



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

SHIRLENY MARIA DOS SANTOS MASSEI

**A TUTELA INIBITÓRIA E A PREVENÇÃO  
DO ILÍCITO**

---

Londrina

2003

SHIRLENY MARIA DOS SANTOS MASSEI

**A TUTELA INIBITÓRIA E A PREVENÇÃO  
DO ILÍCITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, na área de concentração em Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Londrina  
2003

SHIRLENY MARIA DOS SANTOS MASSEI

**A TUTELA INIBITÓRIA E A PREVENÇÃO  
DO ILÍCITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, na área de concentração em Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina, como requisito à obtenção do título de Mestre.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Luis Fernando Bellinetti

---

Prof. Dr. Nely Lopes Casali

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Valkíria A. Lopes Ferraro

Londrina, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2003.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus.

Ao marido Édison Roberto Massei, por tudo.

Aos filhos Édison Roberto Massei Filho e Marco Antonio dos Santos Massei, à sobrinha, Taís Ferreira Borges e demais familiares, sem exceção, pela compreensão incondicional por minha “ausência”.

A todo pessoal que compõe o escritório, também sem exceção e pelo mesmo motivo.

À dedicada Thais Volante.

Ao Orientador, Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti, pela enriquecedora orientação.

À Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria de Fátima Ribeiro, pelo apoio.

Ao Prof. Dr. Oscar Ivan Prux, pelo exemplo.

Aos demais colegas e amigos de estudo, pelo companheirismo.

À Laureci, pessoa especial.

MASSEI, Shirleny Maria dos S. **A Tutela inibitória e a prevenção do ilícito.** 262f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial – Área de Concentração Processo Civil) Universidade Estadual de Londrina, Londrina-PR.

## RESUMO

Após o advento das tutelas antecipadas estabelecidas nos artigos 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, as ações de cognição mereceram intenso progresso, deixando de ser vistas como sendo tão somente o vetusto processo de cognição exauriente, que fazia perecer o direito pugnado, dada a demora da sentença trãnsita em julgado, muito embora alguns julgadores mais à frente de seu tempo, dispusessem do poder geral de cautela estabelecido no artigo 798 do Código de Processo Civil, desvirtuando positivamente o instituto da ação cautelar, para atender eventual direito premente reclamado. Porém, ainda assim, a preocupação dos operadores do direito sempre foi a reparação do dano, com o intuito de fazer a situação violada voltar ao *statu quo ante*, através de ressarcimento indenizatório. A preocupação excessiva em ressarcir o dano praticado, não permitia vislumbrar uma ação que pudesse evitar o ilícito e, por conseqüência, evitar a prática do dano e seu respectivo ressarcimento. Felizmente, porém, o ordenamento jurídico brasileiro deu um importante passo neste aspecto, admitindo a tutela inibitória, concebida sob a forma de ação de cognição exauriente e, em casos necessários, de tutela inibitória antecipada. O estudo da ação inibitória, propriamente dita, teve seu marco inicial na Itália, tendo como precursores Candian, Barassi e Benucci, tendo este último procedido à verdadeira distinção entre o ilícito e o dano, quando da análise à tutela contra a concorrência desleal, fincada no artigo 156 da Lei sobre Direitos de Autor, que afirma que para a utilização da tutela inibitória basta haver razão para temer a violação. Independe, pois, de um ilícito anterior. No Brasil a doutrina assenta sua fundamentação no inciso XXXV do art.5º. da Constituição Federal, como também nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Para coleta de dados buscou-se sua base no direito italiano, através de pesquisas, principalmente junto aos escritos de Marinoni, precursor da tese no Brasil. Conclui-se que a exploração do estudo de referida tutela resultará em formação de elementos peculiares a ela, trazendo excelentes resultados que refletirão na efetiva e completa busca da tutela jurisdicional a que se obriga o Estado.

**PALAVRAS CHAVE:** Ação, prevenção, ilícito, inibitória, inominada, dano, acesso à justiça, instrumentalidade, estabilização social, efeitos, sentença.

MASSEI, Shirleny Maria dos S. **The inhibitory tutelage and illicit prevention.**  
262f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial – Área de Concentração Processo Civil) Universidade Estadual de Londrina, Londrina-PR.

## ABSTRACT

After the institution of the anticipated tutelage established on the article 84 of the Code of Consumer Procedure, the cognition actions deserved intense progress, not being seeing as only the archaic process of an exhausting cognition, which looked like right of defense, due to the lateness of the sentence in transit being judged, although some judge ahead of his/her time had the general power of the Care established on the article 798 of the Civil Code, changing positively the institute of the care action, to work with casual reclaiming urgent law. However, even though, the law operators worry was always the damage reparation, in order to make the infringed situation go back to the *stato quo ante*, through recovery. The excessive preoccupation to recover the done damage, did not allow the action that could avoid the illicit and, therefore, avoid the practice of the damage and its reparation. Luckily, however, the Brazilian legal system had an important modification towards this, accepted the inhibitory tutelage, given under the aspect of exhaustible cognition action, and at necessary cases, of inhibitory anticipated tutelage. The study of the inhibitory action itself had its landmark in Italy, having as predecessors Candian, Barassi e Benucci, being this last one conducted the true distinction between the illicit and the damage, concerning the analysis of the tutelage against the unfair competition based on the article 156 of the Copyright Law, which claims that to use the inhibitory tutelage it is enough to have reasons to fear the violation, independently of the previous illicit. In Brazil, the body of principles has its basis in the sentence XXXV of the article 5o. of the Federal Constitution, in the articles 461 of the Civil Action and 84 of the Code of Consumer Procedure. To the data collection its basis was found on the Italian Law, through researchers, mainly on Marinoni's writings, developer of the theses in Brazil. In conclusion, the exploration of the study of such tutelage will result into formulation of elements pertinent to its own, bringing very good results which will reflect into the real complete search of the jurisdictional tutelage in which the State is connected at.

**KEY - WORDS:** Action, prevention, illicit, inhibitory, not nominated, damage, access to justice, instrument ability, social stabilization, effects, sentence.

MASSEI, Shirleny Maria dos S. **La tutela inibitoria e la prevenzione del illecito.**  
262f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial – Área de Concentração Processo Civil) Universidade Estadual de Londrina, Londrina-PR.

## RIASSUNTO

Dopo l'avvento delle tutele anticipate stabilite negli articoli 273, 481 e 461-A, quella del Codice di Processo Civile e dell'articolo 84 del Codice di Defesa del Consumitore, le azioni di cognizione meritavano intenso progresso, lasciando di essere viste come si fossero il processo vetusto di cognizione esauriente che lasciava caducare il diritto rivendicato, dato il ritardo della sentenza posta in giudizio, sebbene alcuni critici avanzati del suo tempo disponessero del potere generale di cautela stabilito dall'articolo 798 del Codice di Processo Civile, svirtuando positivamente l'istituzione dell'azione cautelare per soddisfare l'eventuale diritto premente reclamato. Ma, nonostante ciò la preoccupazione degli operatori del diritto fu sempre la riparazione del danno con l'intuito di far ritornare lo statu "quo" attraverso il risarcimento indennizzatore. La preoccupazione eccessiva di risarcire il danno provocato, non permetteva presentare un'azione che potesse evitare l'illecito e, per conseguenza, evitare la pratica del danno ed il suo rispettivo risarcimento. Felicamente, però l'ordinamento giuridico brasiliano fece un passo in avanti in questo ambito, ammettendo la tutela inibitrice concepita sotto forma di azione di cognizione esauriente e, se necessario, di tutela inibitoria anticipata. Lo studio dell'azione inibitoria propriamente detta ebbe inizio in Italia, avendo come precursori Candian, Barassi e Benucci visto che quest'ultima procedette alla vera distinzione fra illecito e il danno quando fece l'analisi della tutela contro la concorrenza sleale, basata nell'articolo 156 della legge sui Diritti d'Autore che afferma che per l'utilizzazione della tutela inibitoria basta aver motivo di temere la violazione, indipendentemente, d'altra parte, da un illecito antecedente. In Brasile, la dottrina basa la sua giustificativa sul paragrafo XXXV dell'articolo 5 della Costituzione Federale, negli articoli 461 del Codice di Processo Civile e 84 del Codice di Difesa del Consumitore. Quanto alla colletta dei dati si cercò la sua base nel Diritto Italiano attraverso ricerche, principalmente negli scritti di Marinoni, precursore della tesi in Brasile. Si conclude che la esplorazione dello studio di tutela risulterà in formazione di elementi peculiari a essa, portando eccellenti risultati che rifletteranno nella effettiva e ampia ricerca della tutela giurisdizionale alla quale si obbliga lo Stato.

**PAROLE CHIAVE:** Azione, prevenzione, illecito, inibitoria, innominata, danno, accesso alla giustizia, effetti, sentenza.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
D.U.D.H	Declaração Universal dos Direitos Humanos
Ed.	Edição
Inc.	Inciso
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
SUNAB	Superintendência Nacional do Abastecimento
SFH	Sistema Financeiro de Habitação
SPC	Sistema de Proteção ao Crédito
SERASA	Centralização dos Serviços dos Bancos S.A.
D.I.D.H.	Direito Internacional dos Direitos Humanos

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 DIREITO, MORAL E JUSTIÇA</b> .....	17
<b>3 OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL</b> .....	39
3.1 Os DIREITOS DA PERSONALIDADE .....	44
3.1.1 Histórico dos Direitos da Personalidade .....	45
3.1.2 Conceito .....	48
3.2 O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL .....	50
<b>4 DIREITO PROCESSUAL E DIREITO MATERIAL</b> .....	58
4.1 AÇÃO, DIREITO E PROCESSO .....	64
4.2 A ATUAIS TENDÊNCIAS DO PROCESSO CIVIL E A CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES .....	70
<b>5 TUTELA ANTECIPADA</b> .....	81
5.1 DEFINIÇÃO .....	86
5.2 CONTROVÉRSIAS .....	89
<b>6 TUTELA CAUTELAR</b> .....	93
6.1 BREVE HISTÓRICO .....	93
6.2 TUTELAS CAUTELARES DE DIFERENTES ECOPOS .....	96
<b>7 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA</b> .....	101
7.1 AS DIFERENTES NUANCES ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA .....	102
7.2 FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPATÓRIA E A TUTELA CAUTELAR – § 7º DO ARTIGO 273 DO CPC .....	107
<b>8 TUTELA INIBITÓRIA</b> .....	112
8.1 A TUTELA INIBITÓRIA E O ILÍCITO .....	124

8.2	DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO E O DANO .....	127
8.3	A QUESTÃO DA CULPA .....	139
8.4	OS DIFERENTES ESCOPOS DA TUTELA INIBITÓRIA.....	145
8.5	A TUTELA COMINATÓRIA .....	147
8.5.1	O Artigo 287 e sua Devida Harmonização com o Art. 461 .....	148
8.6	CARACTERÍSTICA DA TUTELA INIBITÓRIA – SUA AUTONOMIA.....	155
8.7	PRINCÍPIOS QUE DEVEM ORIENTAR A CONCESSÃO DA TUTELA INIBITÓRIA.....	157
8.7.1	Os Princípios Inerentes aos Direitos dos Demandados. Os Princípios da Efetividade e da Necessidade como base no Poder Decisório do Juiz .....	165
8.8	A TUTELA INIBITÓRIA E OS ARTIGOS 461 E 461-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	168
8.9	A TUTELA DO FAZER E A TUTELA DO NÃO FAZER.....	175
8.10	A TUTELA INIBITÓRIA E A TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO.....	176
8.11	OS MEIOS DE COERÇÃO E DE SUB-ROGAÇÃO .....	178
8.12	A CUMULAÇÃO DE PEDIDOS NA TUTELA INIBITÓRIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DE PEDIDO INIBITÓRIO CUMULADO COM PEDIDO RESSARCITÓRIO.....	183
8.13	TUTELA INIBITÓRIA, TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR.....	185
8.13.1	Tutela Inibitória Antecipada.....	190
8.14	A JUSTIFICATIVA PRÉVIA .....	195
8.15	O PRINCÍPIO DA PROBABILIDADE .....	199
8.16	A FUNGIBILIDADE DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA.....	200
8.17	MODIFICAÇÃO E REVOGAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA.....	203
8.18	A EFICÁCIA DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA NA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.....	206
8.19	TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS E CONSTITUTIVA ...	209
8.20	A EXECUÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA – MULTA .....	212
8.20.1	A Execução Direta.....	213
8.20.2	A Tutela Inibitória e o Princípio da Tipicidade .....	215
8.20.3	A Execução Indireta .....	218
8.21	A MULTA E A INDENIZAÇÃO PELO DANO .....	221

