ante a configuração dada ao artigo 461 do Código de Processo Civil pela reforma levada a efeito em 1.994.

Ademais, a utilização deste meio leva, no mais das vezes, a uma inútil duplicação de procedimentos, tendentes à obtenção de um só fim. É a lição de Barbosa Moreira, ao tratar da problemática da tutela preventiva:

“Ademais recai-se numa inútil duplicação de processos, quando, a rigor, bastaria um, se bem estruturado, para compor o litígio. E, afinal, por que se há de dar título de cautela àquilo que já se poderia dar sobre a forma de prestação jurisdicional satisfativa?”⁵¹

Assim, após a concessão da cautelar, dever-se-ia necessariamente, no mais das vezes, intentar uma ação principal, visando apenas à confirmação da primeira. Esta ação seria a cominatória; no entanto, normalmente era proposta ação ressarcitória, que, como é óbvio, não guardava qualquer relação com a medida cautelar já conseguida, e nem esta guardava qualquer relação instrumental com aquela. Visava-se, tão somente, garantir a eficácia da cautelar, que era, por si só, o fim visado pelo requerente. Era, portanto, desnaturada a natureza do processo cautelar, ante a plena ineficácia dos meios que a legislação concedia a título de tutela preventiva, ou, no dizer de Marinoni: “A ação cautelar – que em tese teria apenas cognição sumária – acabava sendo concebida como uma verdadeira ação preventiva”.⁵²

⁵¹ Barbosa Moreira, José Carlos *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 52, nota 72, *fine*.

⁵² Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 50.

4 - Da tutela inibitória individual

4.1- O artigo 461 do Código de Processo Civil como aporte da tutela inibitória genérica no âmbito individual: leitura à luz dos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo.

Não obstante a previsão constitucional do princípio do amplo acesso à justiça, compreendendo, como visto, o direito à adequada e efetiva prestação da tutela jurisdicional e, assim, a prestação de adequada e efetiva tutela preventiva, o ordenamento jurídico brasileiro não ofertava meios capazes de propiciarem esta

última, com a devida adequação e a desejada efetividade, às situações materiais que dela não pudessem prescindir.

A tutela cominatória, prevista no artigo 287 do Código de Processo Civil, como já se afirmou (item 3.5), nunca foi capaz de propiciar uma efetiva tutela preventiva, por ficar a imposição de multa condicionada ao descumprimento da sentença transitada em julgado. Basta se pensar no caso em que se haja veiculado notícia lesiva à honra, passível de repetição, para se verificar a aludida incapacidade. Caso tenha o ofendido interposto ação cominatória, visando inibir a anunciada repetição do ilícito, somente será possível a imposição da multa após o trânsito em julgado da sentença que considerar procedente o pedido. No entanto, ainda poderá haver recurso do réu, fato que prorrogará ainda mais o trânsito em julgado para efeito de cominação da multa. Esta, então, somente poderá ser cominada após o trânsito em julgado do acórdão que apreciar o recurso, caso mantenha a decisão da primeira instância. Durante este extenso lapso temporal (propositura da ação ao trânsito em julgado da sentença ou acórdão), poderá ocorrer, e é muito provável que ocorra, a temida repetição do ilícito, sem que se possa valer de qualquer meio coercitivo para evitá-la. Ou, no dizer de Marinoni, conferir-se-á àquele que pratica o ilícito um lapso temporal de “Ílcito exercício do ilícito”.⁵³ Nem mesmo o socorro da tutela antecipada, fundada no artigo 273 do Código de Processo Civil, teria o autor, haja vista que o próprio artigo 287 veda a imposição da multa antes do trânsito em julgado da sentença; não se poderia, assim, antecipar um efeito que o próprio instituto posterga ao trânsito em julgado da sentença.

Sendo possível a imposição da multa somente após o trânsito em julgado da sentença, fica claro que sua cobrança, no caso de descumprimento da sentença, sujeita-se a um posterior processo de execução, o que dilata ainda mais o lapso temporal em que não haverá possibilidade de imposição de qualquer forma de coerção para se prevenir o ilícito. Nestes termos, leciona Barbosa Moreira:

⁵³ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 69.

“Da cominação, imposta ou confirmada, teve ciência o vencido ao ser citado. Se ele cumpre a condenação, satisfeito está o credor, e encerra-se o processo de execução. Se a descumpre, fica sujeito à cobrança da multa, que se fará, como é intuitivo, pelo procedimento da execução por quantia certa”.⁵⁴

Devido à completa ineficácia da ação cominatória, e ante a necessidade da tutela preventiva, passou-se a utilizar a cautelar inominada para a consecução da tutela preventiva, o que, como visto (item 3.5), gerou uma inútil duplicação procedimental, além de não ter alcançado os efeitos práticos desejados.

Com a reforma do Código de Processo Civil, levada a efeito pela Lei 8.950/94, nitidamente tendo por finalidade básica proporcionar real efetividade ao processo, foi dada nova redação ao artigo 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”. Seguem-lhe cinco parágrafos, nos quais se trata da conversão da obrigação em perdas e danos, caso assim deseje o autor ou se torne impossível a concessão da tutela específica, ou a obtenção do resultado prático correspondente, da imposição de multa para cumprimento do preceito, da antecipação da tutela e das medidas necessárias concedidas ao juiz para que torne efetiva a prestação da tutela solicitada.

A inibitória, como tutela que visa coibir a prática, repetição ou continuação do ilícito, relaciona-se intrinsecamente com as obrigações de fazer e não fazer, pois é através de uma conduta, positiva ou negativa, que se dá ensejo à verificação do ilícito.

O artigo 461 do Código de Processo Civil, assim, traz em seu bojo todos os meios necessários a que se proporcione a tutela inibitória: possibilidade de cominação de multa, de antecipação de tutela, etc.

O referido artigo, segundo interpretação dominante da doutrina, não necessita, ainda, da propositura de uma posterior execução. Assim, afirma Ovídio Baptista da Silva:

⁵⁴ Barbosa Moreira, José Carlos *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 71, nota 121.

“Convém destacar que o preceito do art. 461, concebido com sábia flexibilidade, poderá agasalhar tanto demandas executivas, quanto – o que é ainda mais significativo, em termos de Teoria Geral do Processo - as mandamentais que porventura decorram das pretensões fundadas em obrigações de fazer ou não fazer”.⁵⁵

Marinoni, por sua vez, é enfático ao afirmar:

“A própria dicção da norma do art. 461, no sentido de que ‘o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento’, indica que o objetivo do legislador foi criar uma ação onde o conhecimento e a execução se misturam, viabilizando a tutela do direito na ação inicialmente aforada, sem a necessidade de uma ação de execução”.⁵⁶

Parece que a própria inclusão do artigo em análise no livro I do Código, que trata do processo de conhecimento, em seu capítulo VIII, referente à sentença e coisa julgada, na seção I, que concerne aos requisitos e efeitos da sentença, corrobora este entendimento. Parece claro que o legislador teve a intenção, agindo assim, de retirar quaisquer dúvidas acerca da desnecessidade de propositura de uma ação de execução, instituindo, por seu turno, uma verdadeira ação mandamental. Assim, a cominação de multa constitui efeito da sentença do processo de conhecimento, que será verificado caso se descumpra a ordem de fazer ou não fazer emitida na sentença. Atente-se que se aludiu à ordem, e não à condenação.

O fato do referido artigo tratar, textualmente, das obrigações de fazer e não fazer, não significa que ficaram excluídos de seu âmbito os deveres. Álvaro Villaça Azevedo fornece os sentidos do termo obrigação:

“A palavra obrigação apresenta-se com um sentido amplo e com um restrito...”

Assim, no sentido amplo, obrigação equivale a qualquer tipo de dever, seja moral, social, religioso, dentre outros, incluindo o dever jurídico.

No sentido estrito, o significado desta palavra cinge ao âmbito do Direito, correspondendo à idéia esboçada no conceito de obrigação, atrás referido, segundo o qual, de um lado, o credor aparece a exigir do

⁵⁵ Silva, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998, v. 1, pág. 126.

⁵⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 72/73.

devedor, do outro lado da relação jurídica, a prestação consistente num dar, fazer ou não fazer alguma coisa".⁵⁷

Orlando Gomes também afirma que no sentido amplo obrigação é sinônimo de dever.⁵⁸

A expressão obrigações, constante do texto do artigo 461 do Código de Processo Civil, deve ser interpretada em seu sentido lato, incluindo-se nela os deveres. Tal interpretação decorre dos próprios fins visados pela reforma de 1.994. Esta reforma, como é sabido, teve cunho nítido de proporcionar efetividade à tutela das situações materiais. Assim, não se pode deixar de incluir neste artigo situações que necessitam efetivamente da inibitória, mas que não geram obrigações em sentido estrito, como, por exemplo, os direitos da personalidade. Interpretar-se o artigo com base puramente em tecnicismos jurídicos seria o mesmo que desvirtuar os fins maiores buscados pelo texto legal.

Também de uma interpretação conforme a Constituição decorre o alegado. Sabe-se que tal interpretação é feita em dois sentidos: havendo duas interpretações possíveis, deve ser preferida aquela que mantenha maior compatibilidade com a Constituição; a interpretação deve dar-se de modo a extrair da norma a máxima concretização dos direitos fundamentais envolvidos em sua aplicação.⁵⁹ Vê-se que nestes dois vetores se justifica a interpretação proposta. Garantindo a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, o direito à efetividade da tutela, e por conseqüência, da efetividade da tutela preventiva, percebe-se que não retirar do âmbito do artigo 461 do Código de Processo Civil situações que não constituem obrigações *stricto sensu*, e que, por sua natureza extra patrimonial, não podem prescindir de adequada tutela preventiva, é absolutamente contrário ao texto da Carta Magna. Ademais, a interpretação proposta garante, por certo, a máxima aplicação do direito fundamental previsto no artigo constitucional citado.

Conclui-se, pois, que o artigo 461 do Código de Processo Civil constitui aporte suficiente à concessão da tutela inibitória genérica individual, não sendo lícito ao operador do direito, que deve estar voltado sempre ao princípio da

⁵⁷ Azevedo, Álvaro Villaça. Teoria Geral das Obrigações. 5ª ed. São Paulo: RT, 1997, pág. 32.

⁵⁸ Gomes, Orlando. Op. cit., 2000, pág. 11.

⁵⁹ Cf. Guerra, Marcelo. Inovações na Execução Direta das Obrigações de Fazer e Não Fazer. Processo de Execução e Assuntos Afins. São Paulo: RT, 1998, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, pág. 315.

efetividade da tutela previsto constitucionalmente, dar-lhe interpretação restrita, deixando ao completo desamparo situações unidas à categoria de direitos fundamentais, que não podem prescindir de uma adequada tutela preventiva para que se possam garantir e realizar plenamente.

4.2- Classificações

A tutela inibitória em geral, em qualquer de suas três modalidades, quais sejam, a pura, que visa impedir a prática do ilícito, e as que visam inibir a continuação ou repetição daquele, classifica-se, num primeiro momento, quanto à espécie de interesse jurídico que visa proteger, em inibitória individual, que é aquela voltada à proteção de interesses individuais, reservada ao âmbito jurídico de pessoa determinada, que encontra seus meios instrumentais de atuação no artigo 461 do Código de Processo Civil, e que constitui tema central da presente monografia; e inibitória coletiva, que tem por fim inibir os atos atentatórios a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cujos meios instrumentais estão elencados no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, de redação praticamente idêntica à do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Todas as demais classificações, bem como outros institutos de que se tratará na presente monografia, como, por exemplo, os limites da inibitória, as formas de sua execução, a natureza da sentença que a proporciona, além das considerações tecidas na parte antecedente, são aplicáveis tanto à tutela inibitória individual quanto à coletiva. Nem poderia ser de outra forma. A inibitória, tendo-se em vista os resultados que se propõe a alcançar em sede material, é uma só. A natureza jurídica da inibitória é uma só: tutela específica e preventiva. Sua aplicação, assim, em relação às diversas modalidades de direitos que necessitem de sua atuação, não tem o condão de desnaturar, ou trazer significativas mudanças a seus institutos básicos.

Quanto ao momento em que é proporcionada, ou à espécie de cognição que lhe é aplicada, pode-se distinguir a inibitória antecipada, concedida através de uma decisão interlocutória e fundada em cognição sumária, tendo, portanto, sempre caráter provisório, que será tratada mais amplamente na parte

subseqüente da presente monografia, da inibitória final, proporcionada em sentença, fundada em cognição plena ou exauriente, e de caráter definitivo, ou seja, capaz de produzir coisa julgada material.

Por fim, tem-se ainda a inibitória positiva e a negativa, a primeira consistindo numa ordem de fazer, e a segunda, numa ordem de não fazer. Aplica-se a primeira, portanto, nos casos em que o ilícito é gerado por omissão, por uma conduta negativa, e a segunda, nos casos em que é gerado por atos comissivos, por uma conduta positiva. Esta classificação se justifica, haja vista que se pode verificar a ocorrência de ilícitos tanto pela prática de atos comissivos, quanto por omissões daquele que tinha o dever de agir, não havendo razão para que se relacione a inibitória apenas a ordens de não fazer, como ocorre na Itália. Neste ponto, afirma Marinoni:

“A partir do momento em que se compreende que a tutela visa a inibir o ilícito (ainda que sempre mediante a imposição de um comportamento), e não apenas o fazer, não há razão para não se admitir uma tutela inibitória com conteúdo positivo. O ilícito, conforme o tipo de obrigação violada, pode ser comissivo ou omissivo; isto significa, em princípio, que na hipótese de ilícito omissivo exige-se uma inibitória positiva, e que no caso de ilícito comissivo é necessária uma inibitória negativa”.⁶⁰

Basta pensar, para justificar o aludido, nos casos em que se pleiteia a inibitória para que sejam retirados cartazes que ferem o direito de imagem de determinada pessoa, ou, no âmbito coletivo, para que a empresa instale filtros a fim de cessar atividade poluidora ou informe nos rótulos de produtos nocivos à saúde as conseqüências que os mesmos acarretam. Em todas estas situações, para que cesse o ilícito, é necessário que o réu tome atitudes positivas. Restringir a utilização inibitória a ordens de cunho negativo seria deixar tais situações sem a devida proteção jurisdicional.

Note-se, ainda, que, como aduz Marinoni, uma obrigação que a princípio seria de não fazer, em sede de inibitória pode ser convertida numa obrigação positiva, aludindo, exemplificativamente, à conversão da obrigação de não poluir em obrigação de instalação de filtro.⁶¹

⁶⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 101.

⁶¹ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 101.

De resto, o próprio texto do artigo 461 do Código de Processo Civil, como também o do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, ao se referirem a obrigações de fazer e não fazer, admitem expressamente a utilização da inibitória positiva, além da negativa.

4.3 – Tutela Inibitória e reintegratória.

Dentre as tutelas específicas, voltadas ao ilícito, em contraposição à ressarcitória, voltada ao dano, pode-se elencar a tutela reintegratória, ou de remoção do ilícito.

Tutela reintegratória é aquela que tem por finalidade remover o ilícito, ou, no dizer de Marinoni: “A tutela reintegratória objetiva apenas eliminar a situação de ilicitude, restabelecendo a situação que era anterior ao ato contrário ao direito ou estabelecendo a situação que deveria estar vigorando, caso a norma tivesse sido observada”.⁶²

Fundamenta-se, como a inibitória, no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, contido no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna. Os meios processuais capazes de propiciar sua utilização, por sua vez, estão elencados no parágrafo 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, que dispõe: “Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

Sendo uma tutela voltada ao ilícito, não cabe quando este já houver se exaurido, visto que sua finalidade precípua é removê-lo. Também não perfazem pressupostos seus a culpa, o dolo e o dano, valendo aqui as mesmas considerações feitas anteriormente a respeito dos pressupostos da inibitória (item 3.2).

Nos casos de ilícito de eficácia continuada, pode se instalar uma certa confusão entre as duas tutelas (inibitória e reintegratória), pois ambas seriam

⁶² Idem. Op. cit., 2000a, pág. 135.

plenamente aptas a fazê-lo cessar. O que as distingue, todavia, é a natureza do provimento que cada qual visa gerar, embora o efeito prático que decorre seja, a princípio, o mesmo – a cessação do ilícito.

Assim, a tutela inibitória culmina numa ordem para que o réu, mediante atividade sua, cesse o ilícito, tendo, por isso, natureza mandamental. Já a reintegratória, por sua vez, visa eliminar o ilícito sem qualquer atividade do réu, independentemente de sua vontade, constituindo-se numa tutela executiva. Neste patamar, conclui Marinoni, após elencar diversas situações de tutela reintegratória:

“Em todos esses casos, a tutela não é inibitória (mandamental), mas de remoção do ilícito (executiva). A tutela de remoção do ilícito diferencia-se da inibitória por remover ou eliminar o ilícito; a tutela inibitória, no caso de ilícito continuado, não remove ou elimina o ilícito, mas apenas visa a convencer o réu a cessar de praticá-lo”.⁶³

Tome-se como exemplo o caso de construção de obra em local proibido. Caso se almeje a decretação de sua destruição, tem-se tutela reintegratória, e não inibitória.⁶⁴

O mesmo ocorre no caso de existência de cartazes ofensivos à honra de determinada pessoa. Caso se requeira a emanção de ordem para que o réu os retire, cominando-se multa para o caso de descumprimento, tem-se a inibitória. No entanto, caso seja pleiteada a busca e apreensão dos mesmos, tem-se a reintegratória. De ver-se que a primeira tem cunho eminentemente mandamental, visando constranger a vontade do réu para que ele cesse o ilícito, enquanto a segunda se auto-executa, sendo o ilícito removido, ou eliminado, por ato do próprio juízo. O resultado prático alcançado nos dois casos, porém, é idêntico. A diferença está na forma como atuam na esfera jurídica do réu. Nestes termos, afirma Marinoni:

“Se é inegável que há aí uma zona de penumbra, nada impede que as tutelas sejam diferenciadas em virtude dos meios de execução que lhes dão efetividade e dos diferentes impactos que produzem sobre a esfera jurídica do réu: uma, pressionando o réu sob pena de multa, visa

⁶³ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 117.

⁶⁴ O exemplo é de Marinoni, Luiz Guilherme. Ibidem, mesma página.

convencê-lo a não prosseguir com o ilícito; a outra remove o ilícito ou elimina a situação de ilicitude independentemente da vontade do demandado”.⁶⁵

4.4- Limites e fungibilidade da tutela inibitória.

O artigo 461 do Código de Processo Civil, ao dispor que o juiz concederá a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, confere ao magistrado um extenso leque de medidas a fim de que se alcance a efetiva e adequada tutela dos direitos de que trata.

Tais medidas, no entanto, não ficam ao livre alvedrio do magistrado, não são incondicionadas, como também não ficam vinculadas ao pedido do autor, pois sempre perfazem constrição à esfera jurídica do réu, motivo pelo qual devem circunscrever-se às reais necessidades do caso concreto.

A disposição do artigo 620 do Código de Processo Civil, de que a execução que puder ser promovida por vários meios deverá ser feita do modo menos gravoso à esfera jurídica do devedor, insculpindo no sistema processual brasileiro o princípio da necessidade, que redundando nos princípios do meio mais idôneo e da menor restrição possível, assume, por isso, natureza de princípio norteador de todas as hipóteses em que, por diversos meios, se deva interferir na esfera jurídica do demandado, a fim de se assegurar a tutela jurídica. Karl Larenz se refere ao aludido princípio como “princípio com forma de proposição jurídica”, *in verbis*:

“Entre os princípios com forma de proposição jurídica podem contar-se também os princípios do ‘meio mais idôneo’ e da ‘restrição menos possível’ que, como vimos, servem muitas vezes aos tribunais de pauta de ‘ponderação de bens’. São ‘em forma de proposição jurídica’, enquanto exista um ‘meio mais idôneo’, apenas uma ‘restrição menor possível’ – a que protege suficientemente o bem preferido – do bem postergado, não se requerendo, portanto, uma ulterior concretização da pauta”.⁶⁶

⁶⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 137.

⁶⁶ Larenz; Karl *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 114, nota 236.