8.22 O VALOR ATRIBUÍDO A TÍTULO DE MULTA .....	225
8.23 ALTERAÇÃO DA MULTA E COISA JULGADA .....	228
8.24 A EFICÁCIA DA MULTA EM CASO DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO .....	230
8.25 O MOMENTO EM QUE A MULTA SE TORNA EXIGÍVEL.....	232
8.26 TÉCNICA PROCESSUAL DE APOIO – MEDIDAS NECESSÁRIAS .....	234
8.26.1 Medidas Necessárias e Frustração da Multa .....	237
<b>9 A SENTENÇA DA TUTELA INIBITÓRIA.....</b>	<b>239</b>
9.1 A SENTENÇA MANDAMENTAL .....	243
<b>10 DIFERENCIAÇÃO ENTRE TUTELAS INIBITÓRIA, RESSARCITÓRIA E REINTEGRATÓRIA.....</b>	<b>247</b>
<b>11 CONCLUSÃO .....</b>	<b>251</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>255</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito moderno busca a efetividade da tutela jurisdicional com espeque na assertiva de que ao Estado cabe o poder-dever de dar o provimento jurisdicional adequado através de sua efetiva prestação à medida que avocou para si esta função quando coibiu a autotutela. Esta efetividade, entretanto, implica em assegurar e conceder à parte que tem razão, tudo aquilo que tem direito de conseguir, tornando atual a conhecida máxima chiovendiana <sup>1</sup>, no sentido de que “O processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.” <sup>2</sup>

Em nome da relevante preocupação com a efetividade é que a doutrina, a jurisprudência e o legislador têm sentido a necessidade de aprofundarem-se nas águas que levam ao estudo da forma mais específica e expressiva de fazer valer esta prestação jurisdicional, o que se pode observar na crescente superação da regra clássica que priorizava a segurança jurídica em detrimento da efetividade e da tempestividade.

Os sinais das transformações, ocorridas especialmente na esfera do processo civil [instrumento a serviço do direito material], podem ser constatados através da reaproximação entre o direito material e o direito processual – até há pouco afastados significativamente; através da fungibilidade e relativização do valor das formas e da coisa julgada, e, principalmente, com a valorização efetiva dos direitos inerentes à personalidade, cuja proteção ocupa tanto os interesses individuais quanto os interesses supra-individuais. Para tanto, foram adotadas

---

<sup>1</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, § 12, p. 84.

“[...] *il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e próprio quello ch'egli há diritto di conseguire*”.

<sup>2</sup> Tradução nossa.

expressamente tutelas específicas e tutelas de urgência que autorizam, inclusive, medidas coercitivas, sempre visando a proteção dos direitos, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, superando, assim, os dogmas com os quais conviveu o processo civil durante muitas décadas.

Visa-se, então, encurtar a distância entre o pedido quando protegido pelo Direito e sua plena efetivação, especialmente no procedimento ordinário – é sabido que ele jamais serviu de base ao princípio da efetividade –, através destes modernos meios.

Lembrando-se ainda que, com relação às tutelas coletivas, instituiu-se o Código de Defesa do Consumidor, o Mandado de Segurança Coletivo que ampliou a forma de proteção contra a ofensa ao direito provocada pela autoridade representativa do ente público. Além do mais, a Constituição Federal manteve íntegras leis específicas de defesa dos direitos coletivos, a exemplo da Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347/85, ao recepcioná-las e acrescentando demais.

De outro lado, porém, não se pode vincular tão somente as tutelas de urgência à efetividade da prestação jurisdicional. Vislumbra-se no Direito moderno, dentro do procedimento ordinário, cuja cognição é exauriente, uma tutela apta a manter a integridade do direito prestes a ser ofendido. Trata-se da tutela inibitória, objeto específico deste trabalho, que tem por fim a prevenção e não o ressarcimento, podendo, em casos de necessidade e em tese supõe-se que em sua maioria, conter a tutela antecipada de mesmo nome da ação de cognição exauriente, ou seja, “tutela inibitória”, cumulada com “pedido de antecipação dos efeitos da sentença”. Muito embora de forma concisa, as tutelas de urgência serão analisadas no presente estudo por força de sua estreita relação com a tutela

inibitória, cujo propósito é destacar a prevenção do ilícito, aspecto diferenciador das demais espécies de tutela cognitiva.

O tema proposto aborda toda uma problemática do Direito Processual Civil vinculado ao próprio Direito Civil, uma vez que a tese de prevenção contra o ilícito realça o conceito clássico legal e doutrinário acerca do ato ilícito e do dano, especialmente no que tange à necessidade de diferenciação entre ambos os institutos por muito tempo confundidos.

Com o intuito de trazer argumentos fundamentados para este estudo, efetivou-se uma pesquisa bibliográfica em textos, tais como livros, pareceres, jurisprudência e demais aplicáveis ao instituto, no intuito de verificar, nas doutrinas nacional e estrangeira, quais os posicionamentos dos doutrinadores acerca de todo o conteúdo abordado pelo presente trabalho. Ultrapassada esta fase, desenvolveu-se o tema de forma ordenada e sistemática, evitando-se desvinculá-lo da realidade jurídica brasileira, e chamando-se a atenção para pontos essenciais ao estudo, ainda que indiretamente, como a preocupação em estabelecer posições de doutrinadores acerca do Direito, Moral e Justiça. Passou-se pela ação e pelo processo em suas várias concepções e nuances, pelos direitos da personalidade, pelas tutelas específicas e de urgência reverenciadas nos arts. 461 e 461-A e seus parágrafos, pelas tutelas de urgência relacionadas nos artigos 273; estas últimas do Código de Processo Civil. Foram apreciadas as tutelas cautelares sem deixar de traçar algumas linhas acerca de sua evolução quando da adoção do § 7º. do artigo 273 do Código de Processo Civil, que a desnudou de seu rigoroso formalismo, adaptando-a às necessidades atuais, como efetivo instrumento a atender imediatamente o processo.

O trabalho preocupa-se, ainda que de forma sucinta, com as diferenças mais acentuadas entre tutelas antecipatórias e tutelas cautelares; entre tutelas antecipatórias e execução de sentença; entre tutelas antecipatórias e tutelas inibitórias, para finalmente atacar o assunto principal, qual seja, a tutela inibitória e a prevenção do ilícito, acentuando as distinções entre ilícito e dano, entre prevenir e ressarcir, sempre com o intuito de dar a ênfase necessária a tão importante instituto – mais avançado no ordenamento jurídico brasileiro que no Direito italiano, seu berço.

Diante da assertiva de que é melhor prevenir do que ressarcir, torna-se fundamental então, neste trabalho, proceder à efetiva diferenciação entre ilícito e dano, sabendo-se que para a tutela preventiva inibitória, o ilícito prescinde do dano, pois que este configura-se tão somente consequência do ilícito consumado.

Desta feita, a prevenção do ilícito constitui fator muito mais relevante ao fim do Direito do que o ressarcimento ou a reparação do dano. Esta perspectiva reflete uma estrutura processual efetivamente importante, ainda que tenha surgido doutrinariamente a título de tutela inominada contra qualquer ameaça a direito, especialmente àquele que diz respeito à personalidade, aos direitos não patrimoniais, cujos fundamentos são buscados no Inciso XXXV da Constituição Federal – autorizador do princípio do acesso à Justiça –, como também nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.

O resultado da utilização prática da tutela inibitória faz observar, de outro lado, que a classificação tradicional das ações de conhecimento tornou-se insuficiente para atender as necessidades daquele que busca a tutela jurisdicional,

seja de forma individual seja coletiva, autorizando a revisão e respectiva ampliação do clássico trinômio que abrange as ações declaratória, constitutiva e condenatória.

O enfoque na efetividade da prestação da tutela jurisdicional induz a que se proceda à breve análise acerca de determinados princípios processuais, inclusive daqueles que foram erigidos à categoria de princípios constitucionais na Constituição Federal de 1988.

Objetiva-se, enfim, investigar e refletir, através de pesquisas, acerca da tutela inominada – inibitória, mais precisamente no que se refere à prevenção do ilícito, dado que esta ação, contendo ou não em seu seio a tutela antecipada, tem como fim a obtenção da efetiva prestação da tutela jurisdicional, com o intuito de evitar o ilícito ou mesmo estancar o dano causado em consequência dele, até porque é sabido que tal fato não interessa só às partes, mas também, e com a mesma importância, ao Estado a quem é dado efetivá-la.

Questiona-se, então: o surgimento, a origem da tutela inibitória; sua problemática na Itália, com relação ao ilícito e ao dano; sua natureza; o porquê da necessidade de distinguir o ilícito do dano, quando se trata da tutela inibitória; o embasamento ou o fundamento legal para admissão da tutela inibitória no Brasil; a possibilidade de a tutela inibitória – ação de cognição exauriente – ser fundamentada nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, inclusive quando do pedido de antecipação dos efeitos de sua sentença; o porquê de a ação cautelar inominada não poder servir de escopo à tutela inibitória, além de muitas outras questões envolvendo este tema.

Espera-se, então, contribuir, mesmo que timidamente, para que os princípios que norteiam o Direito, como aquele do acesso à Justiça, o da instrumentalidade, da economia processual e, principalmente aquele que busca a

solução mais justa, sejam aplicados, dando-se espaço a ações que certamente mereçam ser apreciadas no que diz respeito ao direito substancial pleiteado em tempo e de maneira que efetivamente evitem o ilícito, respeitando-se e fazendo valer o princípio que atende à ordem jurídica justa.

## 2 DIREITO, MORAL E JUSTIÇA

De há muito se discute acerca da natureza jurídica do Direito. Percebe-se, ainda, acirrada fronteira estabelecida entre Direito, Moral e Justiça, área em que as teorias filosóficas e sociológicas buscam realçar o Direito Ideal, em contraste com o Direito do “dever ser”, ora partindo do pressuposto da Moral e da Justiça, ora entendendo que a Ciência da Moral e a Ciência da Justiça não seriam categorias inerentes ao Direito (Norberto Bobbio e Miguel Reale), e, outras vezes, partindo da idéia de que direito justo seria aquele estabelecido no ordenamento jurídico, caso em que conseqüentemente, a Justiça implicaria a obediência ao direito positivo (Hans Kelsen).

Os romanos já intuía o problema que envolve a distinção entre Direito e Moral, quando formularam as seguintes frases: ‘ninguém sofre pena pelo simples fato de pensar’ e, ‘nem tudo que é lícito é honesto.’<sup>3</sup> Ainda assim, não houve preocupação entre os romanos, tampouco entre os gregos, de proceder a verdadeiras distinções entre os institutos. A preocupação iniciou-se na época moderna, em razão dos conflitos que se apresentaram entre a Igreja Católica e os protestantes. Os chefes de Estado passaram a influir diretamente na convicção de cada um dos cidadãos, no que se referia a suas crenças, tornando-se necessária a distinção entre Direito e Moral, mais precisamente entre “o mundo jurídico e o mundo da Moral e religioso.” para fazer cessar a intervenção estatal neste aspecto.”<sup>4</sup>

Thomasius, seguido por Kant, afirmou que ao Direito só interessava a ação humana depois de exteriorizada. A liberdade de pensamento dizia respeito ao ‘foro íntimo’ e não cabia ao Direito intervir enquanto permanecesse no consciente

---

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. p.53.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p.53-54.

do cidadão. Só depois de exteriorizado o pensamento, caberia a intervenção do Poder Público.<sup>5</sup> Referida situação resolveu, em termos, o problema da época. Não obstante, é sabido que ao Direito interessa o 'foro íntimo' depois de projetada a ação no plano social. Tome-se como exemplo, no Direito Penal, a avaliação necessária da vontade, da intenção do infrator, quando se trata de mensurar culpa ou dolo. No campo do Direito Civil, deve-se avaliar a intenção da parte quando da realização de um contrato, como também a possibilidade de anulação de atos jurídicos, quando presentes o dolo, a coação, o erro etc..<sup>6</sup>

Da Justiça tratava Aristóteles como uma "virtude objetiva, porquanto sempre implica a relação de dois sujeitos." <sup>7</sup> É de se observar que a questão envolvendo Direito, Moral e Justiça não pode ser dada por encerrada, pois suas implicações possuem raízes desde o nascimento do Direito e como tais suscitarão estudos científicos no sentido de aprimorar suas distinções e ao mesmo tempo estabelecer o nexu existente entre os três institutos. Aliás, do jusnaturalismo ao positivismo tenta-se acomodar a Moral e a Justiça no seio do Direito posto.