Desta forma, tal princípio tem inteira aplicação no âmbito da inibitória. Em face disto, aduz Marinoni:

“O princípio da necessidade, formulado pela doutrina alemã, e que se desdobra nos princípios do meio mais idôneo e da menor restrição possível, parece ser adequado para a solução do problema dos limites da tutela inibitória. O princípio da necessidade tem uma íntima relação com a idéia de proibição de excesso, que traduz as idéias de ‘equilíbrio’ e de ‘justa medida’”.⁶⁷

De ver-se, portanto, que, proibindo-se o excesso na concessão da medida, assegura-se o equilíbrio e a justa medida que a atuação da tutela deve observar. Não se pode, desta forma, ultrapassar o limite necessário para que se preserve a incolumidade do direito, sob pena de ferir-se a esfera jurídica do réu de maneira desmedida. A concessão da inibitória no justo limite necessário à constrição do ilícito garante o equilíbrio entre as esferas jurídicas das partes conflitantes. Praticar-se o excesso, por sua vez, seria ferir abusivamente a esfera jurídica do réu em detrimento da necessidade de tutela do direito do autor. Reporta-se, mais uma vez, à lição de Marinoni:

“No direito brasileiro, ainda que se possa demonstrar a probabilidade de um futuro ilícito, não é possível se requerer uma tutela inibitória que, muito embora destinada a evitar o ilícito, acabe causando um dano excessivo ao réu. A tutela deve ser solicitada dentro dos limites adequados a cada situação concreta, evitando-se a imposição de um não fazer ou de um fazer que possa provocar na esfera jurídica do réu uma interferência que se revele excessiva em face da necessidade concreta de tutela. Ou seja, a inibitória deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do ilícito”.⁶⁸

Portanto, verificando o juiz que no caso concreto uma medida menos restritiva à esfera jurídica do réu é capaz de proporcionar a tutela adequada e efetiva do direito do autor, deve optar por esta solução, ainda que tenha sido outra a medida pleiteada. É o caso, por exemplo, de atividades industriais que estejam perturbando o sossego, ou mesmo produzindo danos materiais ao imóvel vizinho. Pleiteada a cessação das atividades, a fim de se inibir a continuidade do ilícito, e

⁶⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 94.

⁶⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 113.

verificado, no caso concreto, que a instalação de produtos, tais qual um filtro, é capaz de pôr termo ao ilícito, deve ser emitida a ordem neste sentido, que representa menor limitação à esfera jurídica do réu.

Pelo exemplo dado, verifica-se a fungibilidade entre as várias medidas que podem ser tomadas no âmbito da inibitória.

A prescrição do artigo 461 do Código de Processo Civil constitui, desta feita, exceção ao princípio de que a sentença deve ficar adstrita aos termos do pedido. Neste sentido, alude Kazuo Watanabe:

“não há que se falar, diante desse poder concedido ao juiz, em ofensa ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença, uma vez que é o próprio legislador federal, competente para legislar em matéria processual, que está excepcionando o princípio”.⁶⁹

A própria finalidade da reforma que lhe deu a presente dicção aponta neste sentido. Assim, vê-se que a lei, visando proporcionar efetividade à tutela dos direitos, permite que o juiz, de ofício, tome as medidas necessárias ou fixe a multa, conceda a tutela específica ou o resultado prático equivalente ao adimplemento. Neste sentido, proclamou Kazuo Watanabe, em palestra que tratou da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer:

“Enfim, há vários meios que o juiz pode adotar, conforme o sistema jurídico, e um dos mais importantes é o da sub-rogação de uma obrigação de um tipo em outro tipo. Cuidando-se de obrigação de não poluir, por exemplo, o juiz pode transformar essa obrigação de não fazer em uma obrigação de fazer, obrigação de colocar filtro, por exemplo. Estamos aí, diante de meio sub-rogatório diverso do meio sub-rogatório ordinário previsto no Código de Processo Civil, que é o da sub-rogação em perdas e danos. Se essa nova obrigação sub-rogada não for cumprida, o juiz poderá transformá-la novamente em obrigação de não fazer. Desta feita, em obrigação de cessar a atividade, por exemplo. E a cessação da atividade, o próprio juiz cuidará de tornar efetiva através da adoção de meios adequados e eficazes, inclusive com o uso da força policial. Há, aí, conjugação de provimento mandamental com o provimento executivo ‘lato sensu’. Acho essa visão extremamente importante para a efetividade da tutela”.⁷⁰

⁶⁹ Watanabe, Kazuo *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 121.

⁷⁰ Watanabe, Kazuo. Tutela Antecipada e Específica e Obrigações de Fazer e Não Fazer. <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/cpc/doutrina4.htm>>

Marinoni, por sua vez, elenca os fundamentos justificativos da fungibilidade da inibitória, *in verbis*:

“São vários os fundamentos que podem ser alinhados para admitir tal proceder: i) a possibilidade de o juiz, de ofício, fixar a multa ou determinar as ‘medidas necessárias’; ii) o fato de os arts. 461 e 84 terem admitido ao juiz, em desatenção ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença, conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento; iii) a idéia, que decorre do princípio constitucional da efetividade, e que preside os arts. 461 e 84, no sentido de que cabe ao juiz buscar a tutela efetiva das obrigações, principalmente quando em jogo direitos não patrimoniais, afastando-se, de todas as formas, da inefetiva – e porque não se dizer injurídica – tutela ressarcitória.⁷¹

Esta fungibilidade não se cinge, tão somente, à possibilidade de o juiz subrogar uma obrigação em outra (pedido mediato), mas também tem aplicação no que concerne ao pedido imediato, ou seja, à natureza do provimento jurisdicional solicitado. Incumbe ao magistrado, desta forma, ao apreciar o caso concreto, conceder a tutela que se apresente mais eficaz para eliminar a ameaça ao direito, levando em conta, sempre, a necessidade concreta de tutela. Assim, pode conceder, por exemplo, a tutela reintegratória, de cunho executivo, em lugar da inibitória pleiteada, de cunho mandamental, e vice-versa, conforme verifica a maior aptidão de cada qual a afastar a ameaça ao direito, em confronto com o princípio da necessidade. Assim aduz Marinoni:

“Se os arts. 461 e 84 devem ser lidos à luz do princípio da efetividade, e se os direitos (principalmente os não patrimoniais) não podem ser transformados em pecúnia, é exato concluir que esses artigos, ao afirmarem que o juiz pode conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento e, de ofício, fixar a multa ou determinar as chamadas ‘medidas necessárias’, consagram não só a possibilidade do deferimento da tutela de remoção do ilícito (executiva) no lugar da tutela inibitória (mandamental) e vice-versa, mas também a autorização para a conversão de uma obrigação em outra em nome da efetividade da tutela dos direitos”.⁷²

O mesmo ocorre caso o autor peça, tão somente, a tutela declaratória, deixando de requerer a emissão de ordem com a cominação de multa, ou, nos termos postos por Marinoni:

⁷¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 129.

⁷² Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 129.

“No caso em que o juiz fixa a multa de ofício, ou a tutela requerida não é adequada para convencer o réu a fazer ou a não fazer – e, portanto, consistiria em mera recomendação -, ou foi postulada uma tutela executiva. Isto significa, portanto, que o juiz pode conceder a tutela mandamental no lugar da tutela que não pode ser classificada como mandamental ou inibitória (mas sim como declaratória) e, ainda, trocar a tutela executiva pela tutela mandamental”.⁷³

Um exemplo concreto da fungibilidade da inibitória encontra-se no julgamento dos autos nº 03898041752 – 7, da segunda vara cível da comarca de Joinville, SC.⁷⁴ Trata-se de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c.c indenização por perdas e danos movida por Bierville Distribuidora de Bebidas Ltda. em face da Companhia Cervejaria Brahma. Posteriormente à propositura da ação, pleiteou a autora a concessão de tutela antecipada, com fulcro no artigo 273, I, do Código de Processo Civil, ante sua qualidade contratual de distribuidora exclusiva do produto da ré na região constante do contrato, e a verossímil nulidade de cláusulas contratuais⁷⁵, além do perigo de dano iminente, a fim de que a ré se abstinhasse da prática de atos comerciais definidos no contrato, naquela região. O magistrado concedeu a antecipação com fulcro no artigo 461 do Código de Processo Civil, cominando multa à ré para o caso de descumprimento da ordem, constando da fundamentação:

“Por outro lado, apesar de o requerimento de tutela de urgência ter sido fundamentado equivocadamente com base no art. 273, I, do CPC que regula a denominada tutela antecipatória genérica, os seus requisitos fundamentais ancorados na verossimilhança e perigo de dano são os mesmos definidos e encontrados no art. 461. A distinção principal entre os dois regimes de antecipação de tutela reside apenas nas técnicas de efetividade da medida no plano fatural, em consonância com as diferenciações das relações jurídicas no plano do direito material”.⁷⁶

Prossegue ainda, o ilustre magistrado, para, a final, concluir:

⁷³ Idem, ibidem, pág. 120.

⁷⁴ Genesis- Revista de Direito Processual Civil, ano V, v. 15, jan. - mar. 2.000, págs. 185/190.

⁷⁵ Como, por exemplo, a cláusula 7^a, parágrafo 4^o, que dispunha: “a Brahma, considerando os seus interesses comerciais de perfeito atendimento do seu mercado consumidor, poderá a seu livre arbítrio, efetuar vendas diretamente a estabelecimentos mercantis de gênero alimentícios que operam no sistema de auto-serviço, tais como supermercados, localizados no território contratual, sem que a Distribuidora possa reivindicar qualquer direito”; Op. cit., pág. 189.

⁷⁶ Op. cit., pág. 186.

“Portanto, o objeto imediato da tutela antecipatória perseguida pela Autora outra coisa não é senão a tutela inibitória fundada em obrigação de não fazer, definida no art. 461 do CPC.

Por esses motivos, recebo o pedido de antecipação de tutela formulado pela Postulante às fls. 46/50 com a especificidade definida para as obrigações de não fazer, de natureza inibitória (art. 461, CPC), e não com base no regime da proteção emergencial genérico do art. 273 do mesmo Diploma Legal”.⁷⁷

Não obstante algumas imprecisões técnicas que podem ser observadas na r. decisão, como a alusão do magistrado ao perigo de dano como requisito fundamental para a antecipação da tutela inibitória, com fulcro no artigo 461 do Código de Processo Civil, quando já foi afirmado alhures que o dano não constitui pressuposto para a concessão da inibitória, e assim, conseqüentemente, também não o perfaz no caso de pedido de antecipação dos seus efeitos⁷⁸, denota-se claramente em seu bojo a admissibilidade da aplicação da fungibilidade para que se possa conceder efetiva tutela aos direitos.

Vê-se, assim, que apesar de não ter sido postulada a emissão de ordem para que a ré se abstivesse dos atos comerciais que praticava na região constante do contrato, sob pena de incidir em multa, o juiz a concedera, entendendo ser tal provimento mais adequado e eficaz no caso concreto.

De todo o exposto, conclui-se que, tanto em relação ao pedido imediato (tutela jurisdicional solicitada), quanto ao mediato (bem da vida, que no caso da inibitória se perfaz no fazer ou não fazer), comporta a inibitória o caráter de fungibilidade, podendo o magistrado não só converter o fazer em não fazer, como também conceder provimentos distintos daqueles pleiteados, sempre levando em conta os limites da tutela, referentes à menor onerosidade imposta ao réu, e as necessidades concretas de tutela.

A sentença que conceder tutela diversa da pleiteada fica, por óbvio, sujeita à possibilidade de interposição de apelação, a fim de que seja obtida sua reforma, nos casos em que a aplicação da fungibilidade mostrar-se desnecessária. Deve-se atentar, ainda, que a aplicação da fungibilidade pelo juiz não constitui ato

⁷⁷ Op. cit., pág. 187.

⁷⁸ Sobre a antecipação da tutela inibitória se discorrerá, com maior profundidade, no capítulo seguinte.

discricionário, devendo ser fundamentada, de acordo com os critérios acima expostos. Havendo abuso no exercício deste poder, cometido por dolo ou fraude, responderá o magistrado, nos termos do artigo 133, I, do Código de Processo Civil, pelas perdas e danos que ocasionar. Ocorre que no mais das vezes existe enorme dificuldade para a parte comprovar a ocorrência do dolo ou fraude, motivo pelo qual o referido artigo apresenta-se, na prática, como letra morta. Além do mais, pode o juiz, sem agir com dolo ou fraude, incidir em erro grosseiro que ocasione danos à parte. Nesta hipótese, deve-se pensar na possibilidade de que o magistrado responda civilmente por seu malfadado ato, nos casos em que o erro, cometido culposamente, revele-se inescusável ante as circunstâncias do caso concreto, auferidas pelos elementos constantes nos autos.

Fica sujeito, ainda, o magistrado que agir abusivamente, às sanções disciplinares, elencadas no artigo 42 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/1979).

4.5- Hipóteses de tutela inibitória no direito brasileiro.

4.5.1 – Tutelas inibitórias típicas.

4.5.1.1 – Interdito proibitório.

A primeira hipótese de tutela inibitória típica que se encontra no ordenamento jurídico brasileiro é o interdito proibitório. Com efeito, dispõe o artigo 932 do Código de Processo Civil: “O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”.

O caráter preventivo do interdito proibitório, por sua vez, é amplamente reconhecido doutrinariamente. Neste sentido, a lição de Orlando Gomes:

“O interdito proibitório é ação possessória, de caráter preventivo, para impedir que se efetive turbação ou esbulho. O possuidor ameaçado de sofrê-los previne o atentado, obtendo mandado judicial para segurar-se da violência iminente. Para impetrar o interdito proibitório, basta que o possuidor receie ser molestado em sua posse. A pretensão dirige-se contra quem tenta a turbação ou o esbulho. A ação preventiva do possuidor tem cabimento tanto quando há ameaça de turbação como de esbulho. O mandado proibitório deve cominar pena pecuniária para o caso de transgressão”.⁷⁹

No mesmo patamar, discorre Sílvio de Salvo Venosa: “Sua particularidade é o caráter preventivo. Busca-se evitar a ofensa à posse. Tem por finalidade afastar, com a proibição emanada do comando judicial, a ameaça de turbação ou esbulho”.⁸⁰

Ao se referir a legislação ao justo receio de ter o possuidor molestada sua posse, não exige, como pressuposto para a concessão da medida, a comprovação de dolo, culpa ou dano, bastando que se demonstre a ameaça de que se sofra turbação ou esbulho, ou seja, a probabilidade da ocorrência do ilícito. Neste sentido, Orlando Gomes, *verbis*:

“Não é pacífica a exigência do *animus turbandi*. Parece desnecessária. Se o possuidor está ameaçado de ser molestado em sua posse, indiferente será que o autor da turbação tenha, ou não, a intenção de praticar o ato turbativo. Basta que seja fundado o receio”.⁸¹

Assim também, a lição de Pontes de Miranda: “O interdito proibitório tem por fito afastar, com a proibição, a ameaça de turbação ou de esbulho. Alega-se e prova-se o receio”.⁸²

Por fim, denota-se que a natureza da sentença que o interdito proibitório comporta é mandamental, consistindo na emanação de ordem para que o réu não

⁷⁹ Gomes, Orlando. *Direitos Reais*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 94.

⁸⁰ Venosa, Sílvio de Salvo. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 1995, pág. 102.

⁸¹ Gomes, Orlando. *Op. Cit.*, 1999, pág. 94.

⁸² Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1999, tomo 6, pág. 177.

pratique a temida turbação ou esbulho, sob pena de incidir na multa cominada para o caso de descumprimento do preceito. Marinoni, enfaticamente, afirma a respeito:

“A sentença do interdito proibitório não tem natureza condenatória, até porque não teria qualquer cabimento supor que esta sentença caracteriza-se por abrir caminho para a ação de execução; esta sentença não condena, mas ordena”.⁸³

Percebe-se, desta forma, que o instituto em análise possui natureza de tutela inibitória, constituindo-se de todos os pressupostos e elementos desta: subsume-se numa ação que visa obrigação de não fazer, fundada na probabilidade da ocorrência de ilícito que prejudique a posse, culminando na emanção de um preceito tendente a convencer o réu a que se abstenha da prática do ato (turbação ou esbulho), sob pena de incidir na cominação da multa.

4.5.1.2 – Nunciação de obra nova.

Segundo dispõe o artigo 934 do Código de Processo Civil, incumbe a ação de nunciação de obra nova ao proprietário ou possuidor, para que impeça que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, servidões ou fins a que se destina; ao condômino, para impedir que o co-proprietário pratique obra que redunde em alteração ou prejuízo à coisa comum e ao Município, a fim de impedir a construção por particular feita em contravenção à lei, regulamento ou postura.

Por sua vez, o artigo 936 do Código de Processo Civil estipula que o nunciante requererá a suspensão da obra, para que a final se mande reconstruir, modificar ou demolir; a cominação de pena para o caso de descumprimento do preceito e a condenação em perdas e danos.

⁸³ Marinoni, Luiz Guilherme. Op cit., 2000b, pág. 241.

Venosa afirma o caráter preventivo da ação de nunciação de obra nova, nos seguintes termos: “A nunciação é também uma ação preventiva, ante ameaça de ofensa à posse”.⁸⁴

Quando a obra já se tenha iniciado, mas ainda não tenha causado prejuízo ao nunciante, ou apenas tenham-se iniciado os atos preparatórios para sua construção, a simples paralisação da obra, por meio de ordem judicial, seguida da cominação de multa para o caso de seu descumprimento, já constitui provimento satisfativo ao autor. Decorre, desta forma, o caráter inibitório do instituto em apreço. Neste sentido, a lição de Adroaldo Furtado Fabrício:

“O nunciado, por exemplo, iniciou a construção da barragem que, concluída, elevaria as águas a ponto de inundar o terreno vizinho, mas foi detida pelo embargo ainda nos alicerces. O que se chegou a fazer nenhum detrimento traz ao nunciante: a função preventiva da ação de embargo bastou plenamente à proteção do seu interesse, não havendo o que indenizar, nem por que demolir o construído”.⁸⁵

4.5.1.3 – Uso nocivo da propriedade.

A respeito do uso nocivo da propriedade, dispõe o artigo 554 do Estatuto Civil Pátrio: “o proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam”.

O conceito de uso nocivo da propriedade é extremamente dificultoso de se delimitar. Orlando Gomes, a respeito, afirma que o constituem tanto os atos abusivos, compreendidos como aqueles praticados pelo proprietário no exercício culposo de seu direito, dos quais decorrem prejuízos ao vizinho, quanto os atos excessivos, que são aqueles que, realizados com legítima finalidade, causem dano anormal.⁸⁶

Sílvio de Salvo Venosa, por sua vez, propugna que o mau uso ou uso nocivo da propriedade deve ser verificado no caso concreto, *in verbis*:

⁸⁴ Op. cit., pág. 107.

⁸⁵ Fabrício, Adroaldo Furtado *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. Op. Cit., 2000b, pág. 242, nota 92.

⁸⁶ Gomes, Orlando. Op. cit., 1999, pág. 196.

“Nesse sentido, apenas o caso concreto por vezes será idôneo para concluir pelo mau uso ou uso nocivo da coisa imóvel. Odores insuportáveis, gases perigosos, ruídos excessivos, comportamentos que atentem contra a moral e bons costumes, manutenção de animais em local impróprio ou inadequado, construções perigosas ou perniciosas à vizinhança e à coletividade, atividades inconvenientes ou insalubres na região; poluição de águas, etc; apenas a riqueza da casuística e o bom senso do juiz podem concluir. Eis a preocupação dos direitos de vizinhança, distinguir os limites do bom e do mau direito de vizinhança, por vezes separados por linha por demais tênue”.⁸⁷

Como se denota pelo texto do artigo 554 do Código Civil, pode o proprietário impedir que o mau uso da propriedade o prejudique, utilizando-se, para tanto, de ação preventiva. Neste sentido, afirma Orlando Gomes:

“Não raro, porém, tais efeitos continuam a produzir-se, caracterizando-se pela continuidade. Então o interesse do proprietário ou do possuidor direto é o de obter a sua cessação, paralisando o ato que os produz. Isso não impede, todavia, que pleiteie indenização dos prejuízos já sofridos. Para conseguir o primeiro objetivo, o interessado dispõe da *ação cominatória*”.⁸⁸

Sobre a possibilidade de utilização da ação cominatória, também aduz Venosa:

“No entanto, tratando-se de situação presente e continuativa de prejuízo à segurança, sossego e saúde do vizinho, a ação é tipicamente de vizinhança, nos termos do artigo 554. O remédio processual será a ação de obrigação de fazer ou não fazer com cominação de multa diária (ação de efeito cominatório), tantas vezes já mencionada nesta obra, resumindo-se em indenização final dos prejuízos, pedido indenizatório esse que pode vir cumulado”.⁸⁹

De ver-se que a ação cominatória a que se referem os mencionados autores era aquela prevista no artigo 275, II, “j”, do Código de Processo Civil, suprimido pela recente reforma. A impossibilidade de obtenção da tutela antecipatória, no entanto, tornava inefetiva a referida tutela. Neste sentido, adverte Marinoni:

⁸⁷ Op. cit., pág. 229.

⁸⁸ Gomes, Orlando. Op. cit., 1999, pág. 197.

⁸⁹ Op. cit., pág. 227.

“O problema, contudo, estava no fato de que não era possível obter-se tutela antecipatória na ação cominatória. A única alternativa do autor, assim – já que a ‘segurança, o sossego e a saúde’ não podem esperar o tempo necessário à definição do processo de conhecimento -, era lançar mão da ação cautelar, que não só gerava uma desnecessária e custosa duplicação de procedimentos como também não permitia uma tutela preventiva sumária adequada, já que a multa não podia ser utilizada para dar efetividade à ‘tutela cautelar’”.⁹⁰

Assim, atualmente, o remédio processual para que o proprietário, a teor do artigo 554 do Código Civil, impeça o uso nocivo da propriedade encontra-se no artigo 461 do Código de Processo Civil, que confere ao titular o instrumental necessário à utilização da tutela inibitória.

4.5.1.4- Mandado de Segurança e Tutela Inibitória: diferenciação.

O mandado de segurança constitui, em uma de suas modalidades, típico remédio jurisdicional preventivo, encontrando-se, na classificação de Pontes de Miranda, como ação mandamental.⁹¹

Com efeito, dispõe o artigo 1º da lei 1.533/51 que será cabível mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo, que não seja amparado por *habeas corpus*, sempre que por ilegalidade ou abuso de poder alguém sofrer, ou tiver justo receio de sofrer violação por parte de autoridade. Da expressão “justo receio” decorre a possibilidade de utilização do chamado mandado de segurança preventivo.

Tendo natureza mandamental, a ação de mandado de segurança culmina numa sentença consistente numa ordem para que seja cessado, ou não praticado, o ato ilegal ou revestido de abuso de poder que esteja causando, ou possa causar, a violação a direito líquido e certo.

É exatamente nestes aspectos que se aproximam as duas formas de tutela: o caráter preventivo que se pode imprimir ao mandado de segurança, e

⁹⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 244.

⁹¹ Cf. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Op. cit., tomo 6, pág. 73: “A prestação jurisdicional, no mandado de segurança é mandamento. O juiz ou tribunal manda; o que ele manda já é conteúdo dessa prestação...”

que é característica essencial da inibitória, bem como a natureza mandamental que reveste o provimento final de ambas.

Algumas distinções, no entanto, podem ser apontadas. Assim, conforme estabelecem os artigos 5º, LXIX, da Constituição Federal, e 1º da lei 1.533/51, o mandado de segurança tem seu âmbito restrito à proteção em face de atos ilegais ou abusivos praticados por autoridade pública. Neste patamar leciona Pontes de Miranda:

“A autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público há de ser responsável pelo ato, positivo ou negativo, que ofendeu, ou da ameaça de ato, positivo ou negativo, que possa ofender o direito certo e líquido. Outrem que a autoridade pública pode ser o que pratica o ato, ou ameaça, mas é preciso que o faça em lugar dela, isto é, com a responsabilidade dela”.⁹²

Pode-se estabelecer uma crítica em relação a esta restrição do âmbito de atuação do mandado de segurança. Marinoni, neste sentido, afirma que a idéia de que o aludido remédio jurisdicional constitui tutela do particular contra o Estado encontra apoio numa visão já superada da relação indivíduo-Estado, que era norteadada pelos valores liberais, na qual havia grande preocupação com a ingerência estatal na esfera jurídica dos particulares, visão esta que, atualmente, encontra-se superada pela formulação do Estado de Direito, no qual a preocupação maior é a possibilidade de concreto exercício dos novos direitos e a justa inserção do indivíduo na sociedade.⁹³

Desta forma, a referida tutela fora concebida apenas contra atos do poder público, como se apenas estes fossem capazes de ameaçar ou lesionar direitos. Restou à revelia uma tutela equivalente contra atos de particulares, que surtam aqueles mesmos resultados.

Atualmente esta lacuna pode ser preenchida pela tutela inibitória, cujos elementos básicos de atuação emergem de uma leitura instrumentalista do artigo 461 do Código de Processo Civil, como afirmado anteriormente (item 1 do presente capítulo). Esta tutela não possui, quanto a seu âmbito de atuação, qualquer restrição, podendo ser utilizada, genericamente, no que concerne à

⁹² Op. cit., pág. 74.

⁹³ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 253

prevenção de ilícitos, sejam os mesmos praticados por particulares ou por autoridades públicas. Esta a conclusão de Marcelo José Magalhães Bonício:

“Nessa ordem de idéias, se conjugarmos as disposições contidas no artigo 461 do Código de Processo Civil com as regras atinentes à tutela antecipada, prevista no artigo 273 do mesmo diploma legal, chegamos à conclusão de que existe em nosso ordenamento jurídico atual um instituto análogo ao mandado de segurança, de igual força coercitiva e com a grande vantagem de que pode ser utilizado ‘contra’ atos de particular (ou de atos emanados do poder público, se se preferir esta via), enquanto que o mandado de segurança, como é notório, está restrito aos atos praticados pelo poder público”.⁹⁴

Outra distinção que pode ser apontada entre as duas formas de tutela concerne à cognição de que se valem, em relação aos meios instrutórios que as mesmas admitem. Quanto ao mandado de segurança, verifica-se, pela expressão “direito líquido e certo”, que em sua sede só é admissível o uso de prova documental. Assim, somente haverá cognição exauriente no mandado de segurança se existir prova documental do “direito líquido e certo” lesado ou ameaçado de lesão. Por isso se afirma que a cognição que ocorre em seu âmbito dá-se *secundum eventum probationis*. Neste sentido, afirma Marinoni:

“Quando o direito afirmado no mandado de segurança exige prova diferente da documental, torna-se inviável o exame do mérito. Em outro caso, ou seja, quando não há necessidade de outra prova, julga-se o mérito e a sentença produz coisa julgada material. Isto significa que o mandado de segurança tem o exame do mérito condicionado à presença de prova capaz de fazer surgir a cognição exauriente *secundum eventum probationis*”.⁹⁵

A tutela inibitória, por sua vez, não fica condicionada à demonstração de “direito líquido e certo”. Basta que se demonstre a probabilidade da prática, repetição ou continuação do ilícito. Esta probabilidade, no entanto, não tem sua demonstração restrita à prova documental; admite, outrossim, que se utilize de qualquer meio de prova lícito, para que se comprove a necessidade da tutela. Neste patamar, a lição de Magalhães Bonício:

⁹⁴ Bonício, Marcelo José Magalhães. Considerações sobre a tutela inibitória. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/considerações.htm>> Acesso em 30 jun. 2001.

⁹⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 258.

“Embora partindo de uma análise superficial, parece correto afirmarmos que a conjugação das disposições contidas nos artigos 273 e 461 é menos exigente quanto à demonstração da existência do direito, posto que não exige prova documental propriamente dita, contentando-se com um juízo de probabilidade menos intenso do que aquele exigido para a concessão do mandado de segurança”.⁹⁶

Conclui-se, por todo o exposto, que, não obstante alguns pontos análogos, não se confundem mandado de segurança e tutela inibitória. Esta possui um âmbito de atuação e uma instrução probatória mais amplos que aquele, podendo, inclusive, ser utilizada contra atos estatais, mormente quando não exista prova documental capaz de abalizar o pedido do *mandamus*.

4.5.2- Casos atípicos de tutela inibitória: considerações gerais.

Analisando-se as hipóteses em que a legislação conferiu um procedimento especial típico inibitório, percebe-se que se restringem a apenas dois casos: o interdito proibitório e a nunciação de obra nova. Assim, retirando-se a nunciação para obstar a construção de obra ilegal, denota-se que a tutela preventiva conferida pela lei refere-se, exclusivamente, aos direitos de propriedade e posse, direitos estes que podem ser eficazmente tutelados pelo meio ressarcitório, ainda mais quando se leva em consideração a existência de direitos de conteúdo não patrimonial, carentes de uma tutela efetiva senão pela via preventiva. Esta a lição de Barbosa Moreira, *verbis*:

“Abstraindo-se da nunciação para obstar a construção ilegal (art. 934, n. III), a tutela preventiva, mediante procedimento especial, fica ordenada no Código, de maneira exclusiva, à proteção da posse e da propriedade. Mal se justifica o tratamento privilegiado, se se considerar, de um lado, que a eventual lesão representada pela turbação, pelo esbulho ou pela execução da obra irregular comporta em geral reparação satisfatória sob a forma da restituição ao estado anterior; de outro lado, que o favor dispensado a tais posições jurídicas mais realça, pelo contraste, o desamparo em que jazem outras, de modo particular exatamente algumas para as quais a falta de adequada tutela preventiva não raro

⁹⁶ Bonício, Marcelo José Magalhães. Considerações sobre a tutela inibitória. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/considerações.htm>> Acesso em 30 jun. 2001.

significa, na prática, denegação pura e simples de tutela (direitos não patrimoniais...). Estas tem de submeter-se às delongas do procedimento ordinário, ou na melhor hipótese aos tropeços de um procedimento sumaríssimo que vai acabando por tornar-se, ao menos em certas comarcas, mais demorado que aquele (...)⁹⁷

A Constituição Federal, por seu turno, proclama a inviolabilidade de inúmeros direitos, muitos deles erigidos à categoria de fundamentais ao homem, que não possuem conteúdo patrimonial, como por exemplo, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, etc, motivo pelo qual não podem ser eficazmente tutelados pelo meio ordinário; não podem prescindir, portanto, de uma tutela preventiva adequada para que sejam assegurados em sua plenitude.

É exatamente nestes casos que a tutela inibitória tem sua importância realçada. De resto, a necessidade de se conferir aos novos direitos uma tutela efetiva e adequada é sentida pela doutrina. Neste sentido, apregoa, por exemplo, Watanabe:

“Hoje, os novos direitos, principalmente os difusos e os coletivos, e também os direitos absolutos da personalidade, que são até protegidos constitucionalmente como, por exemplo, o direito à intimidade, exigem uma tutela mais efetiva, seja preventiva ou repressiva, tutela tão efetiva quanto a que damos pra a proteção de certos direitos patrimoniais.”⁹⁸

No mesmo sentido, alude Marinoni:

“Uma Constituição que se baseia na “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), e que garante expressamente o direito de acesso à justiça diante de “ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), exige a estruturação de uma tutela jurisdicional capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais”.⁹⁹

Com a nova redação conferida ao artigo 461 do Código de Processo Civil, da qual emergem meios processuais suficientes para a concessão da tutela inibitória, estes direitos de conteúdo não patrimonial passam a contar com a proteção jurisdicional adequada à magnitude de suas proclamações. Deixam,

⁹⁷ Barbosa Moreira, José Carlos *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 52, nota 72.

⁹⁸ Watanabe, Kazuo. Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/cpc/doutrina4.htm>> Acesso em 30 jun. 2001.

⁹⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 252/253.

pois, de serem tratados num plano processual secundário, para serem garantidos com a devida adequação e efetividade.

Desta forma, a tutela inibitória é inteiramente cabível para o resguardo de direitos personalíssimos, como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, etc, direitos estes que são reiterada e diariamente violados, mormente por meios publicitários e jornalísticos.¹⁰⁰

Em todos estes casos, negar-se a utilização da inibitória redundaria em deixar à mercê de violações direitos fundamentais do homem, revertendo-se um direito cuja apreciação econômica é sempre incerta em pecúnia. Neste aspecto, aduz Marcos Araújo:

“Para proteger sua imagem e sua intimidade, pode o cidadão ir à juízo postular tutela inibitória contra determinado meio de comunicação social (jornal, revista, rádio ou televisão), para impedir que este divulgue notícia íntima a seu respeito, inibindo que o ilícito possa ser praticado, prosseguido ou repetido”.¹⁰¹

Também no que concerne à existência de cláusulas abusivas em relações contratuais, é possível a utilização da inibitória. É o que se denota da decisão da Segunda Vara Cível da Comarca de Joinville, nos autos no. 03898041752-7, já referida anteriormente (item 4.4), cuja ementa se transcreve:

“Direito do consumidor. Contrato de distribuição e revenda de bebidas. Cláusula abusiva, princípio da boa-fé e desequilíbrio contratual. Pedido de tutela antecipatória genérica. Acolhimento da pretensão emergencial como tutela inibitória. Aplicação do art. 461 do CPC. Prevenção interinal do dano fundada em verossimilhança”.¹⁰²

É importante ressaltar, por fim, que não só nas hipóteses acima descritas encontra cabimento a tutela inibitória genérica, fundada no artigo 461 do Código de Processo Civil. Tem ela aplicabilidade em qualquer hipótese em que se configure como a tutela mais adequada para o resguardo do direito, especialmente nos casos em que o direito não tenha cunho patrimonial.

¹⁰⁰ Neste sentido, vide Araújo, Marcos. A tutela inibitória como meio de evitar dano à imagem e à intimidade. Disponível em: <<http://www.juxtalegem.com.br/artigos/atutelainibitoria.html>> Acesso em 30 jun. 2001, o qual traz alguns exemplos de violação por meio de televisão e jornal.

¹⁰¹ Idem, ibidem.

¹⁰² Op. cit., pág. 185.

4.5.3- A tutela inibitória no plano coletivo.

Não obstante seja a proposta da presente monografia verificar os aspectos gerais da tutela inibitória no âmbito individual, faz-se importante demonstrar, ainda que sem o devido aprofundamento científico, que esta espécie de tutela também pode ser utilizada em outras áreas.

É o que se dá no âmbito coletivo. Muitos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos caracterizam-se por não serem passíveis de apreciação econômica, como se dá, por exemplo, com o direito ao meio ambiente saudável, o que torna a via repressiva inepta a lhes proporcionar efetiva tutela.

A primeira norma que confere a possibilidade de utilização da inibitória no âmbito coletivo é o artigo 11, da lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que dispõe: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

De ver-se, no entanto, que a referida norma só admite a inibitória contra a repetição ou continuidade do ilícito, não consagrando a inibitória pura, ou seja, aquela que prescindir da anterior ocorrência do ilícito para que possa ser pleiteada, como se denota pela expressão “cessação da atividade nociva”, constante do texto legal.¹⁰³

Posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), por meio da redação conferida a seu artigo 84, análoga à redação do artigo 461 do Código de Processo Civil posterior à reforma de 1994, possibilitou-se a inibitória no âmbito coletivo em todas as suas modalidades, inclusive na forma pura. Neste sentido apregoa Marinoni: “O art. 84, como se vê, não faz a restrição do art. 11 da lei da Ação Civil Pública, motivo pelo qual não há razão

¹⁰³ Neste sentido Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 77.

para se discutir, hoje, a respeito da viabilidade de uma tutela coletiva inibitória pura”.¹⁰⁴

Esta possibilidade decorre, aliás, da proclamação constante do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, de que serão admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos protegidos por aquele Código.

Por outro lado, estabelecendo o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor que aplicam-se às ações ajuizadas com base neste Código as normas do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública, enquanto esta última prescreve, em seu artigo 21, a aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor às ações nela fundadas, denota-se a existência de um verdadeiro sistema para a tutela coletiva dos direitos, motivo pelo qual pode-se utilizar a inibitória, mesmo em sua forma pura, para a proteção de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.¹⁰⁵

Estabelecidas estas primeiras premissas, pode-se adentrar em algumas hipóteses que comportam o uso da inibitória no âmbito coletivo.

A primeira delas é a concernente à utilização da inibitória no direito ambiental. Com efeito, dispõe o artigo 225 da Constituição Federal que todos tem o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado este como bem de uso comum do povo, impondo-se ao Poder Público e à coletividade sua defesa e preservação. O mesmo artigo, em seu parágrafo 1º, IV, estabelece que o Poder Público deverá exigir, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo de impacto ambiental, antes da concessão da competente licença. Caso entretanto não seja exigido o referido estudo, ou a administração, imotivadamente, conceda a licença não obstante a conclusão negativa do estudo, pode-se utilizar a inibitória. Nestes termos aduz Marinoni:

“O estudo de impacto ambiental é um requisito procedimental do ato administrativo de licenciamento ambiental, tendo grande importância para a sua motivação; este estudo contém as razões que devem ser levadas em conta pelo administrador no momento do licenciamento.

¹⁰⁴ Idem, ibidem, pág. 78.

¹⁰⁵ Idem, ibidem, mesma página.

Como já foi dito, se o administrador diverge da conclusão do estudo de impacto ambiental, ele terá de demonstrar as razões que o levaram a optar por uma solução diversa. É a motivação do ato que, quando em desacordo com a finalidade da norma, abre oportunidade para a impugnação judicial do licenciamento e, destarte, à tutela inibitória”.¹⁰⁶

Assim, ainda que o estudo de impacto ambiental não vincule a decisão administrativa, deve esta ser motivada, sendo que a motivação deve levar em conta, necessariamente, a finalidade da norma, que no caso de licenciamento ambiental, é a preservação e conservação do meio ambiente (artigo 2º da Lei 6938/81). Não coincidindo a motivação da decisão com a finalidade da norma, pode-se utilizar a tutela inibitória para impedir que a licença ilicitamente concedida surta efeitos. Novamente reporta-se à lição de Marinoni, *in verbis*:

“Se o processo de licenciamento tem como escopo a preservação e a conservação do meio ambiente (art. 2º, *caput*, da lei 6938/81), a atuação dos órgãos administrativos não pode conduzir a um fim dele distinto. Havendo um efetivo descompasso entre a decisão administrativa e a finalidade da norma – que é a preservação e conservação do meio ambiente – é cabível a tutela inibitória, já que o ato administrativo concessivo da licença está acoimado de vício de desvio de poder”.¹⁰⁷

É possível também a utilização da inibitória para impedir a prática, repetição ou continuação de ilícitos ambientais, ainda quando a atividade que está sendo desenvolvida conte com a permissão, sob a forma da competente licença, do Poder Público. Assim, caso a atividade de uma determinada indústria esteja causando a poluição de um rio, por exemplo, destruindo várias espécies que nele habitam, é possível a utilização da inibitória para que cesse o ilícito, seja por meio da proibição da continuação da atividade poluidora, seja por determinação a que se submetam a prévio tratamento os efluentes despejados no rio.

Por outro lado, tendo o Estado o dever de zelar pela incolumidade do meio ambiente, sendo este considerado bem de uso comum do povo (artigo 225 da Constituição Federal), é possível a utilização da inibitória, ainda, sempre que houver omissão deste dever. É a lição de Marinoni:

¹⁰⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. Cit., 2000b, pág. 85.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*, págs. 85/86.

“Ora, se o meio ambiente é considerado bem de uso comum do povo, e se o Poder Público e a coletividade têm o dever de defendê-lo, não há razão para não se admitir que o Ministério Público – ou qualquer outro legitimado à tutela coletiva – possa recorrer ao Judiciário para obrigar a Administração a agir, quando a sua atividade, prevista em lei, é essencial à preservação do meio ambiente”.¹⁰⁸

Outra hipótese de aplicação da inibitória no âmbito coletivo é aquela concernente à prevenção de cláusulas contratuais abusivas, no que tange ao consumidor.

Sabe-se que, com o advento da industrialização e o surgimento de uma sociedade de consumo, difundiu-se o método de contratação em massa, visando agilizar o comércio e economizar custos.

Esta contratação em massa dá-se por meio de contratos padronizados, constituídos por cláusulas pré-estabelecidas por uma das partes, às quais adere o outro contratante, que não tem, portanto, possibilidade de discuti-las. Por esta razão, tal espécie de contrato denomina-se contrato de adesão.

As cláusulas pré-estabelecidas, caracterizadas pela “abstração” que permite que qualquer pessoa possa a elas aderir¹⁰⁹, no mais das vezes podem ser abusivas. O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor enumera alguns casos de cláusulas abusivas, em rol meramente exemplificativo, às quais fulmina de nulidade absoluta. Por sua vez, o artigo 6º, IV, do mesmo Código estabelece que o consumidor será protegido de práticas ou cláusulas abusivas, enquanto o inciso VI do mesmo artigo estipula que o consumidor tem direito à efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

O chamado “controle concreto” da cláusula abusiva, consistente num controle posterior à contratação, e, assim, numa tutela repressiva¹¹⁰, não é capaz de proteger satisfatoriamente o consumidor, haja vista que o deixa, durante todo o curso do processo, à mercê dos efeitos da dita cláusula; ainda mais quando se tem em vista que, na maior parte dos casos, dizem respeito os contratos de

¹⁰⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 88.

¹⁰⁹ Idem, ibidem, pág. 95.

¹¹⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Op cit., 2000a, pág. 114.

adesão a produtos e serviços essenciais ao homem. Nestes termos, aduz Marinoni:

“Lembre-se que os contratos de adesão dizem respeito, em regra, a produtos e serviços essenciais, o que lhes confere uma ampla relevância social. Pense-se, por exemplo, nos ‘planos de saúde’, aos quais, em face da falência da previdência social, o consumidor é praticamente obrigado a aderir. Não tem cabimento supor que o consumidor, necessitando efetuar um plano de saúde, um seguro, ou movimentar uma conta bancária, tenha que se submeter a uma cláusula abusiva para apenas depois ter a oportunidade de discuti-la em juízo. É óbvio que a tutela repressiva não é adequada nestes casos”.¹¹¹

Desta forma, deve o consumidor dispor de uma tutela que lhe garanta preventivamente a proteção contra cláusulas contratuais abusivas. Esta tutela é a inibitória, fundada no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. É a conclusão a que chega Marinoni:

“Os arts. 83 e 84 do CDC, iluminados pela idéia de que o consumidor tem o direito de ser protegido, através de tutela preventiva (art. 5º, XXXV, CF e art. 6º, VI, CDC), contra o uso de cláusulas gerais abusivas (art. 6º, IV, CDC), permitem que se diga que os legitimados à tutela coletiva (art. 82, CDC) podem propor ação para inibir o uso de cláusulas gerais abusivas”.¹¹²

Por fim, deve-se frisar que a tutela inibitória genérica no âmbito coletivo, fundada no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, a teor do que ocorre no âmbito individual, tem cabimento em qualquer situação que dela necessite, ou a que possa conferir uma proteção mais adequada e efetiva do que aquela proporcionada pela tutela repressiva.