Para a primeira teoria, a própria natureza traria em si o direito de liberdade irrestrita do cidadão, partindo, então, do princípio de que as regras sociais impostas pelo Direito através do Estado, nada mais seriam que transcrições destes direitos individuais, aos quais o próprio Estado estaria submisso.

O filósofo jusnaturalista Léon Duguit, quando trata da submissão pelo próprio Estado, das normas que ele mesmo instituiu, afirma que tal fato se dá porque o Direito já existia antes de sua imposição estatal, estabelecido por regras jurídicas, que afirmam ser a existência natural do Direito incontestável e o Direito só

---

<sup>5</sup> REALE, 199, p.53-54.

<sup>6</sup> Ibid., p.55.

<sup>7</sup> Ibid., p.56.

poderia ser concebido como criação do Estado, e ser resultado de idéias disseminadas, especialmente na Alemanha por influência de Hegel e Ihering.<sup>8</sup>

Assim o autor se refere: “Aliás, é bem possível comprovar a manifestação do direito num estágio anterior à criação pelo Estado, considerando mesmo a referida superioridade sobre o Estado, ao qual, na verdade, se impõe.”<sup>9</sup>

Dentre tantas doutrinas envolvendo o nascimento do Direito, o autor extrai duas tendências características a classificá-lo: doutrina do “direito individual” e doutrina do “direito social”, que dispõem que o homem nasce com “direitos individuais naturais”, e, portanto nasce livre para desenvolver suas atividades físicas, morais e intelectuais, resultando daí a obrigação do respeito ao outro por estes direitos. A convivência exige, entretanto, que se limitem reciprocamente estes direitos individuais, no seguinte sentido:

Daí se abstrai que, na doutrina individualista, a norma de direito, por um lado, impõe a todos o respeito aos direitos de cada um e, em contrapartida, determina uma limitação sobre os direitos individuais, para assegurar a proteção aos direitos gerais. É evidente aqui a ponte que se estabelece do direito subjetivo para se chegar ao direito objetivo, fundamentando-se portanto o direito objetivo no subjetivo.<sup>10</sup>

O autor afirma que esta doutrina faz subentender a igualdade dos homens, exigindo direitos iguais para todos e que as limitações individuais são aquelas absolutamente necessárias à paz social e conclui: “Com certeza, a igualdade não constitui verdadeiramente um direito mas está nas bases do Estado, admitindo que, atentando contra ela, o Estado violaria o direito de alguns.”<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996. p.7-10.

<sup>9</sup> Ibid., p. 10.

<sup>10</sup> Ibid., p. 11-12.

<sup>11</sup> DUGUIT, 1996, p. 12.

Diz, de outro lado, que “a doutrina individualista encontrou decisivamente sua forma precisa e acabada na ‘Declaração dos Direitos’ de 1789”<sup>12</sup> e que as leis e códigos posteriores teriam tido nesta doutrina sua inspiração. Concluindo enfatiza:

A doutrina individualista, embora não absolutamente exata em seus fundamentos, prestou imensos serviços e inspirou consideráveis progressos, levando a conceber, pela primeira vez, a limitação dos poderes do Estado pelo direito.<sup>13</sup>

Para o positivismo, a liberdade do cidadão é aquela posta e imposta pelo Estado, uma vez que traria já, em seu âmago, através do pressuposto de uma norma maior, advinda do Estado, todas as liberdades e direitos inerentes ao povo e desejados por ele.

Definindo um conceito acerca do Direito e contrariando a maioria dos filósofos que mantêm posição no sentido de que as divergências acerca do Direito são divergências de fato, Ronald Dworkin entende que advogados e juízes mantêm divergência teórica e não de fato, porque as discussões giram em torno do que realmente o Direito significa.<sup>14</sup> Para ele:

O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Ibid., p.13: “*Declaração dos Direitos de 1789*: ‘Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. A finalidade de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem...O exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos’ (art.1, 2, 4)”. (Ibid.).

<sup>13</sup> Idib.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 5-6.

<sup>15</sup> Ibid., p. 488. Quando analisa a posição dos demais filósofos acerca da visão do Direito como simples questão de fato, Dworkin afirma que em sua maioria estes filósofos já teriam decidido que não há divergência teórica acerca do Direito, mas tão somente com relação ao Direito como questão de fato, ou seja, que no que se refere aos fundamentos da lei, juízes e advogados estariam de

Eros Roberto Grau acompanha o pensamento de Ronald Dworkin, entendendo que os juizes resolvem questões de direito e que a verificação do fato estaria inserida na primeira. Eis o teor de seu entendimento:

O aplicador do Direito, ao decidir pela atribuição ou não atribuição de um conceito a uma certa coisa, estado ou situação, valendo-se, para tanto, de dados extraídos à observação da realidade, decide questão de direito e não questão de fato. [...] a verificação do fato está inserida na apreciação jurídica, possuindo apenas função auxiliar em relação a esta última.<sup>16</sup>

Ronald Dworkin resume o pensamento dos filósofos que vêem no Direito somente divergência sobre simples questão de fato, da seguinte forma:

Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que deveria ser. Por que, então, advogados e juizes às vezes parecem ter uma divergência teórica sobre o direito? Porque, quando eles parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade, divergindo sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e fidelidade, não de direito.<sup>17</sup>

Para esta corrente não importa que o Direito não seja o que, de fato, deveria ser. Ele é fato. Neste caso, a divergência teórica entre advogados e juizes diria respeito ao que o Direito efetivamente deveria ser. Uma divergência “de fato”, envolvendo “questões de moralidade e fidelidade, não de Direito.”<sup>18</sup>

Esta fidelidade diz respeito à questão que exige do juiz aplicar a lei em seu sentido literal ou, ainda que a preço de ignorá-la, fazer justiça. Em determinados países como a Grã-Bretanha e os Estados Unidos, a população, em

---

acordo. O autor lembra, porém, que a divergência teórica sobre o Direito é problemática, e que talvez por isso tenha sido ignorada. (DWORKIN, 1999, p.5-6).

<sup>16</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.83-84.

<sup>17</sup> DWORKIN, op. cit., p. 488.

<sup>18</sup> Ibid., p.10-11.

sua maioria, é de opinião que cabe ao juiz aplicar o Direito tão somente, sem tentar adaptá-lo ao universo em concreto ora posto em juízo.<sup>19</sup>

Explica Ronald Dworkin, “[...] Eles podem não gostar do direito que encontram – este pode exigir que despejem uma viúva na véspera do Natal, sob uma tempestade de neve –, mas ainda assim devem aplicá-lo.” Neste sentido os juízes que não seguem a letra da lei são tidos como “maus juízes, os usurpadores, os destruidores da democracia.”<sup>20</sup>

Existe, porém, outra corrente que entende de modo inverso ao proposto na questão, como por exemplo Ronald Dworkin: “O bom juiz prefere a justiça à lei.” Então, ao contrário da maioria, a fidelidade centra-se especialmente no senso do juiz que, preocupando-se com o caso concreto, com o universo específico que defronta, possa ater-se mais ao que dita a justiça *lato sensu*, que à lei específica, que teoricamente estaria “fundamentando” o caso. “[...] o direito é a nossa instituição social mais estruturada e reveladora.”<sup>21</sup>

Para Hans Kelsen, positivista legalista extremado, o Direito é liberto de “todo juízo de valor ético-político”,<sup>22</sup> uma vez que para ele o “direito é um ordenamento”,<sup>23</sup> e, portanto, os problemas jurídicos são problemas de ordenamento e como tais devem ser resolvidos.<sup>24</sup>

Segundo seu ponto de vista, as Normas Morais já se encontram implícitas na Norma Fundamental. Entendendo, outrossim, que a Justiça seria atributo da Moral, ele delimita seu conceito no conceito da Moral<sup>25</sup> porque afirma:

---

<sup>19</sup> DWORKIN, 1999, p.11.

<sup>20</sup> Ibid., p. 11.

<sup>21</sup> Ibid., p.15.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução e prefácio de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 93.

<sup>23</sup> Ibid.

A justiça é uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objectos. Em primeiro lugar, de um indivíduo. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral.<sup>26</sup>

Entendendo que Moral e Justiça estariam inseridos na Norma Fundamental e que qualquer comportamento que contrariasse o ordenamento posto e “imposto” mereceria a sanção preestabelecida, ele separa o justo do injusto, atribuindo a conduta injusta ao indivíduo quando contraria uma norma, porque assim entende: “A justiça de um indivíduo é a justiça da sua conduta social.”<sup>27</sup> Para Kelsen, então, a Justiça consiste na conduta social “justa”, ou seja, aquela predeterminada pelo ordenamento social. Todo o indivíduo que contrariar o ordenamento posto, estará cometendo uma injustiça.

Para justificar que a norma da Justiça seria uma norma Moral, assim delinea:

Podemos designar esta norma como norma da justiça. Como as normas da moral são normas sociais, isto é, normas que regulam a conduta de indivíduos em face de outros indivíduos, a norma da justiça é uma norma moral; e assim, também sob este aspecto o conceito da justiça se enquadra no conceito da moral.<sup>28</sup>

Não obstante a afirmativa acima, Kelsen não deixa de anotar que nem toda Norma Moral interessa à Justiça, mas apenas algumas delas.<sup>29</sup> Para Kelsen, o Direito é o que deve ser, independente da questão concernente à Moral e à Justiça, afirmando que a antijuridicidade faz confirmar o Direito, convalidando-o quando da imposição da sanção em razão do ato antijurídico praticado. Afirma ainda

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid, p.2.

<sup>26</sup> KELSEN, 1979, p.1.

<sup>27</sup> Ibid., p.1-2.

<sup>28</sup> Ibid., p.2.

que o Direito se subsume ao próprio organismo, ao ordenamento jurídico, pressupondo, então, um sistema de normas jurídicas.

Em seus estudos acerca do Direito, Eros Roberto Grau<sup>30</sup> trata da importância em conhecê-lo além da fronteira da lei. Quer conhecê-lo além do conceito que trata o Direito como sistema normativo que impõe, através da coerção, determinados regramentos preestabelecidos sobre o grupo social. Entende ele que, nesta perspectiva, tem-se só parcialmente a significação do Direito. Ele critica aqueles que concebem o Direito como tão somente aquele posto pelo Estado, uma vez que desta forma ele seria um produto do Estado.<sup>31</sup>

O autor sugere que a pretensão do Direito é de proteger os interesses individuais, nos limites dos interesses coletivos, demarcando “[...] as áreas da *liberdade* e do *interesse coletivo*, tendendo à determinação de um ponto de equilíbrio entre esses dois valores.”<sup>32</sup>

Este autor, crítico acirrado do positivismo, põe em discussão questões relativas ao Direito, sobre as quais referidos institutos não explicam ou não aceitam, como, por exemplo, as lacunas existentes na lei, o reconhecimento dos princípios como espécies de norma jurídica etc. Em seu ponto alto de crítica à Teoria Pura do Direito formulada por Hans Kelsen, Eros Grau afirma que Hans Kelsen satisfaz a um clima positivista instaurado no Século XIX, aspiração dos juristas daquela época, que clamavam por uma ‘ciência do direito’, sugerindo que o objetivo da Teoria Pura do Direito não teria sido um estudo da *ciência do direito*, mas das *normas jurídicas*.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo:Malheiros, 1996. p.11.

<sup>31</sup> Ibid., p.13.

<sup>32</sup> Ibid., p.20, grifo do autor.

<sup>33</sup> GRAU, 1996, p.28.

Ao se manifestar acerca do positivismo jurídico, Luiz Fernando Bellinetti afirma que a concepção prevalecente hoje, inclusive no Direito germânico é aquela que afirma existir uma ordem jurídica “pronta e acabada”, que resulta em sua pura e simples aplicação ao caso concreto pelo juiz, ao qual incumbe a dedução, “por *subsunção*”, pela decisão correta, tendo-se, portanto, o juiz, como simples aplicador da lei. Afirma, no entanto, que paralela a esta doutrina que vincula de maneira excessiva e tímida à lei, substituindo esta vinculação, surgiu a ‘jurisprudência de equidade’, “que quase não conhece limites.” Segundo o autor, daí teria surgido a “idéia oposta, segundo a qual só os tribunais determinam o que em cada momento é direito; por outras palavras, o juiz não é o ‘servidor’ ou a ‘boca falante’ do direito, mas o seu exclusivo criador.”<sup>34</sup>

Ao dizer, então, que para o positivista, o Direito se subsume àquele Direito posto, Luiz Fernando Bellinetti expõe:

[...] decidido por uma autoridade através de procedimentos válidos e aceitos pela sociedade; que passa pelo crivo da razão humana através dos referidos procedimentos e é lançado no mundo com um produto elaborado por ela. Com isso, reduz-se o estudo do direito ao estudo do direito positivo.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.28. (Estudos de direito processo Enrico Tullio Liebman; v. 29). O autor esclarece que: “Esta concepção exprimiu-a já em 1912 Carl Schmitt, ao observar que, segundo a doutrina dominante, o juiz teria que obedecer a um comando cujo conteúdo, na maioria das vezes, *é ele próprio quem tem de o determinar*. Também na teoria kelseniana da produção escalonada do direito a missão do juiz consiste em pôr a norma (no âmbito de uma norma de nível superior). Mais recentemente, Less sustentou que toda interpretação da lei implica ‘um ato de legislação’”. (Ibid., p. 29, grifo do autor).

<sup>35</sup> Ibid., p.33. O autor destaca as palavras literais de Michel Miaille, da seguinte forma: “nesse sentido, direito positivo (direito estabelecido) opõe-se a direito ideal, por duas razões: não é nem um direito em idéias, ou direito ideal, nem direito supremo, ou direito ideal, o direito ideal significa direito que não existe senão no domínio da idéia, quer dizer, que não é aplicado nem aplicável diretamente. O que lhe falta é uma inserção na ordem da efetividade, isto é, uma positividade. Não se trata pois de direito: não é mais do que uma idéia ou conjunto de idéias. É como o plano de uma casa relativamente à casa concreta: uma idéia de casa.” (MAILLE, 1979 apud BELLINETTI, 1994, p.33-34).

O autor em comento afirma que vigora ainda no Brasil “a noção tradicional de ordem jurídica,[...]”,<sup>36</sup> explicitando:

Joaquim de Arruda Falcão expõe com clareza tal questão quando aduz que ‘este senso comum é reforçado quotidianamente pela doutrina jurídica dominante na prática dos tribunais e advogados. No Brasil, a concepção de ordem legal, formulada pela associação do positivismo dogmático à ideologia liberal, é idealmente dominante e fundamenta doutrinariamente este senso comum.’<sup>37</sup>

Luiz Fernando Bellinetti destaca ainda Garcia Maynes, adotando a síntese de idéias jusfilosóficas por ele criada para afirmar que “realmente chegamos ao vestíbulo da ordem jurídica que concebo como superadora da tradicional. Ele realmente vai além do positivismo, apesar de ainda mantê-lo no centro de suas idéias.”<sup>38</sup>

A síntese das idéias jusfilosóficas de autoria de Garcia Maynes e adotada por Luiz Fernando Bellinetti refere-se ao fato de que o ordenamento jurídico convive com três perspectivas de Direito: “*direito vigente, direito eficaz e direito intrinsecamente válido.*”<sup>39</sup>

O Direito vigente seria o “sistema normativo (legal)”; o direito eficaz, “aquele que está, de fato, sendo aplicado, independentemente de se constituir ou não em norma legal e possuir ou não validade intrínseca.”; o direito intrinsecamente válido seria “aquele que possui validade no sentido axiológico-material, ou seja, aquele que efetivamente concretiza justiça.” Luiz Fernando Bellinetti ressalta,

---

<sup>36</sup> BELLINETTI, 1994, p.36.

<sup>37</sup> BELLINETTI, 1994, p.36-37 Exemplificando a afirmativa de que a visão clássica de ordem jurídica permanece entre vários doutrinadores da atualidade, ele diz que: “Só para argumentar, podem-se indicar, entre outros, como expositores explícitos desta noção, José da Silva Pacheco, Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Lauria Tucci, Arruda Alvim, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos Araújo Cintra, Humberto Theodoro Jr., Washington de Barros Monteiro, Hermes Lima, Sady Cardoso Gusmão, Frederico Marques.” E conclui: “Entendo, porém, *data vênia*, que assim como o positivismo precisa ser ultrapassado, esta noção clássica de ordem jurídica também deve ser superada.” (Ibid, p.36-37).

<sup>38</sup> Ibid., p. 52.

<sup>39</sup> Ibid., grifo do autor.

outrossim, o fato há pouco levantado, de acordo com Garcia Maynes “não se desvincula da lógica tradicional”, gerando, como consequência, a necessidade de manter a noção tradicional também no que se refere a manter a “idéia de unidade, de inexistência de contradição *convivendo* em seu âmago.”<sup>40</sup>

Eros Roberto Grau, por sua vez, impõe a necessidade de diferenciar o Direito da Ciência do Direito, inclusive no intuito de desmistificar a idéia de que a tese esposada por Hans Kelsen dizia respeito à “Ciência do Direito’. Ele afirma que não há como dar uma “solução exata” para o Direito, mas sim um “elenco de soluções corretas”. A primeira seria uma afirmação sobre o Direito; a segunda traria uma afirmação sobre a Ciência do Direito. Nesse aspecto, enquanto Miguel Reale afirma que a prudência<sup>41</sup> seria um elemento fundamental a constituir uma virtude de qualquer jurista, Eros Roberto Grau define o próprio Direito, enquanto objeto da Ciência do Direito, como *prudência*, à medida que o situa como merecedor de interpretação, realizando-se, então, como jurisprudência prática.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Ibid., 1994, p.52. Grifo do autor. O autor imprime textualmente a idéia de Garcia Maynes, no seguinte sentido: “Afirma Garcia Maynes que ‘os objetos de conhecimento designados pelos termos *direito vigente, direito eficaz, e direito intrinsecamente válido* não são, pois, espécies diferentes de um gênero comum, e as correspondentes noções, se bem que não se excluem entre si, tampouco se implicam reciprocamente. Quando se alude a esses objetos, tal coisa não se faz em sentido absoluto, senão desde certo ponto de vista. O que é direito para os órgãos estatais pode não sê-lo para o filósofo, e o que este considera como tal pode não o ser para o sociólogo.’ E acaba com estas palavras dando sua concepção de direito e de ordem jurídica: ‘Se aplicarmos agora à consideração do diagrama nossa concepção de direito como ordem normativa concreta, encontraremos o seguinte: como para a citada concepção a eficácia normal do sistema é elemento integrante de toda ordem jurídica concreta e, de acordo com a mesma concepção, os ordenamentos de tal espécie devem achar-se orientados para a realização de valores coletivos como a justiça, segurança e o bem comum, é claro que, dentro da taxiologia geral exposta no capítulo primeiro desta obra, só podemos considerar como *direito correto [richtiges recht, como dizem os juristas alemães]* ao que reúna os atributos da vigência, validade intrínseca e eficácia.” Deduz, então Luiz Fernando Bellinetti: “Portanto, sua concepção, ainda que forneça todo instrumental para o superamento da tradicional, não o faz, redundando na insuficiência já apontada dos tridimensionalismos.” (Ibid., p.53).

<sup>41</sup> REALE, 1990, p.63.

<sup>42</sup> GRAU, 1996, p.32.

Por outro lado, “concebida a *ciência* como um *discurso* (conjunto de enunciados) com pretensão de verdade objetiva, discurso cujo último fundamento de validade é a razão”,<sup>43</sup> ela seria tida como ciência, tão somente.

Quando trata do Direito pressuposto, Eros Roberto Grau comunga com o pensamento de Léon Duguit, quando admite sua tese no que concerne ao momento que determinará quando a Norma Econômica ou Moral passará a ser jurídica, ou seja, ela o será quando a sociedade assim o entender: “[...] quando a massa das consciências individuais, em determinada sociedade, admite que a reação social contra sua violação pode – e, portanto, deve – ser socialmente organizada.”<sup>44</sup>

Afirma ele, “[...] Neste momento surge a norma (isto é, o texto normativo) de *direito pressuposto*.”<sup>45</sup> Isto porque para Eros Roberto Grau, o Direito pressuposto subsume-se a princípios, muito embora não negue que no próprio Direito pressuposto existam regras, ou seja, Normas Jurídicas, “cujo grau de generalidade é mais estreito do que o grau de generalidades dos princípios.”<sup>46</sup> Para ele, normas, regras e princípios configuram-se elementos do Direito pressuposto.

Humberto Theodoro Junior, ao discorrer acerca dos contratos à luz do Código de Defesa do Consumidor em vigor, assim se refere com relação à Justiça:

[...] Anuncia o preâmbulo de nossa Constituição que a República Federativa do Brasil acha-se instituída como Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, assentados, entre outros valores supremos, na **segurança** e na **justiça** (destaque do autor). É natural que o Estado Social do Direito se preocupe tanto com a tutela da justiça como da segurança, porque a justiça não passa de simples quimera se a sociedade não tiver uma forte e concreta garantia de segurança no inter-relacionamento social<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Ibid., p.34. Grifo do autor.

<sup>44</sup> GRAU, 1996, p. 52.

<sup>45</sup> Ibid. Grifo do autor.

<sup>46</sup> Ibid., p.51.

Tais considerações reveladamente filosóficas acerca do Direito, da Justiça e da Moral, fazem perceber a relatividade dos conceitos, dado que se modificam com o tempo, com o tipo de Estado, de população, de cultura, dentre outros fatores, muito embora mantenham “uma linha de continuidade.”<sup>48</sup> Os conceitos, da mesma forma que o próprio Direito, são dinâmicos e não estáticos. Nem poderia ser diferente. Mesmo para positivistas como Hans Kelsen, a Moral e a Justiça seriam valores componentes do ordenamento positivo, ainda que sob a ótica extremada de seus conceitos acerca do que seria moral e justo.

Esta “Justiça” é, porém, relativa. O Estado que ordena (Hans Kelsen) possui a visão de Justiça e Moral segundo seus conceitos. O senso de Justiça de um governo democrático é diferente do senso de Justiça de um governo comunista ou de um governo ditador. O senso de “Justiça” da Alemanha Nazista, como também dos governos norte-coreano, cubano, e, pelo visto, o governo norte-americano, por exemplo, é diferente e contrário ao conceito da “Justiça” desejada pela Declaração Universal de Direitos Humanos.

O conceito de Moral, difere, outrossim, dentro das próprias famílias, como também entre uma e outra família. Pode-se tentar explicar as diferenças pela cultura, religião, condição social, enfim, por diversos fatores. Porém, a convivência entre estas diferenças é fato concreto, ou seja, os extremos coexistem. Então, a absorção, pelo Direito, de variados e complexos valores faz com que se estabeleçam regras gerais, muitas vezes acima dos conceitos individuais e particulares acerca da Justiça e da Moral.

---

<sup>47</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.4, 10.

<sup>48</sup> REALE, 1990, p.63.

Atinar para a essência do Direito implica, além de outras conjecturas, em perceber que ela ultrapassa conceitos impostos, seja pelo Estado, seja pela natureza, ou pelos indivíduos que compõem a sociedade ordenada através de regras definidas pelo Estado de Direito, às quais este próprio Estado se submete.

Léon Duguit – jusnaturalista, para quem seria em razão da solidariedade social (inerente ao ser humano) que o Estado ditaria as regras e não em razão do poder soberano, já dizia que haveria uma espécie de despersonalização do Estado que o faria ser atingido pelas regras de Direito por ele mesmo [Estado] impostas.<sup>49</sup>

O Direito se diferencia, então, da Moral ou da Justiça e nem sempre se identifica com esta ou com aquela. Há Direito absolutamente imposto que independe da consideração de valores ético-morais ou de Justiça. Percebe-se com clareza referida situação quando o Estado impõe a obrigação de pagar tributos, por exemplo. Nesse caso, abstrai-se a Regra Moral ou de Justiça para fazer valer as necessidades de manutenção de um Estado. Miguel Reale lembra que “A Moral é incompatível com a violência, com a força, ou seja, com a coação, mesmo quando a força se manifesta juridicamente organizada.”<sup>50</sup> O que faz deduzir que se as regras tributárias viessem imbuídas de valores morais, a imposição estatal de sanção, no caso de descumprimento da regra geral, seria inócua.