¹¹¹ Idem. Op. cit., 2000b, pág. 97.

¹¹² Idem, ibidem, pág. 99.

5 - Da tutela inibitória antecipada.

5.1- Breves considerações sobre a antecipação da tutela.

5.1.1- Intróito.

Tradicionalmente a execução forçada sempre esteve relacionada com a prévia certeza da existência do direito do autor, certeza esta obtida mediante a

produção de uma sentença condenatória, no bojo de um processo de conhecimento fundado em cognição exauriente, ou mediante a atribuição legal de eficácia executiva a certos títulos extrajudiciais, como, por exemplo, cheque, nota promissória, etc, os quais comportam uma presunção de existência do direito de crédito, ficando dispensada a prévia definição do mesmo.

A certeza jurídica, portanto, constitui-se num postulado sem o qual não se concedia à parte a satisfação de seu direito. Primava-se, pois, pela segurança jurídica em face da efetividade processual, como se denota pelas palavras de Carnelutti:

“a semente da verdade necessita, às vezes, de anos, ou mesmo de séculos, para tornar-se espiga (*veritas filia temporis*)... O processo dura; não se pode fazer tudo de uma única vez. É imprescindível ter-se paciência. Semeia-se, como faz o camponês; e é preciso esperar para colher-se. Ao lado da exigência de atenção, coloca-se a paciência entre as virtudes inafastáveis do juiz e das partes. Infelizmente estas são impacientes por definição; impacientes como os doentes, visto que também sofrem. Uma das tarefas dos defensores é aquela de inspirar-lhes a paciência. O *slogan* da justiça rápida e segura, que anda na boca dos políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição *in adiecto*: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura.”¹¹³

Verifica-se, pois, que não se concebia possível o alcance da justiça através de procedimentos cuja cognição não fosse exauriente, pois, exatamente pela sumariedade que comportam, não eram consideradas capazes de proporcionar a aclamada certeza jurídica.

Este ideal de busca da certeza jurídica, ou da verdade, relaciona-se, de maneira intrínseca, com os postulados do direito liberal, servindo de guarida para a manutenção da neutralidade do juiz, como adverte Marinoni.¹¹⁴

Com efeito, apregoava-se que cabia ao juiz simplesmente aplicar a lei, sendo-lhe vedado emitir sua valorização pessoal sobre a mesma. Ao juiz caberia, tão somente, pronunciar a lei, sem que pudesse emitir qualquer juízo valorativo sobre ela, ou, na famosa expressão de Montesquieu, constituiria o magistrado a

¹¹³ Carnelutti, Francesco *apud* Tucci, José Rogério Cruz e. Op cit.,pág. 27.

¹¹⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 145 e ss.

*bouche de la loi.*¹¹⁵ Esta passividade do juiz traria a conclamada segurança jurídica, na visão da época.

Por exigir a cognição sumária uma atividade criativa maior do juiz, verificasse que a mesma não está de acordo com os postulados acima delineados, motivo pelo qual não era aceita.

Com o passar do tempo e as mudanças fáticas que dele decorrem, o procedimento ordinário, universalmente utilizado como medida de segurança jurídica, mostrou não ser eficaz para conceder efetiva tutela às inúmeras situações materiais que ficavam carentes de um tratamento específico. Verificou-se que muitas vezes a demorada definição do direito da parte retirava-lhe o conteúdo prático. Ganhava-se a causa, mas não se usufruía o direito, pois muitas vezes este perecia, ou se tornava impraticável após as delongas do processo de conhecimento.

Paralelamente, notou-se a existência de direitos verossímeis, que possuíam uma enorme carga de evidência e que, portanto, não seria justiça fazer a parte esperar um longo tempo para que os tivessem definidos e deles se pudesse valer.

Para se remediar esta situação, passou-se a utilizar o processo cautelar para se alcançar a aceleração da prestação jurisdicional. Esta via, no entanto, não se mostrava adequada, haja vista a própria configuração do processo cautelar, que não foi formulado a fim de se antecipar efeitos de mérito, de se antecipar a satisfação da parte, mas sim para que se garantisse a eficácia de outro processo, chamado principal. Neste patamar, aduz Humberto Theodoro Júnior:

“Para tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, muitos operadores do direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa. Havia, porém, dificuldades de ordem técnica, visto que a concepção da tutela cautelar não havia sido elaborada para tal fim. Múltiplas foram as controvérsias e quase sempre se considerava abusiva a prática de generalizar as cautelares para obter, de plano, satisfação do direito subjetivo da parte, mormente porque não havia, nem na lei, nem na doutrina, uma disciplina que desse

¹¹⁵ Idem, ibidem, pág. 146.

apoio e segurança ao desvio do poder geral de cautela para cumprir a missão nova que se lhe atribuía.”¹¹⁶

Sobre a utilização das cautelares para conseguir a antecipação do provimento final também dá notícia Cruz e Tucci, *verbis*:

“Apesar da adoção tradicional da antecipação da tutela satisfativa em alguns procedimentos especiais (v.g.: possessórias, nunciação de obra nova, certas ações de despejo), passou-se, com o tempo, também em nosso país, diante da urgência de determinadas situações, a utilizar a estrutura do processo cautelar, especialmente da ação cautelar inominada, com o escopo de obter a precipitação temporal de pelo menos um dos efeitos da tutela pleiteada.”¹¹⁷

De ver-se, no entanto, que esta prática deve-se à insofismável necessidade de se antecipar a tutela de alguns direitos, aliada à falta de meios processuais consubstanciados para este mister.

Com o advento da reforma do Código de Processo Civil, por meio da lei 8.952/94, visando conferir aos jurisdicionados a plenitude de seu direito fundamental de acesso à justiça, do qual decorrem os postulados da efetiva e adequada tutela jurisdicional, foi incluído naquele diploma, em seu artigo 273, o instituto da antecipação da tutela, com a formulação de pressupostos e requisitos próprios para sua concessão.

5.1.2- Conceito e natureza jurídica da antecipação de tutela.

O instituto em exame consiste na entrega, parcial ou total, do provimento jurisdicional solicitado antecipadamente, mediante atividade cognitiva sumária, sempre que o direito afigurar-se verossímil diante da apresentação de prova

¹¹⁶ Júnior, Humberto Theodoro. Op. cit., v. II, pág. 606.

¹¹⁷ Op. cit., pág. 127.

inequívoca e houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ficar demonstrado o abuso do direito de defesa ou o manifesto intuito protelatório do réu, a teor do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Distingue-se da cautelar exatamente por consistir na antecipação do provimento jurisdicional solicitado, não visando assegurar o resultado prático de um processo principal. Dá-se, portanto, na mesma relação processual, de forma provisória, tendo finalidade satisfativa.

Apresenta diferenças também do julgamento antecipado da lide, previsto no artigo 330 do Código de Processo Civil, pois neste é julgado o mérito da lide de forma definitiva, extinguindo-se o processo, enquanto na antecipação se concede provisoriamente os efeitos da tutela solicitada, prosseguindo o processo até sua fase final, na qual se proferirá sentença que pode ou não coincidir com o teor da antecipação da tutela. Desta forma, diferentemente do julgamento antecipado, a antecipação de tutela é conferida ou negada por meio de decisão interlocutória proferida no bojo dos autos, sendo passível, pois, de impugnação por meio de agravo. Já a sentença que julga antecipadamente a lide deve ser impugnada, como é óbvio, por apelação.¹¹⁸

Quanto à natureza jurídica da antecipação de tutela, reporta-se à lição de Nelson Nery Júnior, *in verbis*:

“Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento”.¹¹⁹

Com efeito, a antecipação de tutela deve ser executada nos próprios autos em que é deferida, não demandando a instauração de um processo executivo posterior autônomo. Caso contrário, aliás, não se atingiria a própria finalidade do instituto, que é conceder ao autor a imediata satisfação, ainda que provisória, de seu direito. No plano fático vislumbra-se que a concessão da antecipação é capaz,

¹¹⁸ No sentido do texto, v. Júnior, Nelson Nery. Procedimentos e tutela antecipatória. *In* Temas atuais de direito. São Paulo: Ltr, 1998, coord. Milton Paulo de Carvalho, pág.301.

¹¹⁹ Idem, ibidem, pág. 299.

por si só, de esgotar a pretensão do autor, motivo pelo qual diz-se que a mesma é satisfativa.

Por fim, cabe indagar se a concessão da antecipação da tutela é uma faculdade do juiz ou um direito da parte, caso preenchidos os requisitos legais. Esta indagação decorre da expressão “o juiz poderá”, constante do *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Sobre este aspecto pronunciou-se Luiz Fux, em obra escrita antes do advento da reforma que inseriu a tutela antecipatória no Código de Processo Civil, afirmando:

“Na sua essência, a tutela antecipada é regra *in procedendo* que se concilia com o poder-dever que tem o magistrado de velar pela rápida e adequada solução dos litígios. Dentre os imperativos jurídico-processuais, caracteriza-se como um ‘poder’, razão pela qual a lei utiliza-se da expressão ‘poderá’”.¹²⁰

O mesmo autor, todavia, vislumbra que “não obstante textual a discricionariedade do magistrado, advirá a interpretação autêntica dos tribunais no sentido de que, preenchidos os pressupostos, é ‘direito da parte’ a obtenção da tutela antecipada”.¹²¹

Com efeito, atualmente a ampla maioria da doutrina considera a antecipação da tutela como direito da parte, se preenchidos os requisitos da lei. Neste sentido dispõe Humberto Theodoro Júnior:

“Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou”.¹²²

No mesmo sentido, apregoa José Rogério Cruz e Tucci:

“Em suma: toda vez que os requisitos legais se fizerem presentes, a concessão de tutela jurisdicional em caráter de urgência constituirá

¹²⁰ Fux, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, pág.340.

¹²¹ Idem, ibidem, mesma página.

¹²² Op. cit., v. II., pág. 606.

obrigação incontornável do Estado, por força da promessa constitucional ditada pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna de nossa República Federativa”.¹²³

Parece melhor este entendimento. Tendo sido concedida a possibilidade da antecipação da tutela, mediante o preenchimento de determinados pressupostos, não há porque se possibilitar a vedação da mesma quando presentes os pressupostos. Deve-se atentar que a antecipação da tutela decorre da garantia constitucional de adequação e efetividade da tutela (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), sendo, portanto, direito da parte recebê-la quando preencha todos os requisitos legais condicionantes de sua concessão, pois tem a parte o direito constitucional absoluto de receber uma tutela jurisdicional efetiva e adequada. Entender-se pela discricionariedade do instituto é negar-se à parte a fruição plena do mencionado dispositivo constitucional.

5.1.3- Pressupostos da antecipação de tutela.

Os requisitos legais para a concessão da tutela antecipada estão delineados no artigo 273 do Código de Processo Civil. São eles: prova inequívoca que conduza à verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou caracterização de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Quanto ao primeiro requisito, consistente na prova inequívoca da verossimilhança do direito, percebe-se que o legislador utilizou expressões contraditórias: se a prova é inequívoca, ela conduzirá à certeza do direito, e não à verossimilhança; se é exigível a demonstração da verossimilhança do direito, não há que se falar em prova inequívoca. Neste patamar aduz Luiz Fux: “Em princípio, há mesmo *contraditio in terminis* na utilização dos termos ‘prova inequívoca’ e ‘verossimilhança’, na medida em que aquela conduz à certeza”.¹²⁴

A apontada contradição entre os termos utilizados pela legislação, todavia, é meramente aparente. Ao valer-se das expressões “prova inequívoca” e

¹²³ Op. cit., pág. 131.

¹²⁴ Op. cit., pág. 348.

“verossimilhança da alegação”, a lei pretendeu alcançar o conceito de probabilidade, que constitui mais do que a simples verossimilhança, mas não chega ao patamar da certeza. Este é o entendimento de Nelson Nery Júnior:

“Para conciliar as expressões ‘prova inequívoca’ e ‘verossimilhança’, aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de *probabilidade*, mais forte do que verossimilhança, mas não tão peremptório quanto o de prova inequívoca. É mais do que o *fumus boni juris*, requisito exigido para a concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro. Havendo dúvida quanto à probabilidade da existência do direito do autor, deve o juiz proceder a *cognição sumária* para que possa conceder a tutela antecipada.”¹²⁵

Por sua vez, Luiz Fux afirma:

“A prova, via de regra, demonstra o ‘provável’, a ‘verossimilhança’, nunca a verdade plena que compõe o mundo da realidade fenomênica. Os fatos em si não mudam, porque a prova realiza-se num sentido diverso daquele que a realidade indica. Ora, se assim o é e se o legislador não se utiliza inutilmente de expressões, a exegese imposta é a de que ‘prova inequívoca’ para a concessão da tutela antecipada é alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É a prova extreme de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada”.¹²⁶

Ora, é certo que a prova para a concessão da tutela antecipada não pode se constituir em mera presunção. Todavia, não se pode afirmar que ela deve ter a mesma força daquela necessária à concessão do mandado de segurança. A prova inequívoca, no âmbito da antecipação da tutela deve ser aquela que, no dizer de Humberto Theodoro Júnior, seja “capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo”.¹²⁷

Nada impede, no entanto, que aquela prova que, *initio litis*, por exemplo, demonstrou-se inequívoca para a concessão da antecipação da tutela seja desconstituída em fases posteriores por outros elementos probatórios produzidos.

¹²⁵ Op. cit., pág. 302.

¹²⁶ Op. cit., pág. 348.

¹²⁷ Op. Cit., v. II., pág. 612.

O que deve fazer a parte que pretenda a antecipação é demonstrar, desde logo, a probabilidade de que seu direito realmente exista.

Aliada à demonstração inequívoca da verossimilhança da alegação, deve a parte demonstrar, também, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito procrastinatório do réu, requisitos estes que não são cumulativos.

Por receio fundado de dano irreparável ou de difícil reparação entende-se o temor fundado em dados concretos de que a vitória processual reste inutilizada, ou a obrigação não possa ser cumprida, ou ainda que a parte possa não obter aquilo que obteria caso a parte contrária houvesse observado espontaneamente a lei, se tiver que aguardar pelo término do processo.¹²⁸

Já o abuso do direito de defesa dá-se quando o réu imponha à pretensão do autor resistência infundada, contra direito expresso ou mediante a utilização de meios ilícitos.¹²⁹ Neste sentido manifesta-se Nelson Nery Júnior:

“A segunda hipótese, que não é exigível em conjunto com a primeira, dela sendo independente, é o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Quando a contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC 273 II, autorizando a antecipação”.¹³⁰

De ver-se que as expressões abuso de defesa e manifesto propósito protelatório do réu abarcam praticamente a mesma situação, exigindo, para sua configuração, a prática de atos de igual teor, como contestação insubsistente, resistência contra a expressa letra da lei, etc. Todavia, parece que pretendeu o legislador, ao mencionar as duas hipóteses, deixar livre de dúvidas a possibilidade de antecipação da tutela ainda quando o abuso do direito de defesa não ocorra de má-fé. Assim, a expressão “abuso do direito de defesa” serve para denotar a possibilidade da antecipação da tutela nos casos em que o dito abuso se der sem que para tanto concorra má-fé da parte. Em sua resistência, a parte utiliza abusivamente o direito de defesa, sem, entretanto, que se dê conta deste abuso.

¹²⁸ Vide, neste sentido, Júnior, Humberto Theodoro, Op. cit., v. II, pág. 613, e Fux, Luiz, Op. cit., pág. 345.

¹²⁹ Cf. Júnior, Humberto Theodoro. Op. cit., v.II, pág. 613.

¹³⁰ Op. Cit., pág. 303.

Já a expressão “manifesto propósito protelatório do réu”, indica a má-fé do mesmo, a nítida intenção de apenas procrastinar a marcha processual para retardar ainda mais a prestação de sua obrigação.

5.1.4 – A questão da irreversibilidade do provimento antecipado.

O parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil veda a possibilidade da antecipação da tutela sempre que haja perigo de que o provimento sumariamente concedido torne-se irreversível. Visa, com isso, impedir que se transporte ao réu o perigo de dano, por meio da antecipação da tutela (*periculum in mora inversum*).

Critica-se o texto legal, pois ao mencionar a irreversibilidade do provimento jurisdicional antecipado, não atentou o legislador que este sempre será reversível. Não há que se falar em irreversibilidade do provimento jurisdicional, como faz a lei. Se o juiz concede a tutela antecipada, fundada em cognição sumária e, portanto, naturalmente provisória, ao final sempre irá substituí-la pela definitiva, ainda que em sentido contrário àquela. A irreversibilidade se dá no plano fático, nas conseqüências fáticas porventura geradas pela antecipação. Nelson Nery Júnior faz esta afirmativa:

“A norma fala na inadmissibilidade da concessão da tutela antecipada, quando o provimento for irreversível. O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que pode ser irreversível são as conseqüências de fato ocorridas pela execução da medida”.¹³¹

Kazuo Watanabe faz as mesmas ponderações, *in verbis*:

“Em termos jurídicos, a antecipação da tutela dificilmente será irreversível. Se o juiz antecipa uma tutela constitutiva, por exemplo, na sentença final ele poderá desconstituí-la. Estamos cuidando, portanto, de irreversibilidade no plano fático”.¹³²

¹³¹ Op. Cit., pág. 310.

¹³² Watanabe, Kazuo. Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/cpc/doutrina4.htm>> Acesso em 30 jun. 2001.

Não obstante a referida imprecisão terminológica utilizada pelo legislador, acima apontada, existe divergência doutrinária em relação ao acerto da disposição.

Luiz Fux afirma que a obrigatória denegação da antecipação da tutela quando forem irreversíveis os efeitos de seu deferimento constitui “uma impossibilidade jurídica odiosa criada pela lei, uma vez que, em grande parte dos casos da prática judiciária, a tutela urgente é irreversível sob o ângulo da realizabilidade prática do direito”.¹³³ Atribui esta perspectiva do legislador à técnica da tutela cautelar, concluindo que a doutrina sempre reconheceu possível a antecipação da tutela irreversível, possibilitando-se, no caso de revogação da mesma, a reparação dos danos. Cita como exemplo o despejo liminar da lei de locações e as liminares do Código de Defesa do Consumidor.¹³⁴

Marinoni, por sua vez, apregoa que o fato da antecipação da tutela poder trazer prejuízos irreversíveis ao réu não deve ser motivo para que se obste sua concessão, fundamentando sua concepção no princípio da proporcionalidade. Segundo o referido autor, não se deve deixar de conceder a antecipação da tutela a um direito provável a fim de se proteger um direito que, pela probabilidade daquele primeiro, afigura-se improvável. São estes os termos utilizados pelo ilustre processualista:

“O princípio da probabilidade consagra a própria lógica da tutela antecipatória contra o *periculum in mora*. Na tutela antecipatória fundada em *periculum in mora* está sempre em jogo um direito provável que pode ser lesado. Assim, a afirmação de que o direito do réu, em virtude da tutela antecipatória, pode ser lesado de forma irreparável, não é suficiente para convencer alguém – que esteja caminhando sobre os trilhos da boa lógica – de que a tutela antecipatória não pode ser concedida. Admitir que a tutela antecipatória está obstaculizada, apenas porque sua concessão pode trazer um dano irreversível ao réu, é esquecer que a própria tutela antecipatória pressupõe que o direito do autor pode ser lesado e, mais do que isso, *que o direito do autor é provável*. Portanto, cair na armadilha de que a tutela antecipatória não pode ser admitida apenas porque pode causar dano irreparável ao réu é desprezar a obviedade de que não tem cabimento se impedir a tutela adequada de um direito provável para se proteger um direito improvável”.¹³⁵

¹³³ Op. cit., pág. 350.

¹³⁴ Ibidem, págs. 350/351, nota 403.

¹³⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 157.