Para conceituar hipoteticamente a Moral no contexto do termo “Direito”, Norberto Bobbio, fala do “verso” e “reverso” de uma mesma moeda,<sup>51</sup> entendendo que um lado desta moeda representaria os Direitos e o outro, os deveres, dando a entender que se olha mais para a face da moeda que apresenta

---

<sup>49</sup> DUGUIT, 1996, p.59-62.

<sup>50</sup> REALE, 1990, p.46.

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.56-57.

os deveres, ou seja, que a Moral implicaria mais na obediência a deveres do que na proteção de direitos,<sup>52</sup> porque no primeiro momento, a função da lei consistiria em “comprimir” e não em “liberar”; em “restringir” e não em ampliar os espaços da liberdade; em “corrigir a árvore torta, não em deixá-la crescer selvagemmente.”<sup>53</sup>

Em seu elenco de justificativas a respeito de seu pensamento, reporta ao fato de que a lei – “regras de conduta” – serve mais para a proteção do grupo do que do indivíduo, condenando a conotação negativa dada ao termo “individualismo” pelos conservadores, pelos reacionários e revolucionários.<sup>54</sup>

Norberto Bobbio afirma que existem três conotações positivas acerca da concepção do individualismo e que devem ser consideradas para que se possam compreender com seriedade os direitos humanos. A primeira trata da orientação de estudos denominada de ‘individualismo *metodológico*’, dominante nas ciências sociais, que afirma que o “estudo da sociedade deve partir do estudo das ações do indivíduo”. As outras duas formas seriam: “o individualismo *ontológico*, que parte do pressuposto [...] da autonomia de cada indivíduo com relação a todos os outros e da igual dignidade de cada um deles”<sup>55</sup>. Por fim, o “individualismo *ético*, segundo o qual todo o indivíduo é uma pessoa moral.”<sup>56</sup>

Por isso o autor destaca que a concepção positiva acerca do individualismo coloca o Estado em seu devido lugar, para valorizar o indivíduo ao qual o Estado deve se subordinar e não o contrário:

Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo [o indivíduo singular, deve-se observar], que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-e-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; ou melhor, para citar o famoso artigo 2º. da *Declaração* de 1789, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem ‘é objetivo de toda associação política.’<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> Ibid., p.57.

<sup>53</sup> Ibid., p.56.

<sup>54</sup> BOBBIO, 1992, p.61.

<sup>55</sup> Ibid., p.60-61. Grifo do autor.

<sup>56</sup> Ibid., p.61. Grifo do autor.

<sup>57</sup> Ibid., p. 60.

Entende que para uma modificação de visão da face da moeda para o lado dos direitos, “o problema da moral devia ser considerado não mais do ponto de vista apenas da sociedade, mas também daquele indivíduo.”<sup>58</sup>

Daí se origina a afirmação de Norberto Bobbio no sentido de que:

A doutrina filosófica que fez do indivíduo, e não mais da sociedade, o ponto de partida para a construção de uma doutrina da moral e do direito foi o jusnaturalismo, que pode ser considerado, sob muitos aspectos (e o foi certamente nas intenções dos seus criadores), a secularização da ética cristã.<sup>59</sup>

O princípio jusnaturalista foi embasado na liberdade individual citada por Bobbio, que lembra Locke<sup>60</sup>, o qual, por sua vez, definia que, neste estado natural, os limites subsumiam-se aos ‘limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de nenhum outro’<sup>61</sup>. Diz Norberto Bobbio, outrossim, que a “concepção individualista (da sociedade) custou a abrir caminho, já que foi geralmente considerada como fomentadora de desunião, de discórdia, de ruptura de ordem constituída.”<sup>62</sup> O autor não exclui, entretanto, a premissa de que ao Estado deve interessar, por primeiro, o grupo, depois o indivíduo. Não é por menos que o direito de liberdade estabelecido na Constituição Federal brasileira limita a liberdade do indivíduo em prol da coletividade.

Norberto Bobbio distingue os direitos morais, os direitos naturais e os direitos positivos, divorciando-os. Quando muito, aproxima os direitos morais dos direitos naturais. Não obstante, alega que o código de regras morais destina a sanção a Deus e à consciência daquele que o descumpriu; dá ao Direito Natural o

---

<sup>58</sup> Ibid., p.57

<sup>59</sup> BOBBIO, 1992, p. 58-59.

<sup>60</sup> Ibid., p. 59.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid., p. 59.

sentido de um código de regras naturais, que atribui, a todos, direitos e deveres.<sup>63</sup>

No que corresponde aos direitos positivos, conclui que os direitos naturais servem como um escudo ou uma motivação para:

[...] seu acolhimento num sistema de direito eficientemente protegido. Do ponto de vista de um ordenamento jurídico, os chamados direitos naturais ou morais não são propriamente direitos: são apenas exigências que buscam validade, a fim de se tornarem eventualmente direitos num novo ordenamento normativo, caracterizado por um diferente modo de proteção dos mesmos.<sup>64</sup>

Miguel Reale, em seu estudo acerca da diferenciação entre a Moral e o Direito,<sup>65</sup> lembra que é possível distinguir teoricamente ambos os conceitos, porém, nunca separá-los.

Para proceder à distinção, cita, *a priori*, a teoria do 'mínimo ético', apresentada pelo filósofo inglês Jeremias Bentham, resumindo-a da seguinte forma: "o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver."<sup>66</sup> Esta teoria busca sua justificativa no seguinte argumento: "Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos para que a sociedade não soçobre."<sup>67</sup>

Do ponto de vista desta teoria, o Direito é uma parte da Moral, "armada de garantias específicas", não sendo, então, diverso da Moral.<sup>68</sup>

No entanto, não se pode afirmar que todas as normas jurídicas estejam contidas no campo da Moral. Exemplo disto é uma regra de trânsito, a qual determina que todos devem manter-se à mão direita. Não há envolvimento do

---

<sup>63</sup> Ibid, p. 80.

<sup>64</sup> BOBBIO, 1992, p.

<sup>65</sup> REALE, 1990, p.67.

<sup>66</sup> Ibid., p. 42.

<sup>67</sup> REALE, 1990, p. 42.

campo da Moral nesta regra. É de ver, portanto, que existem tuteladas no Direito, regras morais, regras amorais, ou seja, indiferentes à Moral; subsistindo, outrossim, “um resíduo de imoral tutelado pelo Direito.”<sup>69</sup>

No que diz respeito ao cumprimento das regras de Moral inculcadas no Direito, Miguel Reale afirma com muita propriedade que a Moral é incoercível e o Direito coercível. Diz ele que a regra da Moral contida na regra do Direito só se verifica enquanto cumprida espontaneamente pelo obrigado. A partir do momento em que se exige coercibilidade passa a ser uma regra tão somente de Direito. Por isso, a coercibilidade é elemento de distinção entre o Direito e a Moral.<sup>70</sup>

Kant qualifica a Moral como “*autônoma*” e o Direito como “*heterônomo*”, porquanto se pode dissentir do que explicita a lei. Porém, deve-se obedecer a ela, assim mesmo.<sup>71</sup> Assentindo ao conceito de Kant, Miguel Reale esboça a primeira parte de seu conceito sobre o Direito, nominando-a “*ordenação heterônoma e coercível da conduta humana.*”<sup>72</sup> No que diz respeito à coercibilidade, não duvida que ela sempre esteve presente no Direito. Faz acrescer ao conceito antes iniciado o termo “*bilateralidade atributiva*”, justificando-o da seguinte forma: “há *bilateralidade atributiva quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo.*”<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Ibid., p. 80.

<sup>69</sup> Ibid., p. 43.

<sup>70</sup> BOBBIO, 1992, p. 45-46.

<sup>71</sup> Reale assim descreve esta situação heterônoma defendida por Kant: “[...] podemos obedecer ou não às normas de direito das quais somos destinatários. Elas são postas pelo legislador, pelos juizes, pelos usos e costumes, sempre por terceiros, podendo coincidir ou não os seus mandamentos com as convicções que temos sobre o assunto. Podemos criticar as leis, das quais dissentimos, mas devemos agir de conformidade com elas, mesmo sem lhes dar a adesão de nosso espírito. Isto significa que elas valem *objetivamente*, independentemente, e a despeito da opinião e do querer dos obrigados.” (Ibid., p. 48-49).

<sup>72</sup> REALE, 1990, p. 50. Grifo do autor.

<sup>73</sup> Ibid., p. 50-51. Destaca o autor que: “Quando um fato social apresenta esse tipo de relacionamento dizemos que ele é jurídico. Onde não existe proporção no pretender, no exigir ou no fazer não há Direito, como inexistente este se não houver garantia específica para tais atos. *Bilateralidade atributiva* é, pois, *uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer garantidamente algo.*” (Ibid., p. 51. Grifos do autor).

Para concluir o conceito que expressa sua tese acerca da estrutura tridimensional do Direito, o autor insere os termos fato, valor e norma, dizendo que no Direito coexistem estes três elementos. No aspecto normativo, defende a tese do “Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência; no aspecto fático, “o Direito como *fato*, ou em sua efetividade social e histórica” e no aspecto axiológico, “o Direito como *valor* de Justiça.”<sup>74</sup>

Em nome da fidelidade, traz-se a definição textual e agora completa, de Direito oferecida por Miguel Reale: “Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos, valores e normas.”<sup>75</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina dizem que o Direito ultrapassa a fronteira do texto legal e o entende assim: “[...] o direito não se reduz à lei. Evidentemente, há padrões de conduta e de decidibilidade (se não os houvesse, não haveria direito!), mas esses padrões longe estão de se confundirem com os textos do direito positivo.”<sup>76</sup>

Explicando esta posição, os autores afirmam:

Sabe-se que os padrões de conduta e os que o juiz deve levar em conta para decidir são estabelecidos com base no manejo de elementos constantes do sistema jurídico: direito posto, jurisprudência, doutrina, princípios jurídicos. Claro está que o reconhecimento dessa realidade e o conformismo social em relação a ela gera uma sensação de segurança muito mais difusa e rarefeita do que aquela que se tinha quando se entendia que as pautas de conduta e os padrões para as decisões judiciais se circunscreviam à letra da lei.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> REALE, 1990, p. 65.

<sup>75</sup> Ibid., p.67.

<sup>76</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 9.

<sup>77</sup> Ibid., p.9. Os autores complementam seu pensamento dizendo: “A segurança que hoje é gerada pelo direito nasce da circunstância de que os padrões de conduta e de decisão, embora não mais se identifiquem com a letra da lei, só podem ser criados a partir da combinação de elementos dessa espécie de ‘repertório’, que é o sistema jurídico. Não podem aí ser incluídos elementos de fora do sistema ou desconhecidos.”

Os autores aproximam da autopoiese a autolegitimação do Direito, concluindo pela valorização ou imposição da doutrina, através de citação da “*doutrina* antecedente, concomitante ou estrangeira; na *jurisprudência* se citam *precedentes*; a *lei*, muito comumente, se altera, na esteira da *jurisprudência* e da *doutrina* e assim por diante.”<sup>78</sup>

Para os autores, o Direito é, portanto, composto de regras postas, jurisprudência, doutrina e princípios jurídicos, ou seja, todos os elementos que informam o sistema jurídico; elementos estes que se auto-alimentam e, por isso, não se excluem.

Luiz Fernando Bellinetti define o Direito como “a ordem concreta que objetiva regular a conduta humana de forma externa, bilateral e coercitiva.”<sup>79</sup>

<sup>78</sup> WAMBIER; MEDINA, 2033, p. 9. Em nota de rodapé, os autores explicam a relação entre a autolegitimação do Direito e a autopoiese exaustivamente tratada por Willis Santiago Guerra Filho: ‘O sistema jurídico como um todo, para a teoria de sistemas autopoieticos, é uma criação dos membros da sociedade em interação comunicativa. Os modelos jurídicos que permitem definir o que é um contrato ou uma sociedade comercial para o Direito, se enraizam em uma percepção jurídica peculiar da realidade social, moldada, basicamente, pelos que se dedicam à produção do conhecimento sobre o Direito. A autonomia do Direito, portanto, resulta não apenas da autoconstituição de figuras jurídico-dogmáticas, que permitam reformular, em termos especificamente jurídicos, uma problemática extra jurídica (econômica, política, moral etc.). O Direito para se autoproduzir, necessita, obviamente, como todo sistema, de elementos do meio ambiente. Para que haja um ordenamento jurídico regulando condutas, é preciso ter não só normas para fornecer essa regulamentação, como também condutas que estabelecem novas normas já são elas próprias reguladas por normas anteriores’’. (GUERRA FILHO, 1997 apud WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 9-10).