Em sentido diametralmente oposto, posiciona-se Cândido Rangel Dinamarco. Este autor afirma que o exercício de direitos fundados em cognição sumária não deve chegar ao ponto de causar danos à outra parte, pois que, não obstante a probabilidade do direito daquele que obtém a satisfação antecipada, não se pode descartar a possibilidade de que a outra parte tenha razão.¹³⁶ Afirma textualmente o aclamado autor, referindo-se à posição exposta de Marinoni:

“É preciso receber com cuidado o alvitre de Marinoni, para quem se legitimaria o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício *‘de outro que pareça provável’*. O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O *direito improvável* é direito que talvez exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era *provável*. O monografista fala da coexistência entre o *princípio da probabilidade* e o *da proporcionalidade*, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso. Mesmo com essa atenuante, não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da *irreversibilidade*, expressamente vetados pela lei vigente (art. 273, parágrafo 2º).¹³⁷”

Por fim, existem posições intermediárias, como a de Humberto Theodoro Júnior, o qual considera a irreversibilidade como regra, passível de inobservância, no entanto, em casos excepcionalíssimos.¹³⁸ Não elenca, todavia, os casos “excepcionalíssimos” que justificariam a inobservância do parágrafo segundo do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Parece melhor, todavia, uma posição capaz de conciliar as duas primeiras apresentadas. Se não se pode chegar ao extremo de desprezar a referida norma legal, também não se deve aplicá-la *incontinenti* a todo caso que necessite da antecipação, mas cujos efeitos desta podem tornar-se irreversíveis caso deferida. A probabilidade exigida para a concessão da tutela antecipada, como afirma Kazuo Watanabe, comporta diversos graus, do mais intenso ao menos intenso,

¹³⁶ Dinamarco, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pág. 146.

¹³⁷ Op. Cit., pág. 144.

¹³⁸ Júnior, Humberto Theodoro, Op. cit., v. II, págs. 615/616.

passando por uma infinidade de graus intermediários.¹³⁹ Assim, com base na intensidade do grau de probabilidade do direito apresentado, deve o juiz verificar se deve antecipar a tutela pretendida, ainda que sob o risco de seus efeitos tornarem-se irreversíveis, ou não. Quanto maior o grau de probabilidade apresentado, menor a rigidez que deve ser conferida à norma legal; quanto menor o grau de probabilidade, maior a possibilidade de indeferimento da antecipação. Estes graus de probabilidade devem ser verificados caso a caso, auferindo-se dos elementos constantes dos autos. Outro fator que deve ser analisado é a maior ou menor possibilidade de restituição ao estado anterior mediante o ressarcimento dos danos porventura causados. Nos casos, por exemplo, em que o direito litigioso não possua caráter patrimonial, tornando-se impossível, assim, a plena restituição ao estado anterior pela via indenizatória, deve-se exigir um intenso grau de probabilidade do direito alegado pelo autor para que se possa conceder a tutela sem a observância do parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, sob pena de, caso revelem-se irreversíveis seus efeitos e fique comprovado a final que o réu possuía o melhor direito, não se conceder à este a adequada tutela jurisdicional apregoada constitucionalmente (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), tornando o seu direito praticamente insubsistente.

5.1.5- Oportunidade e natureza da decisão que concede a antecipação da tutela.

A antecipação da tutela, a teor do disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, depende do requerimento da parte, não podendo ser concedida *ex officio* pelo juiz. Não fixa a lei, entretanto, o momento oportuno para sua concessão.

Entende-se, assim, que pode ser concedida tanto no início da lide, antes ou após a citação do réu, quando requerida na inicial, ou no curso do processo. Este o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

¹³⁹ Cf. Watanabe. Kazuo. Tutela antecipada e específicas e obrigações de fazer e não fazer. Disponível em: <<http://acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/cpc/doutrina4.htm>> Acesso em 30 jun. 2001.

“O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela. Poderá tal ocorrer no despacho da inicial, mas poderá também se dar posteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória”.¹⁴⁰

No mesmo patamar leciona Nelson Nery Júnior, *verbis*: “A medida pode ser concedida, tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença”.¹⁴¹

Quanto a esta última afirmativa, de que a antecipação deve ser concedida sempre antes da sentença, não há consenso, entretanto. Entende-se que pode ser antecipada a tutela na própria sentença, ou mesmo na fase recursal. Sempre que o recurso possa ser recebido no efeito suspensivo, a fim de evitar que este efeito possa acarretar conseqüências desastrosas a quem possua o direito provável, pode ser antecipada a tutela, que teria como objetivo prático afastar o efeito suspensivo do recurso.¹⁴²

Quanto à natureza da decisão que defere a antecipação da tutela, deve-se ter em conta a própria natureza do instituto em exame. Sendo a antecipação provisória, fundada em cognição sumária, o processo deve prosseguir após o seu deferimento, a fim de que se torne plena a cognição e se emita um provimento definitivo. Desta forma, é a antecipação concedida (ou negada) mediante decisão interlocutória, podendo, portanto, ser impugnada por agravo, que deve ser de instrumento, haja vista que não teria interesse a parte em interpor agravo retido, que só poderia ser analisado como preliminar da eventual apelação da sentença definitiva. A este respeito, aduz Nelson Nery Junior:

“A denegação ou concessão da medida, *in limine litis* ou no curso do processo, configura decisão interlocutória (CPC, 162, par. 2º), que é impugnável pelo recurso de agravo, só por instrumento (CPC, 522). Não pode ser interposto agravo retido porque o recorrente não teria *interesse recursal*, uma vez que só lhe traria utilidade a concessão (ou cassação, para a parte contrária) imediata da liminar. De nada lhe adiantaria aguardar a *sentença de mérito* e, só depois, quando de eventual

¹⁴⁰ Júnior, Humberto Theodoro. Op. cit., v.II, pág. 614.

¹⁴¹ Op. cit., pág. 308.

¹⁴² V. Júnior, Humberto Theodoro. Op. cit., v. II, pág. 614.

apelação, reiterar o agravo retido nas razões ou contra-razões de apelação (CPC, 523, par. 1º)".¹⁴³

Com efeito, nestes casos, a interposição do agravo retido só trará os efeitos pretendidos pelo agravante caso o juiz retrate sua decisão. Caso mantenha a decisão, no entanto, não terá o agravo retido validade prática nenhuma para o recorrente.

Feitas estas premissas genéricas sobre o instituto da antecipação de tutela, pode-se adentrar na temática da antecipação da tutela inibitória.¹⁴⁴

5.2- Da antecipação da tutela inibitória.

5.2.1- Possibilidade de antecipação da tutela inibitória.

A tutela inibitória, como tutela preventiva que é e, portanto, voltada ao futuro, muitas vezes não pode prescindir da antecipação de seus efeitos. Havendo a probabilidade de ocorrência, repetição ou continuação do ilícito, que se visam impedir por meio desta forma de tutela, fica claro que durante o lapso temporal que decorre entre sua propositura e a emanção do provimento satisfativo existe grande possibilidade de que aquelas situações venham a ocorrer. Neste patamar alude Marinoni:

“O resultado buscado pelo autor através da inibitória, ou seja, a prevenção do ilícito, tem grande probabilidade de não ser encontrado ao final do longo processo de conhecimento, que somente pode ser definido após o duplo grau de jurisdição. Aquele que pretende praticar um ilícito não costuma aguardar o tempo médio de demora de um processo de conhecimento, que – na melhor das hipóteses – gira em torno de dois ou três anos”.¹⁴⁵

O parágrafo terceiro do artigo 461 do Código de Processo Civil possibilita a antecipação da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, nestes

¹⁴³ Op. Cit., pág. 309.

¹⁴⁴ Deve atentar-se que a antecipação da tutela não é a temática da presente monografia, motivo pelo qual não foram esmiuçados profundamente os aspectos tratados, dedicando-se ao instituto em apreço algumas linhas tão somente para melhor situar o leitor.

¹⁴⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 1998, pág. 80.

termos: “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”.

De ver-se que o referido artigo traz como requisitos para a antecipação da tutela, nestes casos, o “relevante fundamento da demanda” associado ao “justificado receio de ineficácia do provimento final”. Apesar desta diferenciação terminológica, no entanto, insere-se no instituto previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil, do qual constitui sucedâneo. Nestes termos, aduz Dinamarco:

“Sem embargo de algumas diferenças de redação, o par. 3º do art. 461 associa-se ao sistema de antecipação de tutela jurisdicional, estruturado no novo art. 273 do Código de Processo Civil. Tem-se aqui a outorga da própria tutela pedida e a ser concedida em sentença se o pedido proceder – e não medidas outras, instrumentais e destinadas somente a proteger a eficácia daquela. Como *antecipação de tutela específica*, essa de que cuida o par. 3º visa a pôr o titular de direito no gozo da própria *situação final* sonogada pelo obrigado e postulada no *petitum*”.¹⁴⁶

Constituindo o artigo 461 do Código de Processo Civil o aporte instrumental da tutela inibitória, como anteriormente se afirmou (item 4.1), pode-se concluir que a antecipação da tutela inibitória tem inteiro cabimento, com fulcro em seu parágrafo terceiro. É a conclusão a que chega Marinoni, *in verbis*:

“Como está claro, o autor está autorizado a requerer tutela antecipatória na ‘ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer’. A ação inibitória, por tomar em consideração uma ‘obrigação’, caminha sobre os trilhos do art. 461 e, portanto, a tutela inibitória antecipada funda-se no próprio par. 3º do art. 461”.¹⁴⁷

Assim, o postulante da tutela inibitória, quando necessitar de sua antecipação, não precisará utilizar-se do artigo 273 do Código de Processo Civil, podendo valer-se do parágrafo 3º do artigo 461 do mesmo diploma legal.

5.2.2- Pressupostos da antecipação da tutela inibitória.

¹⁴⁶ Op. cit., pág. 156.

¹⁴⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 151.

Para demonstrar a necessidade da antecipação da tutela inibitória, o autor precisa demonstrar, tão somente, a probabilidade da ocorrência do ilícito, de sua repetição ou continuação. Não integrando o dano pressuposto da tutela inibitória, como se verificou alhures (item 3.2), também não deve ser exigida sua demonstração no campo da antecipação da tutela. Aliada a esta probabilidade, deve comprovar, ainda, a possibilidade de ineficácia do provimento final, a fim de que se justifique a concessão da medida fundada em cognição sumária. Esta a lição de Marinoni:

“O requerente da tutela inibitória antecipada deve demonstrar, em termos de *fumus boni juris*, a probabilidade da ilicitude. Entretanto, além da probabilidade do ilícito, exige-se o que o par. 3º do art. 461 chama de ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’. Há ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’ quando há ‘justificado receio’ de que o ilícito (que pode ou não estar associado ao dano) seja praticado no curso do processo de conhecimento, isto é, em momento anterior àquele em que o provimento final pode ser executado”.¹⁴⁸

Em outra obra, o mesmo autor alude que a parte, além dos pressupostos acima delineados, deverá demonstrar também a probabilidade de que o ato seja ilícito.¹⁴⁹ Cabe aqui a mesma crítica apontada quando se tratou dos pressupostos da tutela inibitória (item 3.2). Decorrendo a ilicitude da própria contrariedade à lei, não perfaz esta qualidade elemento de prova, aplicando-se a parêmia *jura novit curia*. Desta forma, para que a parte possa receber a antecipação da tutela inibitória, deve demonstrar, tão somente, a probabilidade da prática, repetição ou continuação do ilícito cumulada com o receio justificado de ineficácia do provimento final caso não seja concedida a antecipação.

O artigo 273 do Código de Processo Civil, todavia, pode ser utilizado subsidiariamente, em relação à antecipação da tutela inibitória. O parágrafo 3º do artigo 461 do mesmo diploma legal não elenca como pressuposto para a antecipação da tutela específica de que trata os casos de abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu. No entanto, sendo esta

¹⁴⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 151/152.

¹⁴⁹ Idem. Op. cit., 2000a, pág. 99.

modalidade de antecipação da tutela espécie daquela genérica, prevista no referido artigo 273, não há que se dizer que a tutela específica do artigo 461 não pode ser antecipada nos casos acima mencionados. Dinamarco afirma a possibilidade da antecipação da tutela específica nestas hipóteses, nos seguintes termos:

“O art. 461 não reproduz a hipótese do inc. II do art. 273, para admissibilidade da tutela antecipada em razão da conduta dilatória do réu. Mas da visível relação de espécie a gênero acima considerada deflui razoavelmente a aplicação do inc. II também à antecipação da tutela específica. Nem haveria razão para pretender a lei uma suposta exclusão, quando põe tanto empenho no reforço desta”.¹⁵⁰

Desta forma, se em sede de ação inibitória é apresentada contestação plenamente insubsistente, ou contrária à expressa e clara disposição legal, de entendimento pacífico, por exemplo, é possível que se conceda ao autor a antecipação da tutela inibitória pleiteada, aplicando-se subsidiariamente a disposição do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Pode ocorrer a antecipação da tutela inibitória, portanto, sempre que, havendo a probabilidade da ocorrência, repetição ou continuação do ilícito, verificar-se a existência de “fundado receio de ineficácia do provimento final” ou o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Por fim, deve-se frisar que o parágrafo 3º do artigo 461 não condiciona a antecipação da tutela ao requerimento da parte, como faz o artigo 273 do Código de Processo Civil. Dispõe o aludido parágrafo que é lícito ao juiz conceder a antecipação, quando verificar presentes os pressupostos legais. Desta feita, vislumbrando o magistrado a existência dos pressupostos legais que demonstram a necessidade da antecipação, deve concedê-la *ex officio*, o que não exclui, por óbvio, a possibilidade de requerimento da parte nesse sentido. Esta antecipação de ofício, porém, requer a prévia citação do réu, conforme se denota pela letra do referido parágrafo. Melhor teria sido se a legislação tivesse aludido, ao invés da citação, ao escoamento do prazo de defesa; com efeito, apresentada esta ou decorrido *in albis* o prazo, terá o magistrado maiores elementos para formar sua convicção a respeito da imprescindibilidade da antecipação da tutela inibitória.

¹⁵⁰ Op. cit., pág. 156.

Nos casos, todavia, em que vislumbre que a prévia citação do réu poderá tornar sem efeito a aludida medida, pode o magistrado concedê-la sem a oitiva do réu; aplica-se analogicamente o artigo 804 do Código de Processo Civil.

5.2.3- A fungibilidade da antecipação da tutela inibitória.

Mercê do que se dá com a tutela inibitória definitiva, também a sumária possui o atributo da fungibilidade.

Desta forma não fica adstrito o juiz ao pedido da parte, podendo, ao invés de conceder a medida pleiteada, aplicar outra medida que alcance os efeitos práticos desejados, desde que se revele apta para tanto e constitua menor onerosidade à parte contrária.

Constitui exemplo da fungibilidade da tutela inibitória antecipada a já referida decisão da Segunda Vara Cível da Comarca de Joinville, nos autos 03898041752-7, caso em que a parte pleiteou a antecipação da tutela genérica, fundada no artigo 273 do Código de Processo Civil, e o magistrado deferiu o pedido, todavia recebendo-o com fulcro no artigo 461 do mesmo *Codex*, culminando multa diária para o caso de inobservância da ordem por parte do réu.¹⁵¹

Deve-se ressaltar que a antecipação da tutela inibitória não precisa, necessariamente, guardar relação com o conteúdo da inibitória final. Marinoni, neste sentido, afirma:

“Além disso, o autor pode pedir uma tutela antecipada que não tenha o mesmo conteúdo da inibitória final, se for ela suficiente para tutelar de forma efetiva e adequada o direito que o réu ameaça violar. Ora, se o juiz pode conceder uma tutela inibitória antecipada que não guarda estreita relação com a tutela inibitória final solicitada pelo autor, nada impede que este solicite uma tutela inibitória antecipada que, muito embora não seja exatamente uma antecipação da ordem que foi pedida como tutela final, seja adequada e suficiente para tutelar o direito que se teme ver violado”.¹⁵²

¹⁵¹ Op. cit., págs. 185/191.

¹⁵² Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 159.

Assim, no caso, por exemplo, de ajuizamento de ação inibitória por parte do proprietário que vise a cessação da atividade de indústria vizinha, devido à emissão de poluentes e produção de exagerados ruídos perturbadores do sossego, nada impede que seja requerida, a título de antecipação de tutela, a instalação de aparelhos capazes de fazerem cessar, ou diminuir à nível tolerável, a emissão dos poluentes e ruídos. De ver-se que o conteúdo da antecipação difere do conteúdo da tutela inibitória final pleiteada, inclusive quanto à natureza da obrigação que se pretende impor: na final, obrigação de não fazer (cessação das atividades), e na antecipação, de fazer (instalação de aparelhos).

Da decisão que conceda tutela inibitória antecipada de conteúdo diverso daquela requerida, ou mesmo medida de outra natureza, cabe agravo, que deverá necessariamente ser de instrumento, sob pena de não se alcançar o objetivo desejado. Quanto à possibilidade de responsabilização do juiz pelo ato abusivamente praticado, cabem aqui as mesmas considerações tecidas ao final do item 4.4.

5.2.4- Justificação prévia e a possibilidade de revogação ou modificação da antecipação da tutela inibitória.

Caso o autor não possua, desde logo, elementos capazes de demonstrar os pressupostos exigidos para a concessão da antecipação da tutela inibitória, poderá requerer ao juiz a designação de justificação prévia, consistente na oitiva de testemunhas a fim de que se colham elementos que demonstrem a necessidade da tutela sumária. A justificação prévia é possibilitada expressamente pelo parágrafo 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Quanto à possibilidade de revogação ou modificação da tutela antecipadamente concedida, decorre da própria natureza provisória da mesma. Surgindo novos elementos probatórios após sua concessão, que levem à constatação da desnecessidade da antecipação, ou, ao menos, de alguns de seus efeitos, nada impede que o juiz a revogue ou modifique, conforme o caso. Marinoni é enfático em afirmar:

“Considerada a natureza da tutela urgente de cognição sumária, não há como se impedir a modificação ou a revogação da tutela que, segundo a própria evolução da instrução probatória e da cognição do magistrado, perdeu sua justificativa. A própria provisoriedade da tutela antecipatória autoriza a pensar que a alteração da cognição do juiz a respeito do fundamento que o levou a conceder a tutela pode conduzir, conforme o caso, a sua revogação ou modificação”.¹⁵³

E prossegue o ilustre autor:

“Assim, por exemplo, se o juiz verifica, em virtude de prova trazida aos autos com a contestação, que a tutela inibitória antecipada não deveria ter sido concedida, não há falar em preclusão, já que é da própria essência da tutela urgente de cognição sumária a modificabilidade e a revogabilidade, por ser inerente a ela a provisoriedade”.¹⁵⁴

Pode ainda, como é óbvio, ser revogada ou modificada a antecipação da tutela inibitória em virtude da interposição de agravo de instrumento.

5.2.5- Outros aspectos.

Quanto aos demais aspectos, como, por exemplo, o momento adequado para o requerimento e concessão da antecipação, a natureza jurídica da decisão que a defere ou denega, a questão da irreversibilidade do provimento como fator impeditivo da concessão, etc, tem inteira aplicação o que se afirmou no âmbito da tutela antecipada genérica, motivo pelo qual remete-se o leitor aos itens anteriores do presente capítulo.

6 - Da execução e da natureza da sentença inibitória.

6.1- Da execução da tutela inibitória.

6.1.1- Intróito.

¹⁵³ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 161.

¹⁵⁴ Idem, ibidem, mesma página.

Para que o juiz possa conceder efetivamente a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e, assim, também a tutela inibitória (artigo 461 do Código de Processo Civil), é preciso que conte com um provimento jurisdicional capaz de coagir o réu a adotar o comportamento determinado na sentença. Com o intuito de dotar o provimento jurisdicional desta força coercitiva necessária a torná-lo apto à efetiva tutela dos direitos, conferiu o parágrafo 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil a possibilidade de que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, imponha multa diária ao réu, que incidirá no caso de descumprimento do preceito judicial. Aderiu, assim, o ordenamento jurídico nacional, ao sistema das *astreintes*.

As *astreintes*, como forma de coerção tendente à observância de ordem judicial, tem origem francesa, sendo utilizada, porém, em inúmeros outros países europeus, como Alemanha, Luxemburgo, Holanda, Bélgica, etc, além de contar com um instituto análogo no direito anglo-americano (sistema da *common law*), denominado *contempt of Court*. Na América Latina, além do Brasil, também o ordenamento jurídico argentino prevê expressamente sua utilização.¹⁵⁵

6.1.2- A natureza jurídica da multa: diferenciação da indenização e possibilidade de cumulação dos institutos.

A multa possui natureza diversa da indenização. Com efeito, enquanto esta tem por fim sancionar a prática do ilícito, assegurando o ressarcimento do dano causado, a multa tem por escopo exercer pressão sobre a vontade do réu para que ele pratique, ou se abstenha da prática, de determinada conduta. Por esta razão, dispõe o parágrafo 2º do artigo 461 do Código de Processo Civil que a indenização se dará sem prejuízo da cobrança da multa.

Analisando os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, Marinoni aponta a diferenciação entre os dois institutos, em feliz lição, a qual pede-se *venia* para transcrever:

¹⁵⁵ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 167/172.

“Tais normas, portanto, atribuem escopos distintos à multa e à indenização por perdas e danos. A indenização constitui a contrapartida devida em virtude da produção do dano. A sua finalidade, como é evidente, não é a de dar efetividade às decisões do juiz. A indenização tem a ver com a necessidade de não deixar o dano sem a devida reparação e/ou sanção.

Entretanto, a multa referida nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC possui o visível objetivo de garantir a efetividade da sentença e da tutela antecipatória, fazendo com que a ordem de fazer ou de não-fazer nelas contidas sejam efetivamente observadas”.¹⁵⁶

A multa constitui, portanto, forma de execução indireta, pois visa proporcionar à parte o resultado prático equivalente ao adimplemento mediante a cooperação do obrigado, o qual sofre uma sanção (pagamento da multa) caso descumpra o preceito judicial, diferenciando-se, assim, da execução direta, que é aquela consistente no emprego, pelo Estado, de meios sub-rogatórios, tendentes a levar à satisfação do credor independentemente de qualquer atividade do devedor.¹⁵⁷

Conclui-se, pelo exposto, que tem a multa natureza jurídica coercitiva. Transmuta-se, porém, em mera sanção pecuniária nos casos em que não surte os efeitos desejados, revelando-se ineficaz para garantir a observância do preceito judiciário. A este respeito, pronuncia-se Marinoni, nos seguintes termos:

“Enquanto instrumento que atua sobre a vontade do réu, é inegável sua natureza coercitiva; entretanto, se a multa não surte os efeitos que dela se esperam, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai sobre o réu inadimplente. Isto significa que a multa, de ameaça ou coerção, pode transformar-se em mera sanção pecuniária, que deve ser suportada pelo demandado, mas aí sem qualquer caráter de garantia de efetividade da ordem do juiz”.¹⁵⁸

De ver-se, entretanto, que esta mudança da natureza da multa dá-se de forma meramente accidental, exatamente quando ela não atinge os escopos a que se destina.¹⁵⁹

Pela diversidade de natureza entre a multa e a indenização, pode-se cumular a cobrança de ambas. Esta possibilidade decorre, aliás, do próprio texto do parágrafo 2º do artigo 461 do Código de Processo Civil. Pode ser, também,

¹⁵⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 105.

¹⁵⁷ Cf. Guerra, Marcelo Lima. Op. cit., pág. 303/304.

¹⁵⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 174.

¹⁵⁹ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 106.

que o ilícito não tenha produzido qualquer dano, ao menos de forma imediata, hipótese em que caberá a cobrança apenas da primeira, como também pode ser que o réu cumpra o preceito judicial, mas tenha sido produzido dano anterior, caso em que caberá tão somente a cobrança da indenização.

6.1.3- Critérios que devem ser observados na imposição da multa.

Sendo a multa um meio de coerção disposto a levar o réu a observância da ordem emanada judicialmente, deve ser fixada num patamar apto a fazê-la cumprir este desiderato.

Este patamar não deve levar em conta, para sua aferição, o valor da prestação, pois muitas vezes este pode ser ínfimo em relação à totalidade do patrimônio do réu, o que retiraria toda a força coercitiva da medida; além do mais, em sede de inibitória, muitas vezes está se tratando de direitos cujo conteúdo não pode ser reduzido a valores pecuniários; como, então, aferir com precisão o valor da prestação?

Para que cumpra sua finalidade precípua, deve a multa ser fixada num montante capaz de coagir o réu a cumprir a ordem judicial. O réu, ante a possibilidade do pagamento da multa, deve preferir cumprir a obrigação determinada a sofrer sua incidência. Para que se afigure este valor capaz de dobrar a vontade do réu à observância do preceito judicial, deve-se levar em conta sua capacidade econômica. Assim, quanto maior a capacidade econômica do demandado, maior deverá ser o valor fixado a título de multa, sob pena de ineficácia da medida.

Para aferição da capacidade econômica do demandado, deve o juiz levar em conta a totalidade de seu patrimônio, não ficando limitado aos bens imóveis que aquele possua. Neste sentido, apregoa Marinoni:

“O juiz, ao considerar a capacidade econômica do réu, não deve limitar-se a analisar seu patrimônio imobilizado, mas tudo o que indique sua

verdadeira situação financeira, como, por exemplo, o salário que é por ele auferido”.¹⁶⁰

Outro critério que se deve observar é a necessidade de fixação de “multa diária”, segundo os termos postos pelo parágrafo 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil. Analisando esta norma, aduz Carreira Alvim:

“A multa imposta será necessariamente diária, o que afasta a possibilidade de multa em valor fixo (R\$ 1.000,00 se não cumprir a ordem) ou por período diverso de tempo (semanal, quinzenal, mensal etc.)”.¹⁶¹

Tratando-se de tutela inibitória, porém, a fixação de multa diária somente adquire eficácia nos casos em que se vise impedir a continuação do ilícito. Para que cesse a repetição, ou mesmo para que o ilícito não ocorra, afigura-se melhor a fixação da multa em valor fixo. Esta a posição de Marinoni, *in verbis*:

“Perceba-se que a multa na forma diária não é adequada para evitar violações de natureza instantânea; quando se teme, por exemplo, que alguém pratique um ilícito ou mesmo volte a praticá-lo, não é adequado pensar em uma multa que passará a ter o seu valor aumentado após a prática do ato contrário ao direito. A incidência da multa em momento posterior ao do ilícito de eficácia instantânea não tem, como é evidente, o poder de inibir a sua prática”.¹⁶²

Realmente, quando se visa a cessação do ilícito pode-se coagir eficazmente o réu para que ele observe a ordem judicial mediante a possibilidade de nova incidência de multa a cada dia de atraso no cumprimento daquela. Todavia, nos demais casos, não seria esta a melhor forma de se levar o réu a praticar ou a se abster da prática de determinada conduta. Quando nenhum ilícito foi praticado a incidência de multa diária não é capaz de coagir a vontade do réu. O mesmo poderá praticar o ilícito e arcar com o pagamento da multa; não havendo sua repetição ou continuidade não incidirá o réu em mais sanção alguma. Para este caso, como também para o caso de repetição do ilícito, afigura-se melhor a fixação da multa em patamar fixo e de forma progressiva, de modo a

¹⁶⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 176.

¹⁶¹ Carreira Alvim *apud* Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 177.

¹⁶² Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 107.

constar expressamente na ordem judicial que no caso de sua inobservância incidirá a multa, que aumentará de valor com o decurso do tempo. Esta progressividade também deve ser utilizada, por óbvio, nos casos de ilícito de eficácia continuada.

6.1.4- O beneficiário do valor da multa.

Desde o surgimento da figura da *astreinte*, depararam-se os estudiosos com a problemática acerca do beneficiário de seu valor. Em França, a princípio, afirmava-se que a multa revertia em favor do autor. Com o advento da lei 91-650/91, passou o valor a reverter em benefício do Estado, entendendo-se que, caso contrário, haveria um enriquecimento ilícito do autor, em virtude da possibilidade de cumulação com a indenização, além de ter-se assentado que a multa tem por objeto assegurar que as decisões judiciais se tornem efetivas.¹⁶³

Parece correto este posicionamento. A multa, como já se afirmou, tem nítido caráter coercitivo, servindo para que o réu cumpra efetivamente a ordem judicial. O descumprimento da ordem, por sua vez, constitui afronta ao poder de *imperium* do Estado, motivo pelo qual deve reverter em seu benefício o valor auferido com a imposição da multa. Além disso, caso reverta em benefício do autor, percebe-se que ele estará obtendo uma tutela superior ao seu próprio direito violado, ou em vias de violação, o que geraria, por óbvio, um enriquecimento sem causa, haja vista, ainda, a possibilidade de que seja a multa cumulada com o pleito indenizatório dos danos eventualmente sofridos. Esta é a posição de Marinoni:

“A multa, mesmo quando postulada pelo autor, serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, motivo pelo qual não parece racional a idéia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório. A multa não se destina a dar ao autor um *plus* indenizatório, ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional”.¹⁶⁴

¹⁶³ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 168 e 178/179.

¹⁶⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 179.

O fato de poder ser o próprio Estado o devedor da multa não tem o condão de desnaturar esta posição. Neste caso, o problema pode ser satisfatoriamente resolvido pela criação de “fundos”, aos quais serão encaminhados os valores auferidos pela imposição da multa.¹⁶⁵

A legislação brasileira, no entanto, não seguiu os passos da moderna orientação européia sobre o assunto. Com efeito, ao dispor o parágrafo 2º do artigo 461 do Código de Processo Civil que a cobrança da multa dar-se-á independentemente da indenização, fica claro que o autor, além da cobrança desta última, poderá exigir, também, o valor da primeira. Desta forma, fica evidenciado que o valor da multa, ao invés de reverter em benefício do Estado e, portanto de toda a coletividade, será devido em benefício do autor.

6.1.5- Eficácia e cobrança da multa.

A multa pode ser fixada tanto na decisão que concede a antecipação da tutela inibitória quanto na sentença (artigo 461, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil).

Quando é fixada na antecipação da tutela, a multa adquire eficácia imediata, haja vista que a própria decisão sumária surte efeitos a partir de sua prolação. Havendo, pois, o descumprimento da ordem prolatada em sede antecipatória, pode-se cobrar o valor da multa. Caso o réu interponha agravo daquela decisão e este seja recebido no efeito suspensivo (artigos 527, II e 558 do Código de Processo Civil), ficando suspensos os efeitos da decisão, suspender-se-á, também, a atuação da multa.

Já a multa fixada na sentença passa a surtir efeitos a partir do momento em que esta também os surte, ou seja, a partir do trânsito em julgado. Decorrendo *in albis* o prazo recursal, se não cumprido o preceito judicial, a multa pode ser cobrada. Sendo interposta apelação, em virtude do efeito suspensivo que lhe é peculiar (artigo 520 do Código de Processo Civil), ficando suspensos os efeitos da sentença, também o ficará a incidência da multa.

¹⁶⁵ Neste sentido, v. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 180.

Um problema que se pode levantar é aquele em que a multa é fixada na decisão sumária e esta não é cumprida, sendo que, posteriormente, o julgamento final não confirma a tutela antecipatória. Indaga-se, neste caso, se é possível ou não cobrar a multa do réu, ou seja, se o valor da multa é ou não devido por ele.

A resposta parece ser negativa. Se o provimento final é favorável ao réu, chega-se à conclusão de que o autor não possuía o direito postulado. Desta forma não há que se falar em cobrança de uma multa que serviria para garantir a eficácia de uma decisão que, a final, mostrou-se incorreta. Admitir esta possibilidade equivale a dizer que o processo pode prejudicar a parte que tem razão.¹⁶⁶

De ver-se, ainda, que a força coercitiva da *astreinte* não reside na sua cobrança, mas sim na possibilidade de que esta se dê. Uma vez fixada a multa, o réu temerá a possibilidade de que tenha que pagá-la, caso descumpra o preceito judicial. Somente não terá força coercitiva a multa caso o réu tenha certeza que o julgamento final lhe será favorável, o que dificilmente ocorre. Aliás, a própria prolação de decisão antecipatória vai contra esta certeza. Não sabendo o réu se o julgamento final lhe será favorável ou não, fica ileso a força coercitiva da medida tratada. Neste patamar leciona Marinoni:

“Não se diga que a circunstância da multa não poder ser cobrada pelo autor que a final é declarado sem razão retira seu caráter coercitivo. O que atua sobre a vontade do réu é a ameaça do pagamento da multa; essa, assim, não perde o poder de coerção apenas porque o réu sabe que não terá que pagá-la na hipótese de o julgamento final não confirmar a tutela antecipatória ou a sentença que foi ‘provisoriamente executada’”.¹⁶⁷

Caso o réu efetue o pagamento da multa antes do julgamento final, sendo este, posteriormente, em sentido contrário à decisão antecipatória da tutela, resta claro que o pagamento efetuado afigura-se indevido, motivo pelo qual deve haver a repetição do indébito, para que se restituam as coisa à situação anterior, sob pena de experimentar o autor que não tem razão um enriquecimento ilícito, em detrimento do réu.

¹⁶⁶ Neste sentido, cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 181/182.

¹⁶⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 181.

6.1.6- Sobre a possibilidade de se aumentar ou diminuir o valor da multa.

Muitas vezes pode ocorrer que, após a fixação da multa, seu valor se revele insuficiente ou excessivo para o cumprimento de seu escopo de atuar sobre a vontade do réu para que ele cumpra a ordem judicial.

O artigo 644, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que trata da execução das obrigações de fazer e não fazer, prevê a possibilidade de que o juiz da execução modifique o valor da multa, naqueles casos. Todavia, a execução da tutela inibitória, por meio da multa, dá-se nos próprios autos do processo de conhecimento; se assim não fosse, não seria a inibitória apta a cumprir sua função preventiva. Não há, assim, em sede inibitória, “juiz da execução”.

Porém, quando a fixação do valor da multa na sentença ou na decisão antecipatória revele-se excessivo ou insuficiente, pode o juiz da causa, mesmo de ofício, modificar o valor arbitrado para mais ou para menos, conforme o caso, aplicando-se, analogicamente, o artigo 644, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Desta forma, não ocorrem em relação ao valor da multa os efeitos da coisa julgada, haja vista que a modificação da mesma pode se dar independentemente de qualquer alteração na situação fática; basta que o valor fixado se mostre incompatível ou excessivo ao cumprimento de seu desiderato. Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, pronuncia-se nos seguintes termos:

“O novo art. 644, ao permitir que o juiz da execução reduza ou aumente o valor da multa fixada na sentença já transitada em julgado, demonstrou claramente que a parte da sentença que fixa o valor da multa não fica imunizada pela coisa julgada material. A intenção do art. 644 é permitir que o juiz altere para mais ou para menos o valor da multa, segundo as necessidades de cada caso concreto. Não teria cabimento admitir que o juiz pode impor a multa de ofício na fase executiva, ou aumentá-la para vencer a resistência do réu, e não pode reduzi-la para atender ao princípio de que a execução deve se realizar sem gravame despropositado ao demandado”.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 184.

Esta possibilidade de alteração do valor da multa decorre, aliás, de sua própria natureza. Constituindo meio coercitivo tendente a tornar eficaz o provimento jurisdicional, se uma vez fixada não se revela apta a tanto, ou também excessiva, deve ser modificada para que possa cumprir sua finalidade maior; possui, desta forma, um caráter eminentemente provisório.¹⁶⁹

6.1.7- A utilização das “medidas necessárias” nos casos em que a multa se revele ineficaz a atingir seu escopo.

O artigo 461 do Código de Processo Civil, pelo disposto em seu parágrafo 5º, disponibiliza ao juiz a determinação de medidas executivas, denominadas “medidas necessárias”, para que possa tornar efetiva a tutela específica ou a obtenção do resultado prático a ela equivalente. Estas medidas, segundo o mesmo dispositivo legal, podem ser impostas de ofício ou a requerimento da parte. Quebrou o legislador, desta forma, o princípio da tipicidade em relação à tutela executiva.¹⁷⁰

Havendo a necessidade da prevenção de um ilícito, pode ser que, após a fixação da multa, ela não se revele eficaz a atingir aquele objetivo. Neste caso, não obstante possa o juiz, como acima se afirmou, modificar o valor da multa, pode também se revelar mais eficaz a substituição da multa por uma medida executiva.

Às vezes, mesmo antes da fixação da multa, apesar da parte ter pleiteado a imposição desta, pode ser que se vislumbre no caso concreto ser mais eficaz a utilização de uma “medida necessária”, por não possuir o demandado patrimônio, por exemplo. Em razão da fungibilidade inerente à tutela inibitória, já analisada anteriormente (item 4.4), é possível que o juiz opte, desde logo, por este caminho.

¹⁶⁹ Marinoni, a respeito, afirma: “Na verdade, tomando-se em consideração a natureza da multa, é fácil perceber que sua fixação é feita sempre em caráter provisório, exatamente porque ela tem por fim apenas garantir a efetividade da tutela jurisdicional, e não um direito de crédito em favor do autor ou um direito de não pagar uma multa superior a ‘x’ por parte do réu” (Op. cit., 2000b, págs. 184/185).

¹⁷⁰ Sobre a quebra do aludido princípio, e sua relação com os postulados da “segurança jurídica”, v. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 185/187.

Nestes casos, estará sendo substituída ou subsidiada a tutela inibitória pela tutela preventiva executiva. A tutela preventiva executiva é aquela que se destina a prevenir a prática ou repetição do ilícito, mediante o emprego de meios executivos. Distingue-se da primeira por prevenir o ilícito independentemente da vontade, da atuação do réu, enquanto que a inibitória abre oportunidade para que o réu evite, por um comportamento negativo ou positivo seu, a prática do ilícito.

Distingue-se também a tutela executiva preventiva da tutela reintegratória, não obstante ambas encontrem seu meio instrumental no artigo 461, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, e consistam em atos executivos, que independem, portanto, da vontade do réu para atingir seus escopos. A diferença reside no fato de que a tutela preventiva executiva atua para evitar a prática ou repetição do ilícito, enquanto que a reintegratória tem por escopo eliminar a situação ilícita. Dever-se, assim, que a primeira tem nítida natureza preventiva, atuando para o futuro, enquanto que a segunda atua para o passado, visando restabelecer a situação anterior à prática do ilícito. Marinoni exemplifica esta diferenciação:

“Note-se que há diferença entre a tutela que apreende produto nocivo que está sendo oferecido ao público e a tutela que apreende produto nocivo à saúde para que ele não seja oferecido ao público. A primeira tutela é reintegratória, enquanto que a segunda é preventiva executiva”.¹⁷¹

No caso de substituição da tutela inibitória pela preventiva executiva em razão da fungibilidade, deve o juiz ter plena convicção de que a inibitória por meio da imposição da multa não atingirá seu escopo. Isto porque a tutela preventiva executiva, por valer-se de meios executivos para a prevenção do ilícito, sempre importa num maior gravame à esfera jurídica do réu. Assim, sempre se deve preferir a utilização da inibitória, sendo lícita a atuação da tutela preventiva executiva apenas quando aquela revelar-se absolutamente ineficaz em cumprir seu objeto, ou, no dizer de Marinoni: “A tutela preventiva executiva, nesta linha, somente deve preferir à tutela inibitória quando, por alguma circunstância, a tutela

¹⁷¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, págs. 134/135, nota 59.

inibitória não se apresentar capaz de conferir a devida tutela ao direito do autor”.¹⁷²

Quando a ineficácia da inibitória se revela após a fixação da multa, pode ser que as circunstâncias fáticas do caso concreto demonstrem que um aumento de seu valor também não será capaz de conferir efetividade ao provimento jurisdicional (como no caso, por exemplo, do réu não possuir patrimônio). Poder-se-á, assim, estabelecer a utilização das medidas necessárias previstas no parágrafo 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, para atingir aquela finalidade. De ver-se que o artigo contém um rol de medidas meramente exemplificativo, referindo-se, textualmente, a medidas “tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial”.¹⁷³ Nada impede, pois, que o magistrado determine uma outra medida, que não uma daquelas referidas pelo dispositivo legal, segundo as necessidades do caso concreto.

Na aferição da medida necessária que será utilizada subsidiariamente, deve atentar o magistrado àquela que se mostre apta a atingir seu escopo, segundo o caso concreto e que, além disso, revele-se menos onerosa ao réu. Neste patamar, alude Marinoni:

“É preciso observar, porém, que o juiz, na determinação da modalidade executiva capaz de fazer cessar o ilícito, deve estar atento ao princípio da necessidade, ou à denominada proibição de excesso. A proibição de excesso, como já foi dito, por remeter às idéias de ‘equilíbrio’ e de ‘justa medida’, visa a evitar que o direito do autor seja tutelado mediante a imposição de consequências ‘desmedidas’ ao demandado”.¹⁷⁴

Assim, quando duas ou mais “medidas necessárias” se revelem aptas a tutelar de forma efetiva o direito do autor, deve o juiz optar por aquela que represente um menor gravame à esfera jurídica do réu; caso contrário estar-se-á ofendendo o princípio da necessidade, expressamente previsto no artigo 620 do Código de Processo Civil.

¹⁷² Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 129.

¹⁷³ Sobre a natureza exemplificativa do referido rol, Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 125.

¹⁷⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 188.

6.2- Da natureza da sentença inibitória.

6.2.1- A insuficiência das sentenças clássicas para garantir uma efetiva prestação da tutela inibitória.

As três sentenças clássicas (condenatória, declaratória e constitutiva), com o surgimento de novas situações jurídicas até então não conhecidas, ou não tratadas com a devida importância, que possuem, no mais das vezes, conteúdo não patrimonial, demonstraram-se ineficazes para conceder uma adequada tutela a estas situações.

Por certo, nenhuma daquelas espécies de sentenças é capaz de proporcionar à tutela inibitória a força necessária a que a mesma debele a possibilidade da prática, reiteração ou prosseguimento do ilícito.