<sup>79</sup> BELLINETTI, 1994, p. 21. O autor utiliza o termo “ordem concreta” porque para ele, “o Direito é um ordenamento, que pode ser entendido como uma forma de organizar harmonicamente determinado conjunto de elementos, como por exemplo os livros de uma biblioteca.” Alerta ele: “Trata-se, no entanto, de uma ordem especial, qual seja, a ordem jurídica que difere das demais justamente pela maneira característica com que busca regular a conduta humana.” Diz do objetivo do Direito, qual seja, “regular a conduta humana”, porque para que haja uma imprescindível “coexistência pacífica”, através da conjugação de esforços no sentido de “aparar arestas” e “rugas individuais”, na medida em que acredita que o norte da sociedade é sua evolução e bem assim, a evolução humana, só atingida com a paz social. (Ibid., p. 22). Para justificar o termo “[...] que objetiva regular a conduta humana [...]”, ele afirma sua crença na evolução humana com base no fato de que a “história e a antropologia” já teriam demonstrado “que tal evolução é possível.” Afirma: “Filósofos como Chardin nos acenam com possibilidades infinitas. Porém, como vivemos em sociedade, e dentro dela e com ela evoluímos, necessário se faz que os esforços sejam conjugados e as arestas aparadas para que possamos realmente nos aperfeiçoar e não nos desgastemos em rugas individuais.” Por isso o nascimento do Direito, com o intuito de “solucionar os conflitos” e até “impor” uma “coexistência pacífica, bem como o aperfeiçoamento humano.” No que diz respeito à exterioridade referida em sua definição, lembra que ao Direito não interessa o pensamento, mas a ação resultante dele e, portanto, sua exteriorização.” (Ibid., p. 22-23).

Delineadas tais considerações acerca dos conceitos doutrinários do que seria o Direito, traçado ora como prudência, ora como razão, porém, levando-se em conta o Direito como imposição de regras ao homem em sociedade, podem-se abstrair dele três elementos, quais sejam: bilateralidade, coercividade e executoriedade. Isto porque suas definições clássicas, baseadas em teorias científicas autorizam considerá-los, visto que o Direito traz também deveres, impõe sanção e autoriza o Órgão Jurisdicional a executá-la, dado que visa a ordenação das relações sociais.

No Direito, então, como fonte de pacificação social, inter-relacionam-se vários elementos, inclusive, “fatos, valores e normas”, conforme já aventou Miguel Reale,<sup>80</sup> como também princípios, jurisprudência e direito posto, como explicitam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,<sup>81</sup> quando tratam do sistema jurídico, e Luiz Fernando Bellinetti<sup>82</sup> quando refere ao fato de que o Direito é “ordem concreta”, oferecendo ao termo “ordenamento jurídico” noção diferenciada e ampla, mais condizente com o Direito moderno.

Sem qualquer pretensão de esgotar o conceito, pode-se dizer que o Direito é a exteriorização ou a manifestação do sistema jurídico, impondo deveres correlatos aos indivíduos a ele sujeitos, com o fito de manter a ordem social, utilizando-se da coerção.

O sistema jurídico acomoda não só o direito posto, conforme já discutido, mas tudo o que se relaciona à aplicação da Justiça e, portanto, as regras impostas pelo ordenamento configuram-se tão somente parte do Direito como um todo, não sendo permitido ignorar os princípios, a jurisprudência, os costumes da sociedade para os casos em que, por exemplo, a lei posta seja insuficiente, pois em

---

<sup>80</sup> REALE, 1990, p. 67.

<sup>81</sup> WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 9-10.

tais casos encontram-se valores que devem ser trabalhados juntamente com a letra da lei, dado que sua simples subsunção ao caso concreto é fenômeno insuficiente para atender as necessidades sociais.

Portanto, quando o intérprete busca subsídios para a interpretação da lei de maneira que se amolde ao caso concreto, é dentro do sistema jurídico que encontrará a forma mais “correta” de aplicar a Justiça.

---

<sup>82</sup> BELLINETTI, op. cit., p. 51-67.

### 3 OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL

A Segunda Guerra Mundial aliada ao genocídio e à segregação se traduziram na ruptura dos direitos humanos, dos direitos da personalidade, impulsionando sobremaneira a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que tornou o ano de 1945 um marco na história universal. As atrocidades ocorridas naquela época demonstraram que os direitos inerentes à personalidade haviam sido derrotados, resultado que foram de uma concepção histórica de valores, na qual prevalecia o excesso de poder e de arrogância, obrigando a tomada de consciência para a reafirmação destes direitos.

Não é sem razão que Flávia Piovezan se refere a esta fase da seguinte forma: “Se a Segunda Guerra surgiu como a ruptura dos Direitos Humanos, então o Pós-Guerra implicou na sua reconstrução” (informação verbal).<sup>83</sup>

É fora de dúvida que o tema acerca dos direitos humanos tem sido até hoje objeto de ampla discussão, especialmente porque se encontram intimamente vinculados ao ideal de vida – à paz; e ao ideal de governo – à democracia.

Isto demonstra que os homens estão cada vez mais conscientes da dignidade da pessoa humana e não há dignidade sem liberdade, inclusive e principalmente, de expressão, configurando-se as demais como corolários deste. A limitação dos Estados quanto a sua ingerência na vida do indivíduo e da sociedade é um dos sintomas dessa consciência.

Todos os homens possuem direitos fundamentais que hoje se encontram escritos nas Constituições Federais pátrias, a exemplo da Constituição

---

<sup>83</sup> Notas de aula, ministrada pela Dra. Flávia Piovezan, em 8 de novembro de 2001, para a turma de mestrandos em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina.

brasileira de 1988, que os instituiu e ampliou de forma significativa, identificando-se notadamente com o que estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como os demais tratados universais a este respeito.

Aliás, à D. U. D. H. somam-se outras cartas de intenção de restabelecimento dos direitos da personalidade, a exemplo da Declaração do Concílio do Vaticano de 1965, configurando-se como instrumentos universais de proteção dos direitos humanos.

Norberto Bobbio retrata a tendência mundial na incansável extensão destes direitos:

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da “paz perpétua”, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.<sup>84</sup>

Por outro lado, é fato que a luta pela preservação dos direitos do homem é secular, como se pode observar pela *Magna Charta* de João Sem Terra, já no ano de 1215, quando, com o objetivo de salvaguardar os nobres das imposições da coroa inglesa, já se referiu à *law of the land*, em seu artigo 39, cuja locução possui estreita relação com o devido processo legal estabelecido nas constituições modernas,<sup>85</sup> a exemplo da Constituição Federal brasileira.

---

<sup>84</sup> BOBBIO, 1992, p. 2.

<sup>85</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21).

Nesse aspecto torna-se importante destacar que a C.F. de 1988 foi a primeira a adotar, de forma expressa, a “fórmula do direito anglo-saxão”, quando determinou em seu art. 5º, Inciso LIV: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”<sup>86</sup>

Foi utilizado, outrossim, o mecanismo do devido processo legal já em 1354, através de uma lei inglesa de autoria legislativa desconhecida, quando do reinado de Eduardo III, sob a denominação *Statute of Westminster of Liberties of London*.<sup>87</sup>

Veio depois destacado em constituições estaduais americanas, antes do advento da Constituição Federal de 1787, em *Maryland, Pensylvania e Massachusetts*, como também na “Declaração dos Direitos” da Virgínia em 1776.<sup>88</sup>

Mas a “Declaração de Direitos” de Maryland, de 1776, foi a que primeiro expressou os valores “*vida-liberdade-propriedade*”, os quais figuram hoje na Constituição norte-americana.<sup>89</sup> Referido trinômio foi no mesmo ano de 1776 adotado na “declaração dos Direitos” de Carolina do Norte, significando “valores fundamentais protegidos pela lei da terra.”<sup>90</sup>

Não se pode ignorar, outrossim, a Declaração de Direitos de 1789, a qual serviu de base para manifestações doutrinárias acerca dos direitos do homem, atentando-se para o reconhecimento dos direitos da personalidade, os quais

---

<sup>86</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 79.

<sup>87</sup> NERY JUNIOR, op. cit., p. 28.

<sup>88</sup> Ibid., p. 29.

<sup>89</sup> Ibid., p. 29. Inciso XXI da “*Declaração dos Direitos*” de Maryland: “That no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but bay the judgement of his peers, or by the law of the land.”(Ibid.). “Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, ou declarado fora da lei ou exilado, ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.” (tradução nossa).

<sup>90</sup> NERY JUNIOR, 1995, p. 29. “*Declaração dos Direitos*” da Carolina do Norte: “That no freeman ought to be taken, imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or

serviram de objeto de questionamentos que levaram alguns doutrinadores a distingui-los dos direitos do homem. Neste aspecto, Rita de Cássia Curvo Leite destaca:

A distinção que existe entre os direitos da personalidade e os direitos do homem ou do cidadão foi estudada tanto pela doutrina estrangeira quanto pela nacional e tem, sem dúvida, sua origem na Declaração dos Direitos de 1789. Para José Castan Tobeñas a teoria dos direitos da personalidade pertence fundamentalmente ao Direito Privado, enquanto a teoria dos direitos do homem se preocupa, sobretudo, com os reflexos desse direito no âmbito do Direito Público, de acordo com as aspirações políticas momentâneas.<sup>91</sup>

Enquanto José Castan Tobeñas<sup>92</sup> distingue os direitos da personalidade e os direitos do homem, condicionando os primeiros ao Direito Privado e os direitos do homem ao Direito Público, Carlos Alberto Bittar não vê distinção entre os direitos do homem e os direitos da personalidade, sob o argumento de que a distinção se encontra entre os direitos da personalidade e as liberdades públicas. As liberdades públicas distanciar-se-iam dos direitos do homem porquanto estes direitos são naturais ou inatos – acima do direito positivo, da mesma forma que os direitos da personalidade. Independem, pois, de reconhecimento e ordenação pelo legislador, enquanto as liberdades públicas submetem-se a um “alargamento crescente”, uma vez que “a elas se agregam novas categorias de direitos que vêm sendo deduzidas pela evolução da sociedade nos tempos contemporâneos.”<sup>93</sup>

Conclui-se que os avanços nesta área possuem raízes que remanescem no tempo e não poderia ser diferente, já que o homem e seu meio

---

exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but bay the law of the land.” (Ibid.).

<sup>91</sup> LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. p. 10-11.

<sup>92</sup> TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad. La revista general de Legislacion y Jurisprudencia*. Madrid: Instituto editorial Reus, 1952. p. 12.

social devem nortear, em qualquer época e civilização, a perspectiva do Estado para fazer legítima a premissa de que o Estado está para o homem e não o homem para o Estado.

Por isso a afirmativa de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.<sup>94</sup>

É de se anotar, pela conotação atual dada ao termo “devido processo”, como se pôde observar pela afirmativa recém-registrada, que a evolução de seu conceito teve o âmbito de abrangência ampliado pela doutrina e jurisprudência, permitindo interpretação igualmente ampla por conta da necessidade de proteção dos direitos fundamentais do cidadão.<sup>95</sup>

Nesse aspecto se explica a pertinência do assunto no presente trabalho. O tema que envolve os direitos humanos encontra-se intimamente relacionado ao tema proposto, visto que, conforme se demonstrará, o Direito brasileiro, atendo-se às determinações constitucionais de proteção dos direitos da personalidade, incluiu um instrumento apto a protegê-los, denominado de “tutela inibitória”, visando coibir a prática do ilícito, de modo que qualquer ameaça à integridade do Direito seja inibida, com base no art. 5º., Inciso XXXV da C.F. vigente.

Esta proteção é axiomática, especialmente quando a Constituição Federal declara um “Estado Democrático de Direito”, não sendo possível permitir que sejam maculados os direitos inerentes ao “foro íntimo” do cidadão.

---

<sup>93</sup> LEITE, 2000, p. 10-11.

<sup>94</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 78-79.

### 3.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Capítulo II do Título I do Livro I da Parte Geral do novo Código Civil dedicou-se exclusivamente aos direitos da personalidade, estabelecendo seus matizes nos artigos 11 a 21. Não obstante o presente trabalho ser de ordem processual civil, não há como deixar de anotar alguns dados a respeito dos direitos da personalidade, porque referidos direitos terão destaque fundamental na tutela inibitória a ser tratada.

A imposição de regras específicas atinentes aos direitos da personalidade é resultado da necessidade de oferecer mais segurança aos direitos extrapatrimoniais, uma vez que havia grande disparidade entre a proteção destes e dos direitos patrimoniais, até então superestimados.