A sentença condenatória, conceitualmente correlacionada à execução forçada, por este motivo, não se compadece com as necessidades de uma tutela preventiva. Na sentença condenatória, verifica-se que não há a emanção de uma ordem proferida pelo Estado-juiz em detrimento do réu. Apenas existe a declaração da existência do direito do autor, seguida da *sanctio juris* (condenação), abrindo-se, assim, oportunidade a que o autor possa mover uma posterior ação de execução caso o réu, mesmo após a condenação, não venha a adimplir voluntariamente a obrigação. De ver-se que, no caso, não contém a sentença qualquer meio capaz de coagir o réu a adimplir voluntariamente a obrigação. Não se presta, desta forma, a garantir uma adequada tutela inibitória. Esta, como decorre de sua própria índole preventiva, deve contar, necessariamente, com mecanismos coercitivos que levem o réu a não praticar o ilícito iminente, não se compadecendo, portanto, com o binômio condenação-execução forçada. Marinoni, por sua vez, apregoa a inefetividade da sentença condenatória para a tutela dos direitos não patrimoniais, nos seguintes termos:

“Os direitos não patrimoniais, como é curial, não podem ser efetivamente tutelados através da sentença condenatória. Essa sentença, por relacionar-se com a execução por sub-rogação, somente mostra-se adequada para permitir a reparação do direito violado ou o cumprimento forçado da obrigação inadimplida. A sentença condenatória, como já foi dito, não se presta a impedir alguém de praticar um ilícito, exatamente

porque não se correlaciona com a execução indireta, ou seja, com meios que possam atuar sobre a vontade do devedor para convencê-lo a adimplir”.¹⁷⁵

A sentença declaratória, por sua vez, também não é capaz de proporcionar à parte a adequada tutela inibitória. Esta sentença tão somente tem o efeito de tornar certa a existência ou inexistência de determinada relação jurídica, ou a falsidade ou veracidade de documentos. Esta declaração, porém, não tem o condão de coagir alguém a praticar, ou se abster, de determinada conduta.¹⁷⁶

Por fim, a sentença constitutiva, exatamente por ter por escopo criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, também não pode promover uma eficaz tutela inibitória. Não obstante ela se opere de imediato (tal qual a declaratória), não fica o réu vinculado à observância de uma determinada conduta, exatamente por não contar esta espécie de sentença, também, com a presença de qualquer medida coercitiva capaz de assegurar sua observância. Nem haveria necessidade de que assim o fosse, ante a conformação e finalidade atribuídas à presente sentença.

Chega-se, desta forma, à conclusão explanada por Marinoni, *in verbis*:

“As sentenças da classificação trinária, em outras palavras, não tutelam de forma adequada os direitos que não podem ser violados, seja porque têm conteúdo não-patrimonial, seja porque, tendo natureza patrimonial, não podem ser adequadamente tutelados pela via ressarcitória. Pior do que isso, a classificação trinária, por sua inefetividade, permite a qualquer um expropriar direitos não-patrimoniais, como o direito à higidez do meio ambiente, transformando o direito em pecúnia. Na verdade, e por incrível que possa parecer, um sistema que trabalha exclusivamente com as três sentenças clássicas está dizendo que todos têm direito a lesar direitos desde que se disponham a pagar por eles!”¹⁷⁷

Desta forma, ante o direito constitucional que possui o cidadão de obter uma tutela adequada e efetiva à lesão ou ameaça sofrida por seu direito (artigo 5º, XXXV, da Carta Magna), deve-se buscar a formulação de um novo provimento jurisdicional, diverso daqueles três formulados pela concepção clássica, de resto, atrelada aos princípios do direito liberal (como a inviolabilidade da esfera de

¹⁷⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 38.

¹⁷⁶ Cf., neste sentido, Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 190.

¹⁷⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000a, pág. 39.

vontade da pessoa e a necessidade de que o juiz simplesmente pronuncie a lei, sem exercer qualquer atividade criativa ou de *imperium*). Esta sentença é a mandamental, que será analisada nos itens subseqüentes.

6.2.2- A sentença mandamental: conceito e distinção da sentença condenatória.

Pode-se conceituar a sentença mandamental como aquela que se caracteriza por conter uma ordem para que determinada pessoa pratique ou se abstenha da prática de um ato.

Pontes de Miranda a define como “(...) aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz *manda*”.¹⁷⁸

Difere da sentença condenatória exatamente por trazer em seu bojo uma ordem, que deve ser observada pelo réu e que se consubstancia na expedição de um mandado, que deve ser cumprido na própria relação processual em que a ordem fora proferida. Neste patamar, pede-se *venia* para transcrever a elucidativa lição de Ovídio Baptista da Silva:

“A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz *ordena* e não simplesmente *condena*. E nisto reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do Processo de Conhecimento. Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento”.¹⁷⁹

Marinoni, por sua vez, afirma que a tutela mandamental diferencia-se da condenatória não apenas em razão da ordem que é inerente ao seu conteúdo,

¹⁷⁸ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Op. cit., tomo 6, pág. 23.

¹⁷⁹ Silva, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, v. 2, pág. 334.

senão também por garantir a tutela efetiva de direitos que não poderiam ser eficazmente tutelados pela segunda.¹⁸⁰ Este autor, aliás, conceitua a tutela mandamental como tal não apenas em razão da ordem que contém, mas também em razão da existência de medidas coercitivas que lhe atribuam efetividade no plano fático, como se denota do texto abaixo transcrito:

“Uma sentença não é mandamental apenas porque manda, ou ordena mediante mandado. A sentença que ‘ordena’, e que pode dar origem a um mandado, mas não pode ser executada mediante meios de coerção suficientes, não pode ser classificada como mandamental. A mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir. Só há sentido na ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração. Da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a ‘sanção’, a sentença mandamental somente é mandamental porque há a coerção”.¹⁸¹

Afigura-se correta a aludida lição. Com efeito, de nada adiantaria a sentença conter uma ordem, se não fossem previstos meios capazes de tornar esta ordem aplicável faticamente. Considerando-se a necessidade de relativização do binômio direito-processo, parece correto se retirar as características, a fundamentação e o conceito de determinado provimento de acordo com os resultados concretos que ele seja capaz de proporcionar no plano dos fatos, na vida dos litigantes. Conferir-se uma ordem sem os necessários meios coercitivos capazes de lhe proporcionar atuação redundaria no mesmo que simplesmente condenar.

A existência de uma tutela mandamental, todavia, é negada por grande parte da doutrina. Isto se deve, como afirma Ovídio Baptista, pela origem do instituto. Segundo o renomado autor, a ação mandamental descende dos interditos romanos, remédios pelos quais o pretor ordenava um fazer ou um não fazer. Tais interditos, porém, não configuravam ações, que eram ligadas as obrigações, enquanto aqueles se destinavam à tutela de outros interesses, mormente de natureza pública.¹⁸²

¹⁸⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 351.

¹⁸¹ Idem, ibidem, pág. 356.

¹⁸² Silva, Ovídio A. Baptista da. Op. cit, v. 2, págs. 334/335.

Todavia a doutrina moderna, ante a necessidade de adequada tutela jurisdicional e a realidade que se apresenta, começa a inclinar-se pela aceitação da existência da tutela mandamental no ordenamento jurídico pátrio. Assim, por exemplo, afirma Kazuo Watanabe :

“Muita gente não aceita a teoria de Pontes de Miranda, mas hoje tenho a impressão de que a realidade está mostrando que existe, efetivamente, a categoria da sentença mandamental, além da executiva ‘lato sensu’”.¹⁸³

6.2.3- A tutela inibitória e a sentença mandamental.

Não obstante a existência de posições contrárias à possibilidade de uma sentença mandamental, a mesma se encontra presente, atualmente, em expressas disposições do Estatuto Processual Civil pátrio.

Com efeito, o artigo 461 do Código de Processo Civil traz em seu corpo todos os elementos característicos desta espécie de sentença, quais sejam: a possibilidade de emanção de ordem judicial, determinando um fazer ou um não fazer, e a cominação de multa visando garantir a eficácia da ordem (meio coercitivo).

A tutela inibitória, por seu turno, visando a prevenção do ilícito, deve ser consubstanciada numa ordem de fazer ou não fazer, conforme o caso, a que se atrele um meio coercitivo capaz de garantir sua observância. Fica clara, pois, a correlação entre a tutela inibitória e a sentença mandamental, modalidades que, atualmente, em virtude da necessidade de que se confira adequada e efetiva tutela jurisdicional aos direitos, mormente àqueles que não possuem conteúdo patrimonial, e ante a plena ineficácia das formas clássicas de tutela a cumprir este desiderato de maneira completa, não podem mais ser desconsideradas.

Considerando a natureza mandamental da sentença que concede a tutela inibitória não se pode deixar de atentar à possibilidade de responsabilização criminal do réu que descumprir o preceito judicial.

¹⁸³ Watanabe, Kazuo. Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/cpc/doutrina4.htm>> Acesso em 30 jun. 2001.

Com efeito, o artigo 330 do Código Penal tipifica como crime a desobediência a ordem legal, emanada por funcionário público.

Ora, consistindo a sentença que julga procedente a ação inibitória, ou mesmo a decisão que a concede antecipadamente, numa ordem de fazer ou não fazer, ante o descumprimento de qualquer delas sempre haverá a possibilidade da configuração de crime de desobediência, sujeitando-se o réu ao competente processo criminal e às sanções penais aplicáveis à espécie.

Damásio E. de Jesus, por seu turno, afirma que inexistente crime de desobediência quando a norma extrapenal comine sanção administrativa ou civil à inobservância da ordem, sem ressaltar a possibilidade de cumulação daquelas com a pena prevista no artigo 330 do Código Penal, nos seguintes termos:

“Inexistente desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa, já comina uma sanção sem ressaltar sua cumulação com a imposta no art. 330 do Código Penal. Nesse sentido: RF, 189:336 e 257:298; RJTJSP, 59:330, 61:328 e 62:371; JTACrimSP, 63:104, 69:329, 71:81 e 72:287; RT, 538:361, 542:338 e 573:398; TACrimSP, Acrim 609.937, RJDTACrimSP, 9:80. Significa que inexistente o delito se a desobediência prevista na lei especial já conduz a uma sanção civil ou administrativa, deixando a norma extrapenal de ressaltar o concurso de sanções (a penal, pelo delito de desobediência, e a extrapenal)”.¹⁸⁴

Esta não parece ser, todavia, a melhor orientação. Com efeito, distinguem-se as sanções civil e penal pela natureza e objetivos de cada qual. Desta forma, a multa, de natureza civil, constitui meio tendente a coagir a vontade do réu para que cumpra a ordem judicial; já a pena constante do artigo 330 do Código Penal tem por fim restaurar a ordem jurídica violada; constitui, pois, uma reação estatal à inobservância de preceito que contém um elevado grau de interesse público, cuja ofensa põe em risco a própria estrutura social e jurídica do Estado, tendo por objeto jurídico a administração pública.

Assim, não há que se falar em *bis in idem*, nos casos em que se aplicam cumulativamente sanções civis e penais, ainda que o artigo 461 do Código de Processo Civil não tenha ressaltado expressamente esta possibilidade.

¹⁸⁴ Jesus, Damásio E. de. Código Penal Anotado. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, págs. 869/870.

Existem casos, ainda, em que a multa pode se revelar, de antemão, totalmente ineficaz para atingir seu desiderato e a substituição por medidas executivas afigurar-se impossível, seja porque o réu não possua patrimônio, seja porque apenas ato personalíssimo seu possa elidir o ilícito. Nestes casos, considerar impossível a responsabilização penal do réu que venha a descumprir o preceito judicial é o mesmo que tornar inócua, na prática, a disposição do artigo 461 do Código de Processo Civil. De ver-se que, embora não tenha a responsabilização criminal a finalidade precípua de proteger o interesse do autor, levando o réu a praticar ou abster-se do ato determinado na sentença, na prática, constitui o único meio apto a atingir este objetivo.

Problema maior concerne na possibilidade de prisão em flagrante no caso de descumprimento da ordem. Pode ocorrer que no momento em que receba a ordem, encontre-se o réu, por qualquer motivo, impossibilitado de cumpri-la imediatamente. Neste caso não há que se falar em prisão em flagrante, pois falta o elemento subjetivo do crime, qual seja, o dolo, motivo pelo qual não se afigura o delito, devendo-se estabelecer um prazo razoável para que a ordem possa ser cumprida, ao final do qual, verificando-se seu descumprimento, consuma-se o crime, podendo o réu ser preso em flagrante.

Havendo possibilidade de cumprimento imediato da ordem, consuma-se o delito no instante mesmo em que não há sua observância, motivo pelo qual pode o réu ser preso em flagrante.

Da sentença que conceda a tutela inibitória deve constar, necessariamente, além da cominação da multa, a ressalva da possibilidade de responsabilização pelo crime de desobediência, a fim de que o réu tenha pleno conhecimento das conseqüências que poderá sofrer no caso de descumprimento da ordem, sob pena de não se poder utilizar este expediente.

Por fim, deve-se frisar que não se pretende, no presente momento, aprofundar esta tormentosa questão. O objetivo desta breve exposição é, tão somente, ventilar a possibilidade de responsabilização criminal pelo descumprimento da ordem judicial, traçando breves premissas, sem, entretanto, partir de um aprofundamento científico apropriado, o que se reserva para estudos futuros.

7 – Da tutela inibitória na Itália.

7.1- Intróito.

Embora consubstancie tema da presente monografia os aspectos genéricos da tutela inibitória no âmbito individual, parece razoável, neste momento, tecer breves considerações sobre o instituto no ordenamento jurídico italiano, que tantas influências traz ao ordenamento pátrio, e constitui o berço da tutela inibitória no sistema romano-germânico ao qual se filia o Direito brasileiro. Todavia, estas considerações, por conterem o adjetivo de breves, não serão conduzidas com base em uma investigação absolutamente profunda em relação à grandiosidade do tema, nem tampouco se tem a pretensão de esgotá-lo, nos próximos itens.

O que se pretende é tão somente mostrar alguns aspectos gerais da tutela inibitória naquele ordenamento, a fim de que se possa comparar os aspectos que marcam o instituto no ordenamento nacional.

7.2- Breves considerações sobre a tutela inibitória na Itália.

7.2.1 – O fundamento da inibitória no Direito Italiano.

O surgimento dos chamados “novos direitos”, de conteúdo preponderantemente não-patrimonial, levou a doutrina italiana a concluir pela necessidade de se formular uma tutela capaz de prevenir o ato atentatório a estes direitos, em lugar da clássica tutela ressarcitória, até então considerada como o único remédio jurisdicional cabível contra o ilícito.

Para que se pudesse formular uma tutela preventiva adequada à defesa dos direitos que, por não comportarem índole patrimonial, não podiam ser eficazmente tutelados pelo meio ressarcitório, foi necessário que se repensasse o conceito de ato ilícito, chegando-se à conclusão de que este consiste, tão somente, no ato contrário ao direito, como fora anteriormente afirmado na presente obra (item 3.1). Dissocia-se, assim, do conceito, aquele que é a normal conseqüência do ato ilícito, que até então lhe vinha atrelado, qual seja, o dano. Formulou-se, com base nestas premissas, a teoria da tutela inibitória, tutela esta que, por ser voltada ao ilícito, não tem qualquer relação com o dano. Este distanciamento entre a tutela inibitória e o dano é pugnado pela doutrina italiana, como informa Marinoni:

“A moderna doutrina italiana, ao tratar do tema, deixa claro que a tutela inibitória tem por fim prevenir o ilícito e não o dano. Frignani e Rapisarda, que possuem as principais obras a respeito da tutela inibitória na Itália, não vacilam em afirmar que a inibitória prescinde totalmente dos possíveis efeitos concretos do ato ou da atividade ilícita, e que a sua dependência deve ficar circunscrita unicamente à possibilidade do ilícito”.¹⁸⁵

Sentiu-se a necessidade, ainda, em Itália, de buscar-se o fundamento da tutela inibitória atípica em seu ordenamento jurídico.

Segundo aduz Marinoni¹⁸⁶, o primeiro a tratar do assunto foi Aldo Frignani, que encontrou o fundamento da inibitória atípica no artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, que reza: “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezione di questo capo, chi a fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinária, questo cia minacciato da um pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere com ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.”¹⁸⁷ Vê-se que esta norma constitui a base, no Direito Italiano, da cautelar inominada, correspondendo ao artigo 798 do Código de Processo Civil nacional.

Afirma Frignani que o referido artigo possibilita a tutela inibitória atípica provisória, o que garantiria a possibilidade, também, da tutela inibitória final, haja vista que ambas possuem os mesmos elementos constitutivos. Retira o aludido autor, do artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, a existência de um princípio geral de prevenção.

Marinoni tece uma crítica à tese proposta por Frignani, afirmando que este não logrou êxito em demonstrar a razão pela qual a tutela inibitória estaria garantida pelo artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, visto que a inibitória não se confunde com a cautelar. Alude que para alcançar validade, o raciocínio de Frignani teria que seguir rumo inverso: dever-se-ia demonstrar o fundamento

¹⁸⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 37/38.

¹⁸⁶ Idem, ibidem, pág. 57.

¹⁸⁷ Idem, ibidem, mesma página, nota 81 – “Fora dos casos regulados na seção precedente deste capítulo, se há fundado motivo para se temer que durante o tempo exigido para fazer valer seu direito na via ordinária, este seja ameaçado de sofrer um prejuízo iminente e irreparável, pode-se usar como recurso ao juiz um provimento de urgência, que seja, segundo as circunstâncias, idôneo à assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito” (tradução nossa).

normativo que alberga a tutela inibitória final (ou a tutela preventiva em geral) para, após, poder-se formular a inibitória provisória com base no referido artigo.¹⁸⁸

Por sua vez, Marinoni encontra o fundamento da tutela inibitória atípica no Direito Italiano, no artigo 24 da Constituição daquele país, que consagra o “princípio constitucional da efetividade”.¹⁸⁹ Noticia, porém, que a doutrina italiana tem aceito o artigo 700 do Código de Processo Civil italiano como o fundamento da tutela inibitória atípica naquele ordenamento, mais em razão da necessidade de se proporcionar uma tutela jurisdicional adequada do que por conter verdadeiramente a previsão de um princípio geral de prevenção. O artigo 700 do Código de Processo Civil italiano constitui, segundo a linguagem deste autor, tão somente uma “válvula de escape para a prestação da tutela jurisdicional adequada”.¹⁹⁰

7.2.2- Algumas hipóteses de cabimento da inibitória no Direito Italiano.

A tutela inibitória tem cabimento, no Direito Italiano, em diversas situações. A primeira delas concerne à proteção dos direitos da personalidade. Há disposições expressas no Código Civil italiano que vedam o uso ilegítimo de nome por outrem (artigo 7º), bem como a exposição da imagem de uma pessoa fora dos casos permitidos pela lei, ou quando a exposição puder trazer prejuízo ao decoro ou reputação da pessoa.¹⁹¹ De resto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência italianas admitem a existência de um “diritto generale alla riservatezza”, consistente no amplo direito que tem a pessoa de excluir do conhecimento alheio tudo o quanto lhe diga respeito, admitindo-se, também, que a tutela deste direito se dá por meio da ação inibitória.¹⁹²

Também tem cabimento a inibitória para a prevenção dos casos de turbacão ou molestamento da propriedade, posse ou servidão, admitindo-se sua

¹⁸⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 59/60.

¹⁸⁹ Idem, ibidem, págs. 61/62.

¹⁹⁰ Idem, ibidem, pág. 61; deve-se observar que o mesmo ocorreu no direito pátrio, com o artigo 798 do Código de Processo Civil.

¹⁹¹ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b., págs. 219/221.

¹⁹² Sobre o “diritto alla riservatezza” e as correntes que se seguiram na Itália, admitindo ou não sua existência, v. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b., págs. 222/224.

utilização tanto nos casos em que se tenha verificado a ocorrência do ilícito e se pretenda impedir sua continuação ou repetição quanto nas hipóteses em que apenas se receia que o ilícito venha a ocorrer. Pode também o proprietário inibir emissões, exalações, rumores, vibrações, etc, que provenham do imóvel vizinho, caso tais “emanações” ultrapassem o limite razoável de tolerabilidade. É o que informa Marinoni, *in verbis*:

“O proprietário, de acordo com o art. 844 do CC, tem o direito de impedir as emissões, exalações, rumores, vibrações e outras manifestações análogas provenientes de imóvel do vizinho, caso superem o limite da normal tolerabilidade. A tutela inibitória, assim, é admitida pela primeira parte do art. 844, que afirma que o proprietário ‘pode impedir’ as ‘emissões’ caso estas superem a ‘normal tolerabilidade’. Entende-se, também aqui, que a ação do proprietário independe de dano ou de culpa”.¹⁹³

O mesmo autor, porém, alude que o entendimento jurisprudencial, neste último caso, é de que a inibitória só é cabível no caso de ilícito de eficácia continuada (para cessar a emissão), não podendo ser utilizada antes da verificação do ato.¹⁹⁴

Verifica-se na Itália, ainda, em virtude da Diretiva 93/13 do Conselho da Comunidade Européia, datada de 05 de abril de 1.993, que estabeleceu no Código Civil daquele país o artigo 1469-*sexies*, a possibilidade de utilização da inibitória para impedir a utilização de cláusulas contratuais gerais abusivas. Esta ação pode ser intentada pelas câmaras de comércio, de indústria, de artesanato e de agricultura, ante a simples verificação da existência de cláusulas gerais abusivas em detrimento do consumidor. Esta a lição de Marinoni:

“A tutela é desvinculada de uma ‘lide’ em torno de uma cláusula de determinado contrato, dependendo, apenas, da existência de cláusulas gerais reputadas abusivas para o público consumidor. A tutela tem por escopo evitar a difusão das cláusulas gerais abusivas ou, em outras palavras, impedir que as cláusulas abusivas, antes mesmo de sua concreta utilização em contratos pactuados com os consumidores, sejam postas em circulação”.¹⁹⁵

¹⁹³ Idem, *ibidem*, pág. 226.