Já em seu art. 11,<sup>95</sup> ressaltando-se exceções legais, o Código Civil explicita que os direitos da personalidade são “intransmissíveis e irrenunciáveis”, coibindo a limitação voluntária de seu exercício.

O art. 12 autoriza que se exija a cessação da ameaça ou da lesão dos direitos da personalidade, admitindo, ainda, a reclamação por perdas e danos além de demais sanções previstas em lei, em perfeita consonância com o art. 5º., inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 e demais tutelas específicas e de urgência adotadas pelo Código de Processo Civil, visando a proteção mais efetiva dos direitos, especialmente dos direitos da personalidade.

---

<sup>95</sup> NERY JUNIOR, 1995, p. 33.

<sup>96</sup> Art. 11 do Código Civil de 2002: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

### 3.1.1 Histórico dos Direitos da Personalidade

Silvio Rodrigues se refere às preocupações com a proteção dos direitos da personalidade, especialmente “contra as agressões do Poder Público”<sup>97</sup> como “antiquíssimas” e afirma que elas se refletem “na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789,<sup>98</sup> como também no texto de igual nome das Nações Unidas de 1948”,<sup>99</sup> dizendo que o anseio pela preservação da vida, da liberdade e da dignidade humana “se manifesta por toda parte e com a mais assinalada veemência.”<sup>100</sup>

Rita de Cássia Curvo Leite, adotando a tese de Carlos Alberto Bittar<sup>101</sup> segundo a qual os direitos da personalidade pertencem ao direito natural, sendo então, inato,<sup>102</sup> afirma:

Muito embora tenham sido feitas algumas afirmações doutrinárias no sentido de que a criação e elaboração dos direitos da personalidade tivessem sua origem na ‘Declaração de Direitos’, de 1789, verificamos que, na verdade, a história que a eles se vincula é bem mais antiga. O que declaração fez, sim, foi afirmá-los e reconhecê-los como verdadeiros.<sup>103</sup>

Silvio Rodrigues diz que o legislador foi, por muito tempo, pouco sensível à apreensão da necessidade de defesa da pessoa humana contra as agressões e por isso a lentidão da legislação neste aspecto, ficando relegada à

---

<sup>97</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 82. O autor assinala que sob o ponto de vista da preservação da vida, da liberdade e da dignidade humana, “os direitos do homem se situam no campo do direito público, pois o que se almeja, no caso, é defendê-lo contra a arbitrariedade do Estado. Poder-se-ia dar a esses direitos a denominação de Direitos dos Homens.”

<sup>98</sup> Ver arts. 1, 2 e 4 na nota n. 12.

<sup>99</sup> RODRIGUES, op.cit., p. 82.

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> LEITE, 2000, p. 10.

jurisprudência “a tarefa de proteger a intimidade do ser humano, sua imagem seu corpo, proporcionando-lhe meios adequados de defender tais valores personalíssimos contra a agressão de seus semelhantes.”<sup>104</sup>

Da mesma opinião comunga Rita de Cássia Curvo Leite, que afirma o papel de destaque da jurisprudência, ao lado dos tratados e das legislações, com o intuito de “afirmar a existência” dos denominados direitos da personalidade nos dias de hoje, lembrando, outrossim, que no concernente ao Direito moderno, “a Carta de São Francisco, de 1948, é a consagração dos direitos da personalidade pelo direito internacional.”<sup>105</sup>

No item imediatamente anterior intitulado “os direitos humanos e o direito constitucional”, foi citada a posição de José Castan Tobeñas,<sup>106</sup> no que se refere a sua posição que distingue os direitos do homem dos direitos da personalidade, quando os coloca no campo do Direito público e do Direito privado respectivamente.

Silvio Rodrigues, por sua vez, relevando a preocupação em distinguir os direitos do homem dos direitos da personalidade, assim como Carlos Alberto Bittar, afirma que o reconhecimento dos direitos do homem no âmbito do Direito público:

[...] conduz à necessidade de seu reconhecimento no campo do direito privado; neste caso, encaram-se as relações entre particulares e o jurista se propõe a propiciar meios para defender esses direitos não patrimoniais não mais contra a ação do poder público, mas contra as ameaças e agressões advindas de outros homens.<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da personalidade*. São Paulo: Forense, 1989. p. 19-20.

<sup>103</sup> LEITE, 2000, p. 10.

<sup>104</sup> RODRIGUES, 1998, p. 82.

<sup>105</sup> LEITE, 2000, p. 10.

<sup>106</sup> Ver nota 10.

<sup>107</sup> RODRIGUES, 1998, p. 82.

É de se ver que até a proteção efetiva dos direitos da personalidade é resultado de preocupação secular.

Até que fossem admitidos no ordenamento brasileiro pelos arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002, cujo anteprojeto data de 1975, tiveram sua inserção no Código português de 1867, nos art. 359 e segs., no Código Suíço de 1907, nos arts. 27 e 28 e no Código alemão de 1896, em seu art. 12. O parágrafo 823 do Código alemão referiu-se aos atos ilícitos e deu espaço a outros direitos da personalidade, “suscetíveis de serem violados, causando prejuízos a seu titular”, porém, cuidando tão somente da reparação destes prejuízos, o que reafirma a idéia de que o instituto do ressarcimento sempre foi priorizado em detrimento da prevenção contra o ilícito.<sup>108</sup>

Silvio Rodrigues direciona a origem da disciplinação de forma sistemática dos direitos da personalidade ao Código italiano de 1942, na parte que tutela as pessoas e a família (arts. 6, 7, 8 e 9), o nome (art. 10) e a imagem, todos no Livro Primeiro.<sup>109</sup>

Nesses dispositivos se encontram as duas medidas básicas de proteção aos direitos da personalidade, ou seja, à possibilidade de se obter judicialmente, de um lado a cessação da perturbação e, de outro, o ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> Ibid., p. 83. O parágrafo 823 do Código Alemão reza o seguinte: “Aquele que por dolo ou culpa causar prejuízo ao corpo, à saúde, à liberdade, ou a qualquer outro direito de uma pessoa, será obrigado a indenizar todo o prejuízo causado.”

<sup>109</sup> Ibid.

### 3.1.2 Conceito

A etimologia do termo personalidade deriva do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa).

Segundo Rita de Cássia Curvo Leite, “ligam-se à personalidade os caracteres exclusivos de uma pessoa, tudo o que lhe é próprio e essencial, distinguindo-a de outra pessoa, morfológica, fisiológica e psicologicamente.”<sup>111</sup>

Assim, opondo-se à aceção de generalidade, traz consigo o sentido de individualidade, particularidade e singularidade, exprimindo o conceito de uma relação abstrata de existência, ou seja, do próprio ego concreto da pessoa natural. É a qualidade de pessoa. A pessoa é essencialmente um sujeito individual, que refere ao seu *eu* a multiplicidade mutável dos estudos psicológicos através dos quais ou nos quais toma consciência da sua existência.<sup>112</sup>

Adriano de Cupis diz:

Os direitos da personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge o máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeitam ao sujeito pelo simples e único fato de sua qualidade de pessoa, adquirida com o nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda a vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica.<sup>113</sup>

Silvio Rodrigues dá o seu conceito acerca do direito da personalidade, da seguinte forma:

Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem um direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e

---

<sup>110</sup> RODRIGUES, 1998, p. 83.

<sup>111</sup> LEITE, 2000, p. 10.

<sup>112</sup> Ibid., p.11.

<sup>113</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 30.

portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos da personalidade. Tais direitos, por isso que inerentes à pessoa humana, saem da órbita patrimonial, portanto são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.<sup>114</sup>

Álvaro Villaça Azevedo afirma haver:

[...] direitos que se aninham na própria pessoa humana, são a ela inerentes, sendo chamados direitos da personalidade. São tais direitos estudados na Parte Geral do Direito Civil, como o direito à vida, à liberdade, ao decoro, ao nome, à disposição do próprio corpo e de tantos outros, que integram o homem em seu interior, em sua parte mais íntima.<sup>115</sup>

José Castan Tobeñas trata da distinção entre direitos patrimoniais e extrapatrimoniais da seguinte forma:

[...] tais direitos [patrimoniais] estão ligados, indissolavelmente, à personalidade do homem, sendo, no entanto, distintos da personalidade mesma. Esta é a abstrata possibilidade de ter direitos, enquanto os direitos da personalidade são aquelas faculdades de que está investido todo aquele que tem personalidade.<sup>116</sup>

Pelo que se observa não se nega que os direitos extrapatrimoniais independem da vontade do legislador e até da própria pessoa, pois é inerente a ela. Tanto é que estes direitos nascem com o homem e permanecem latentes ainda depois da morte, porque sua imagem, seu nome, como também seu corpo físico, são abrangidos pela garantia de incolumidade. Por isso são direitos por excelência os quais devem gozar da ampla proteção estatal.

<sup>114</sup> RODRIGUES, 1998, p. 81.

<sup>115</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito civil: teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 19.

<sup>116</sup> CASTÁN TOBEÑAS, 1952, p. 10.

### 3.2 O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

O apelo mundial acerca da importância dos direitos da personalidade fez com que as constituições federais, de forma quase universal, procedessem às respectivas adaptações, a exemplo da Constituição Federal brasileira de 1988, na qual se vê uma grande evolução no que tange aos direitos e garantias individuais e coletivos.

Como resultado desta evolução, destacaram-se princípios fundamentais do processo, e, portanto, erigidos à categoria de direitos constitucionais processuais. Tais princípios revelam a linha juspolítica e filosófica do país e são extraídos das normas processuais como um todo, influenciando na solução de várias questões legisladas ou não, seja pela exegese dada a um dispositivo, seja na supressão de uma lacuna da lei.<sup>117</sup>

Tem-se, como exemplo, o princípio da efetividade, pertencendo a Proto Pisani a acepção exata “de que a efetividade do processo consiste na sua aptidão de alcançar os fins para os quais foi instituído.”<sup>118</sup>

Ao comentar acerca do princípio da efetividade Luiz Fux diz:

Desígnio maior do processo, além de dar razão a quem efetivamente a tem, é fazer com que o lesado tenha recomposto o seu patrimônio pelo descumprimento da ordem jurídica, sem que sinta os efeitos do inadimplemento, por isso que compete ao Estado repor as coisas ao *statu quo ante* utilizando-se de meios de sub-rogação capazes de conferir à parte a mesma utilidade que obteria pelo cumprimento espontâneo.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 137.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 137-138.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 138.

Referido princípio é relacionado, indissolúvelmente ao princípio de que o processo deve dar, a quem tem razão, tudo aquilo que tem o direito de conseguir, conforme princípio chiovendiano.<sup>120</sup> Por outro lado, a reposição do *status quo ante* nem sempre é possível e por isso a necessidade de tutelas que inibam atos que possam ofender a integridade do direito.

O princípio do devido processo legal [art.5º., n. LIV da C.F.], caracterizado genericamente pelo “trinômio *vida-liberdade-propriedade*”,<sup>121</sup> garante a tutela da vida, da liberdade e da propriedade, “bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico”<sup>122</sup>

É importante destacar que este princípio tem “sentido genérico”, caracterizando-se de forma bipartida, através do *substantive due process* e o *procedural*, o que indica sua incidência em seu aspecto substancial ou material e por meio do processo judicial ou administrativo, respectivamente.<sup>123</sup>

Do *due process* substancial se pode dizer da liberdade que tem o particular de contratar, de praticar atos e negócios jurídicos, em nome da autonomia da vontade, ainda que não explícitos em lei, desde que dentro dos limites que dizem respeito à ordem pública e aos bons costumes e, em contrapartida, no que se refere aos entes públicos, não há esta liberdade, pois só podem praticar atos tipificados na lei, não valendo para a administração pública a liberdade que gozam os particulares no sentido de que é permitido o que a lei não proibiu. Pelo contrário, o ente público vincula-se rigorosamente ao que dita a lei no que concerne a seus atos, em função do princípio da legalidade.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> CHIOVENDA, 1965, p. 84.

<sup>121</sup> NERY JUNIOR, 1995, p.30.

<sup>122</sup> Ibid., p. 30.

<sup>123</sup> Ibid., p. 33.

<sup>124</sup> Ibid., p. 38.

Do *procedural due process* pode-se afirmar que se constitui na “possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.”