¹⁹⁴ Idem, *ibidem*, pág. 227.

¹⁹⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 237.

Sobre a possibilidade da utilização da tutela inibitória, no que tange à proteção do consumidor ante a existência de cláusulas gerais abusivas, antes mesmo que se verifique a prática do ilícito, faz-se importante a transcrição da lição de Sandro Vicentini, nestes termos:

“De um ponto de vista literal, a fórmula adotada no artigo 1.469-*sexies* do Código Civil italiano se refere a um efetivo uso das cláusulas abusivas. Assim, é necessário que a conduta ilícita contra a qual se busca a inibição já esteja efetivamente praticada (e não somente como uma predisposição existente nas cláusulas gerais de um contrato), prática esta suscetível de repetição, ou, ainda, capaz de produzir seus próprios efeitos de modo contínuo.

Se assim fosse, todavia, a nova disciplina da lei seria falha, e certamente alvo de uma infinidade de críticas.

Doutrinariamente se defende a concessão da inibitória sempre que exista apenas uma ameaça de lesão; raciocínio que derivaria também de uma analogia com a inibitória provisória, que, revestida de caráter tipicamente cautelar, pode ser concedida também antes da realização efetiva de algum prejuízo, tendo por base o simples temor, para solucionar uma situação que, com o decurso do tempo, revelar-se-ia como lesiva ao ameaçado”.¹⁹⁶

Por fim, até para que não se estenda muito sobre o assunto, haja vista que o que se pretende é tão somente informar a possibilidade de utilização da inibitória em Itália, aduz Marinoni que se admite, neste país, o uso da referida tutela, ainda, no que concerne aos atos de concorrência desleal (artigo 2.599 do Código Civil italiano), à proteção preventiva da marca, invenção, modelo e desenho, da firma e da insígnia, do direito de autor e da liberdade sindical e paridade dos sexos nas relações de trabalho.¹⁹⁷ Em todas estas hipóteses a utilização da tutela inibitória independe da demonstração de dolo, culpa ou dano, sendo que, nas duas últimas (liberdade sindical e paridade dos sexos nas relações de trabalho), o não cumprimento do preceito judicial é punido com prisão, nos termos do artigo 650 do Código Penal italiano.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Vicentini, Sandro. A tutela inibitória nos termos do art. 1.469-*sexies* do Código Civil italiano. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Pr., ano III, no. 10, out. – dez. 1.998, pág. 750.

¹⁹⁷ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 228/235.

¹⁹⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit, 2000b, pág. 235, *fine*.

7.2.3- A ausência no Direito Italiano de norma que ampare a utilização de medidas coercitivas – a tentativa dogmática de reconstrução do conceito de sentença condenatória.

O ordenamento jurídico italiano ressenete-se da ausência de uma norma de conteúdo correlato à do artigo 461, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil brasileiro; não há, naquele país, desta forma, a possibilidade de que se utilize a cominação de multa capaz de atuar sobre a vontade do demandado para que ele cumpra ordem judicial que lhe determine um fazer ou um não fazer. Não há, pois, previsão que sustente a existência da sentença mandamental, no ordenamento italiano.

Em virtude do surgimento dos novos direitos, cujo conteúdo, ao menos preponderante, não apresenta cunho pecuniário, a sentença condenatória, tradicionalmente atrelada à execução forçada, demonstrou-se ineficaz para conferir pleno resguardo a diversas situações de direito material que necessitam da proteção jurisdicional.

Tendo em vista esta situação, elaborou Proto Pisani, como informa Marinoni¹⁹⁹, uma reconstrução do conceito de sentença condenatória. Partindo da análise do artigo 24 da Constituição Italiana, que alberga o princípio da efetividade, e dando-lhe uma interpretação à luz do princípio chiovendiano de que o processo deve garantir a quem tem o direito exatamente aquilo que ele tem direito de obter²⁰⁰, propugna o aludido autor a utilização de prisão para os casos de descumprimento de ordem judicial que determine um não fazer ou um fazer infungível. Segundo ele, a sentença que determine um fazer ou um não fazer tem natureza condenatória, não sendo correta a correlação que tradicionalmente se apregoa da condenação à execução forçada. Marinoni demonstra o pensamento do autor, na seguinte passagem:

“É fácil perceber que Pisani supõe que a principal dificuldade em admitir a atipicidade da inibitória está na tese que sustenta a correlação necessária entre a condenação e a execução forçada. Em nome da generalização da inibitória e da conseqüente necessidade de uma sentença que possa ser atuada via medidas de coerção, o professor da

¹⁹⁹ Idem, ibidem, págs. 325/328.

²⁰⁰ Idem, ibidem, págs. 317/325.

Universidade de Florença propõe que o art. 24 da Constituição italiana seja interpretado ‘alla luce del principio secondo cui ‘il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha ragione tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire’”.²⁰¹

O bem resguardado, segundo Pisani, seria a autoridade da sentença do juiz, e não propriamente a eficácia executiva da mesma, motivo pelo qual seria admissível o emprego de prisão, nos casos em que se verificasse seu descumprimento.²⁰²

A tese proposta por Pisani foi crítica por Chiarloni, como informa Luiz Guilherme Marinoni.²⁰³ Segundo Chiarloni, a admissibilidade da utilização da prisão como meio coercitivo tendente a conduzir à observância da ordem judicial levaria a uma “penalização” do processo civil, possibilitando-se a aplicação da prisão a todas as “condenações” ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, independentemente do seu conteúdo.²⁰⁴ Ademais, segundo o mesmo autor, não haveria no ordenamento italiano nenhum elemento que conduzisse, com segurança, à conclusão de que, no caso do não adimplemento espontâneo de uma obrigação, possa o juiz condenar o réu a cumpri-la.²⁰⁵

Ovídio Baptista da Silva, por sua vez, denuncia a posição do processualista italiano Attardi, para o qual as sentenças que tratam de obrigações de fazer e não fazer são meramente declaratórias, nestes termos:

“A solução encontrada por ATTARDI, para as obrigações consistentes num fazer ou não fazer infungíveis, é considerá-las tuteláveis no plano jurisdicional, apenas através da sentença de mera declaração porque – sendo o direito reconhecido pelo magistrado não ‘*realizzabile coattivamente*’, ‘*per via d’esecuzione forzata*’ – carece o direito italiano, por outro lado, de uma norma ‘*che tuteli direttamente l’autorità delle decisioni giudiziarie*’, qual o *Contempt of Court* do direito inglês (pág. 107)”.²⁰⁶

Todavia, a tese acima explanada não pode ser aceita, exatamente por não conter a sentença meramente declaratória meios de assegurar sua observância.

²⁰¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 327.

²⁰² Idem, ibidem, pág. 328.

²⁰³ Idem, ibidem, págs. 329/333.

²⁰⁴ Idem, ibidem, pág. 332.

²⁰⁵ Idem, ibidem, pág. 331.

²⁰⁶ Silva, Ovídio Baptista da. Op. cit., v. 2, pág. 427.

Esta espécie de sentença adquire eficácia tão somente nos casos em que se vise retirar a dúvida acerca da existência ou inexistência da relação jurídica. Admitir que a sentença que trate de obrigações de fazer e não fazer tenha natureza meramente declaratória, é o mesmo que aceitar a inefetividade do ordenamento jurídico para a tutela adequada e efetiva dos direitos de caráter extra patrimonial, aceitando-se, ainda, sua indevida e incerta monetização.²⁰⁷

Informa Marinoni que em dezembro de 1.994 foi designada uma comissão para proceder à revisão do Código de Processo Civil italiano, comissão esta presidida pelo professor Tarzia.²⁰⁸ Dentre as propostas apresentadas, encontra-se a introdução de medidas coercitivas análogas às *astreintes*, no ordenamento processual italiano. Ficariam, porém, excetuados de sua atuação os casos de obrigações de trabalhador autônomo ou subordinado, bem como os que possam lesionar direitos da personalidade.²⁰⁹ Esta é, pois, em breves linhas, a atual situação em que se encontra o tema no direito italiano.

8- Conclusões.

- 1- Atualmente o direito processual civil se encontra na fase metodológica denominada instrumentalista, na qual propugna-se pela relativização do

²⁰⁷ Cf. neste sentido Silva, Ovídio Baptista da. Op. cit., v. 2, pág. 427. No mesmo sentido, Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, pág. 338.

²⁰⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Op. cit., 2000b, págs. 343/344.

²⁰⁹ Idem, ibidem, pág. 344.

binômio direito – processo, afirmando-se, ainda, que o valor do processo reside nos resultados concretos que o mesmo é capaz de proporcionar aos destinatários do serviço jurisdicional.

- 2- Em razão da aludida necessidade, retoma-se o estudo da tutela jurisdicional, entendida como a proteção conferida jurisdicionalmente àquele que efetivamente possua o direito.
- 3- Tendo em vista que o processo deve assegurar a seu destinatário uma tutela efetiva e adequada, faz-se mister a elaboração dogmática de uma tutela que seja capaz de prevenir a afronta a direitos, mormente quando estes não contenham cunho patrimonial e, por isso, não possam ser integralmente tutelados pela via ressarcitória.
- 4- Ato ilícito é aquele contrário ao direito, desvinculando-se deste conceito o dano, que é mero resultado eventual do primeiro. Assim, não se pode admitir que a tutela ressarcitória seja a única capaz de atuar contra o ato ilícito.
- 5- Tutela inibitória é aquela que tem por escopo impedir a prática, repetição ou continuação do ato ilícito. Sendo voltada contra o ilícito e não contra o dano, não constituem pressupostos para sua admissibilidade o dano, a culpa e o dolo, bastando que se demonstre a probabilidade da prática, repetição ou continuação do ilícito.
- 6- Encontra fulcro a tutela inibitória no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assegura ao jurisdicionado uma tutela adequada e efetiva, incluindo-se, assim, o direito à tutela preventiva, como se denota da expressão “ameaça a direito”, constante no aludido dispositivo constitucional, configurando-se num verdadeiro princípio geral de prevenção.
- 7- Distingue-se a inibitória da cautelar, pois é uma tutela autônoma, que tem por fim impedir a prática, repetição ou continuação do ilícito, fundada em cognição exauriente e que culmina numa sentença que produz coisa julgada material.
- 8- O artigo 461 do Código de Processo Civil, lido à luz dos princípios da efetividade e instrumentalidade do processo, comporta os meios

instrumentais necessários à utilização da tutela inibitória, no âmbito individual.

- 9- A tutela inibitória pode redundar numa ordem de fazer (inibitória positiva), quando o ilícito se dê por meio de omissão, ou numa ordem de não fazer (inibitória negativa), quando o ilícito se verificar por meio de ação.
- 10- A tutela inibitória não se confunde com a reintegratória, pois esta visa remover o ilícito já ocorrido independentemente da vontade do réu, enquanto aquela visa prevenir a prática, reiteração ou continuação do ilícito, atuando sobre a vontade do réu para que ele não pratique o ato.
- 11- Quando se verificar que a inibitória, mediante a cominação de multa, não será capaz de alcançar o escopo a que se destina, qual seja, a prevenção do ilícito, poderá o juiz, de ofício, substituí-la por outra medida considerada mais adequada (fungibilidade), desde que não constitua um gravame injustificado e desnecessário à esfera jurídica do réu, em vista da necessidade de proteção do direito do autor (princípio da necessidade), havendo a possibilidade de que o juiz, no caso de abuso, fraude ou erro grosseiro, sofra sanções civis e disciplinares por seus atos.
- 12- O ordenamento processual civil brasileiro prevê hipóteses típicas de tutela inibitória, como, por exemplo, o interdito proibitório, mas também abre ensejo à utilização de uma tutela inibitória atípica (artigo 461 do Código de Processo Civil), para todos os casos que dela necessitem, mormente para a proteção de direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade.
- 13- A tutela inibitória pode ser concedida antecipadamente, com fulcro no artigo 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, devendo-se, para tanto, demonstrar a possibilidade da prática, repetição ou continuação do ilícito, o receio fundado de que o provimento final não seja eficaz ou o manifesto propósito protelatório ou abuso do direito de defesa.
- 14- Pode a tutela inibitória antecipada, a teor do que se dá com a definitiva, ser substituída, mesmo de ofício, por outra medida que se mostre mais efetiva à prevenção do ilícito, sempre que for verificado que a primeira não será apta a alcançar seu desiderato, devendo-se, no entanto, analisar a adequação da nova medida para produzir o resultado pretendido pelo autor

sem que se constitua um gravame demasiado à esfera jurídica do réu. Apresenta, pois, a inibitória antecipada, o carácter da fungibilidade, limitado pelo princípio da necessidade, havendo, também aqui, a possibilidade de responsabilização civil e disciplinar do magistrado que agir com abuso ou fraude, ou que cometa erro grosseiro.

- 15- A antecipação da tutela inibitória pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que, no curso do processo, se afigure por elementos constantes dos autos que a mesma é desnecessária, ou, ao menos, que é desnecessária a produção de alguns de seus efeitos.
- 16- A tutela inibitória é executada nos próprios autos do processo de conhecimento, mediante a imposição de multa, que tem por escopo agir sobre a vontade do réu para que ele cumpra a ordem judicial emanada. A multa, assim, tem natureza coativa, e não indenizatória, devendo ser observada como critério para a fixação de seu valor, a capacidade econômica do demandado, sob pena da mesma não atingir seu escopo.
- 17- Pelo sistema processual civil brasileiro, a multa reverte em benefício do autor, embora não tenha a mesma um carácter indenizatório, tendo por fim, somente, assegurar a efetividade da ordem judicial.
- 18- A multa pode ser fixada tanto na decisão antecipatória quanto na sentença final, podendo-se dizer que adquire eficácia e, portanto, pode ser cobrada, no mesmo instante em que a decisão na qual foi fixada adquire eficácia. Desta forma, quando fixada em decisão antecipatória, adquire eficácia desde logo, haja vista que esta decisão surte efeitos imediatos; quando fixada na sentença final, adquire eficácia no mesmo momento em que esta, ou seja, após o trânsito em julgado. Havendo recurso que possua efeito suspensivo, não surte efeito a multa até seu julgamento.
- 19- Revelando-se excessivo ou ineficaz à prevenção do ilícito o valor fixado, pode o mesmo ser aumentado ou diminuído, mesmo de ofício pelo juiz. Caso permaneça a ineficácia, pode a multa ser substituída por medidas executivas, que visam prevenir o ilícito independentemente da vontade do réu (tutela preventiva executiva), atentando-se sempre ao já referido princípio da necessidade.

- 20- As sentenças clássicas, exatamente por não permitirem a utilização de medidas coercitivas a fim de assegurar sua observância, não são capazes de garantir uma efetiva e adequada tutela inibitória aos direitos que dela não possam prescindir.
- 21- A tutela inibitória é prestada por meio de uma sentença mandamental, ou seja, por meio de uma sentença que determine algo, valendo-se de meios coercitivos para garantir sua observância. Consistindo a sentença numa ordem de fazer ou não fazer, seu descumprimento pode acarretar a responsabilização penal do réu, pelo crime de desobediência, previsto nos artigo 330 do Código Penal.
- 22- Na Itália fundamenta-se a tutela inibitória, à falta de melhor norma, no artigo que prevê a cautelar inominada, sendo, ainda, que não há no ordenamento italiano a previsão de uma sentença que possa coagir a vontade do réu para que o mesmo a observe, estando em trâmite um projeto de reforma do Código de Processo Civil daquele país que, entre outras coisas, introduz a sentença mandamental no ordenamento italiano.

9- Referências Bibliográficas.

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Vademecum Universitário de Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1.998.

ARAÚJO, Marcos. **A tutela inibitória como meio de evitar dano à imagem e à intimidade**. Disponível em:

<<http://www.juxtalegem.com.br/artigos/atutelainibitoria.html>> Acesso em 30 jun 2.001.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória e o “amparo de protección colectivo” no Código Processual Constitucional da Província de Tucumán – Argentina.** Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Pr., ano IV, v. 14, p. 773-780, out.-dez. 1.999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações.** 5ª ed. São Paulo: RT, 1.997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.995.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Considerações sobre a tutela inibitória.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/consideracoes.html>> Acesso em 30 jun. 2.001.

BRASIL. Segunda Vara Cível da Comarca de Joinville. Direito do Consumidor. Exegese do art. 29 do CDC. Contrato de distribuição e revenda de bebidas. Cláusula abusiva, princípio da boa-fé e desequilíbrio contratual. Pedido de tutela antecipatória genérica. Acolhimento da pretensão emergencial como tutela inibitória. Aplicação do art. 461 do CPC. Prevenção interinal do dano fundada em verossimilhança. Autos nº. 03898041752-7. Autor: Bierville Distribuidora de Bebidas Ltda. Ré: Companhia Cervejaria Brahma. Juiz Joel Dias Figueira Júnior. Joinville, 7 de maio de 1.999. **Genesis** – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Pr., ano V, v. 15, p. 185-190, jan.-mar. 2.000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1.988.** São Paulo: RT, 1.993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2.000.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1.995.

FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. 3^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. Consulex – Revista Jurídica, Brasília, DF, ano II, v. I, n^o. 20, p. 42-43, ago. 1.998.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1.996.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.999.

_____. **Obrigações**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 1.996.

GUERRA, Marcelo Lima. **Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer**. *In* Processo de execução e assuntos afins. São Paulo: RT, 1.998, coord. Teresa Arruda Alvim Wanbier.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.996.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.999, v. I.

_____. _____. 23^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.999, v. II.

JUNIOR, Nelson Nery. **Procedimentos e tutela antecipatória**. In *Temas atuais de Direito*. São Paulo: RT, 1.998, coord. Teresa Arruda Alvim Wanbier.

MAFFINI, Rafael de Cás. **Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o Direito e o Processo**. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Pr., ano IV, v. 14, p. 718-731, out.-dez. 1.999.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica**. São Paulo: RT, 2.000a.

_____. **Tutela Inibitória**. 2^a ed. São Paulo: RT, 2.000b.

_____. **A antecipação da tutela**. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 1.998.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3^a ed. São Paulo: RT, 1.999.

_____. **Tutela Inibitória**. *Consulex – Revista Jurídica*, Brasília, DF, ano IV, v. I, n^o. 41, p. 40-43, mai. 2.000.

_____. **Um aprofundamento da questão da tutela dos direitos: tutelas inibitória, reintegratória, do adimplemento e ressarcitória**. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Pr, ano III, n^o. 10, p. 720-727, out.-dez. 1.998.

_____. **Tutela Inibitória: a tutela de prevenção do ilícito**. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Pr, ano I, n^o. 2, p. 347-372, mai.-ago. 1.996.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 23^a ed. São Paulo: RT, 1.995.

NEVES, Celso. **A propósito da antecipação de tutela.** In Temas atuais de Direito. São Paulo: Ltr, 1998, coord. Milton Paulo de Carvalho.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações.** Campinas: Bookseller, 1.998, tomo 1.

_____. _____. Campinas: Bookseller, 1.999, tomo 6.

RAGONE, Alvaro J. D. Perez. **El Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (Argentina) y el acceso a la justicia: punto de inflexión en la tutela de derechos. Parte I: cosmovisión del proceso.** Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Pr., ano V, n.º. 15, p. 107/123, jan.-mar. 2.000.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** 25^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.995, v. 1.

SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Do processo cautelar.** Rio de Janeiro: Forense, 1.996.

_____. **Curso de Processo Civil.** 4^a ed. São Paulo: RT, 1.998, v. 1.

_____. _____. 3^a ed. São Paulo: RT, 1.998, v. 2.

_____. _____. 2^a ed. São Paulo: RT, 1.998, v. 3.

_____. **Celeridade versus economia processual.** Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Pr., ano V, v. 15, p. 49-55, jan.-mar. 2.000.

SILVA, Rosana Ribeiro da. **Tutela específica da obrigação: artigo 461 do Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.feob.br/academico/artigo_13.html> Acesso em 30 jun. 2.001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo.** São Paulo: RT, 1.997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos Reais.** São Paulo: Atlas, 1.995.

VICENTINI, Sandro. **A tutela inibitória nos termos do art. 1.469- sexies do Código Civil italiano**. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Pr., ano III, nº. 10, p. 747-768, out.-dez. 1.998.

WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer**. Disponível em: <<http://acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/cpc/doutrina4.htm>> Acesso em 30 jun. 2.001.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1.993.