No que tange especificamente ao processo civil, são manifestações ou reflexos do princípio do devido processo legal: a igualdade das partes; o direito de ação; o direito de defesa e o contraditório, enquanto que os princípios processuais derivados do *due process of law* na Constituição Federal são: o princípio da isonomia; o princípio do juiz e do promotor natural; o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; o princípio do contraditório; o princípio da proibição da prova ilícita; o princípio da publicidade dos atos processuais; o princípio do duplo grau de jurisdição, e o princípio da motivação das decisões judiciais.<sup>125</sup>

Só para comentar alguns dos princípios ora elencados, destaca-se o princípio da isonomia estabelecido no art. 5º, *caput* e Inciso I da CF, pelo fato de que “todos são iguais perante a lei”, que se identifica com a norma estabelecida no artigo 125, Inciso I do Código de Processo Civil, na qual os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Relaciona-se, outrossim, com o benefício de prazo para Fazenda Pública, Ministério Público, assistência judiciária e litisconsortes, estabelecido no art. 188 do mesmo Código de Processo Civil. Mantém, ainda, estreita relação com os artigos 4º, Inciso I e 6º, Inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor [consumidor na condição de hipossuficiente e a inversão do ônus da prova respectivamente].

Revela-se, de outro lado, o princípio do juiz e do promotor natural definido no artigo 5º, Inciso XXXVII, que determina que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” aliado ao Inciso LIII do mesmo artigo, o qual afirma que “ninguém será

---

<sup>125</sup> NERY JUNIOR, 1995, p. 38.

processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, numa clara proibição de existência e criação de tribunais de exceção, entre outros muitos princípios.

Luiz Fux diz que o “princípio do contraditório é reflexo da legalidade democrática do processo e cumpre os postulados do direito de defesa e do *due process of law*.”<sup>126</sup>

Veja-se que a importância da Constituição Federal de 1988 se torna ainda mais relevante quando se busca, na história recente do Brasil, dados como o Ato Institucional n.º 05 de 1968, sacramentado pela Emenda Constitucional n.1/69 à Constituição Federal de 1967, que bem retrata o regime ditatorial pelo qual passou, excluindo do controle jurisdicional os atos praticados pelo comando da revolução de 1964, os quais, por ironia, eram, por excelência, atos praticados contra os direitos inerentes à personalidade, como a liberdade de expressão.

Esvaziado o período da exceção com o advento da Constituição Federal de 1988, não mais é permitido qualquer tipo de ofensa aos direitos inerentes à personalidade, por força do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tornando sintomática a condição de Estado Democrático de Direito que goza o Brasil de hoje e, muito embora a relevância que possui cada um dos princípios acima citados, a este trabalho interessa especialmente este último, que diz respeito ao acesso à Justiça, estabelecido no inciso XXXV do art. 5º. da Constituição Federal de 1988, conhecido também como direito de ação, que garante a defesa dos direitos ameaçados de violação ou violados.

Ao tratar do direito abstrato de ação inserido no inciso XXXV, do art. 5º. da C. F, Arruda Alvim assim discorre:

---

<sup>126</sup> FUX, 1996, p.148. Grifo do autor.

Inegavelmente, tal direito abstrato de ação existe, dado que diversas constituições são expressas mesmo a respeito deste tipo de acesso ao Judiciário. Entre nós, o art. 5º., XXXV, da CF, é expresso no sentido de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Judiciário. Assim, tal texto, longe de consagrar um direito concreto, em nível constitucional, consagra, isto sim, autêntico *direito abstrato* de agir, ou, então, um *direito de petição*.<sup>127</sup>

Em suma, diz o autor que em ocorrendo as condições da ação previstas no art. 267, VI do CPC e reafirmando a desvinculação do pensamento chiovendiano que condicionava o direito de ação ao direito material, complementa:

Julgamos que o direito genérico de petição, expressamente consagrado em nossa Constituição Federal (art. 5º., XXXV), é o meio ou veículo revelador do direito de ação, já agora situado no plano processual, à luz do preenchimento dos requisitos por esse sistema exigidos (art. 3º. e 267, VI, do CPC).<sup>128</sup>

Não se duvida que a proteção dos direitos inerentes à personalidade encontra agasalho no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual determina: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Note-se que a redação do texto constitucional de 1988 que retrata o direito do acesso à Justiça diz muito mais com os matizes atuais, quando comparada àquela expressada na Constituição vigente até 05.10.1988. Observe-se que foi suprimido o termo “direitos individuais” e acrescentado o termo “ameaça”.<sup>129</sup>

A supressão do termo “direitos individuais” abriu o leque para as possibilidades de utilização de ações de interesses homogêneos, que autoriza partidos políticos e entidades associativas a defender os direitos homogêneos de uma categoria, através do mandado de segurança coletivo; ações que visem interesses individuais homogêneos e interesses difusos, muito embora já se

---

<sup>127</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 402-403.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 403.

contasse, anteriormente à C.F. de 1988, com a Lei 7.347, de 20.07.85, que regula a ação civil pública, a qual já permitia o pleito judicial pelo Ministério Público e associações em favor de interesses coletivos ou difusos, a qual foi, porém, incrementada posteriormente pela Constituição Federal de 1988, que a exemplo do art. 5º., incs. XXI e LXX; e art. 129, inc. III e § 1º.; art. 103 e outros, dá legitimação a outras “entidades para a defesa de direitos supra-individuais.”<sup>130</sup>

Porém, a inclusão do termo ameaça no texto constitucional figura-se fator inovador na ordem constitucional brasileira conforme se aludirá no presente trabalho, porque autorizou que se reafirme a perspectiva de que ao Direito deve interessar, por primeiro, a integridade do bem da vida, destinando sua reparação a eventuais exceções em casos nos quais não se pôde preservá-lo.

O direito de acesso efetivo à Justiça no sentido de fazer valer a prestação da tutela jurisdicional tempestivamente deve, por certo, ser seguido de elementos autorizadores da prevenção do Direito. E é neste sentido que a Constituição Federal, através de princípios e garantias, tem permitido a utilização de meios processuais com o intuito de prevenir a ofensa ao direito do demandante.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco este acesso à Justiça não corresponde à “mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo.” Para eles o efetivo acesso à Justiça significa ser imprescindível que o “maior número possível de pessoas” seja “admitido a demandar e a defender-se adequadamente”, incluindo-se aí o processo criminal.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 78.

<sup>130</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 37; 231.

<sup>131</sup> Ibid., p. 35-36. A idéia desta amplitude referida pelos autores é assim manifestada: “O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas ao processo* (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a

Os autores citados definem o acesso à Justiça da seguinte forma:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça *justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em '**acesso à ordem jurídica justa**'. (destaque dos autores).<sup>132</sup>

O jurisdicionado, então, quando ofendido e ou principalmente ameaçado de ofensa, deve gozar da garantia do acesso à Justiça. E, por força de outorga pelo Estado de mecanismos processuais estabelecidos nas leis infraconstitucionais sob a direta influência da Constituição Federal, o Código de Processo Civil caminha ao encontro de velha máxima defendida por Chiovenda que ordena dar, àquele que tem razão, tudo o que tem direito de conseguir,<sup>133</sup> fazendo do processo um instrumento para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Por isso Cândido Rangel Dinamarco vê o “processo como instrumento de mutações na ordem constitucional e legal”, expondo:

Exercendo o poder nacional em nome do Estado, o juiz dita decisões que são providas de imperatividade (provimento) e que, por mais de um modo, podem influir no conteúdo da Constituição ou das leis ou no significado dos textos, ou mesmo nas diretrizes políticas do Estado.<sup>134</sup>

A Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico.<sup>135</sup>

---

observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa seja capaz de eliminar todo o resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*. (Ibid., grifo do autor).

<sup>132</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 35.

<sup>133</sup> CHIOVENDA, 1965, p. 18.

<sup>134</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p.40.

<sup>135</sup> Ibid., p. 41. O autor justifica este liame entre a Constituição Federal e o Processo argumentando: “A bipolaridade dessas influências associa-se, naturalmente, ao reconhecimento do poder que os

Pode-se ver que o Estado Democrático de Direito se centra nos direitos do cidadão, como forma de preservação da dignidade humana. A queda do Ato Institucional n.º 5 fez banir da história contemporânea brasileira os privilégios de poucos em detrimento do sacrifício de muitos, autorizando o restabelecimento da dignidade do cidadão.

---

juízes exercem, como guardas da Constituição e responsáveis pela sua interpretação fiel e cumprimento estrito. Assim inserido nas estruturas estatais do exercício do poder, o juiz é legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais.” [Cândido Rangel Dinamarco. op. cit. p. 41].

#### 4 DIREITO PROCESSUAL E DIREITO MATERIAL

Foi Oskar Von Bülow quem, de *lege data*, mais precisamente em 1868, procedeu à distinção entre direito material e processo, quando, até então, prevalecia a idéia do processo como um compartimento do direito privado. Referida conceituação favoreceu a tese que fez com que o processo ficasse conhecido com “continente” e a “lide (retrato do direito material expressado no processo – arts. 128, 460, *caput*), como o seu ‘conteúdo’.”<sup>136</sup>

Em sua obra “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, o doutrinador referido exclui o processo do direito privado, inserindo-o no direito público, argumentando:

Costumava-se dizer apenas, de relações de direito privado. A estas, no entanto, não menciona o processo. Visto que os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre funcionários do estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que, as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo e cooperação com a atividade judicial; essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública.<sup>137</sup>

Fundamenta, outrossim, na ignorância da natureza de “relação jurídica contínua”<sup>138</sup> do processo, a idéia errônea que vigorava até então, entendendo que a relação jurídica de direito processual não mantinha distinção com as demais relações de direito e explica:

O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação

---

<sup>136</sup> ALVIM, A., 2001, p. 100.

<sup>137</sup> BÜLOV, Oskar Von, 1890-1968. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN Editora, 2003. p. 5-06.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 6.

concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum. Esta atividade ulterior decorre também de uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros. A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação.

<sup>139</sup>

O caráter de “relação jurídica contínua” dado à natureza da relação jurídica do processo, em oposição ao direito material – caso em que a matéria discutida estaria concluída – e a tônica que demonstrou que a relação jurídica processual pertence ao direito público afastaram a idéia predominante na época, da natureza jurídica do processo como contrato ou quase contrato. <sup>140</sup>

Os processualistas contemporâneos, na esteira da teoria defendida por Oskar Von Bülov, separam o direito material do direito processual, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco que afirma: “Conceitual e funcionalmente, direito processual opõe-se a *direito material*, ou substancial”. Para o autor, o direito processual trata de “organizar a realização do processo em si mesmo. A *técnica da solução de conflitos pelo Estado* – ou seja, o processo – está definida nas normas integrantes de um específico ramo jurídico que é o direito processual civil.” <sup>141</sup>

Portanto, jurisdição, ação, defesa e processo dizem respeito tão somente à disciplina processual civil, enquanto do direito substancial cuida o direito civil, comercial, agrário, administrativo etc., dirigindo-se ele, “aos sujeitos viventes em sociedade e estabelecem critérios para a atribuição de bens a eles [...]” <sup>142</sup>.

Deixando claro que não tem intenção de fazer voltar a reacender a idéia civilista da ação, mantendo íntegra a posição favorável à consolidada doutrina

---

<sup>139</sup> BÜLOV, 2003, p. 6.

<sup>140</sup> ALVIM, A. 2001, p. 102.

<sup>141</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1, p. 40. Grifo do autor.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 40

processual que consagra o direito abstrato de ação,<sup>143</sup> Luiz Guilherme Marinoni assim entende: “a tutela jurisdicional, se deve proporcionar a efetiva realização do direito material, deve ser classificada a partir do resultado material almejado pelo autor ou da ação de direito material que visa a realizar.”<sup>144</sup>

Neste passo, segundo Cândido Rangel Dinamarco, surgindo uma lesão a qualquer direito substancial e avocada a reparação pelo sujeito de direito, o processo atua em toda a sua plenitude, com o objetivo de fazer valer o direito material lesado. Através do processo, então:

[...] as sentenças judiciais limitam-se a *revelar* essas situações criadas pela vida e regidas pelo direito material, eliminando dúvidas e valendo como palavra final a respeito (coisa julgada). Elas não criam situações jurídicas novas. Direitos e obrigações preexistem ao processo.<sup>145</sup>

A afirmação que não admite seja a sentença capaz de criar nova situação jurídica mostra a visão dualista<sup>146</sup> do Direito pelo autor, sempre ressaltada em suas obras.<sup>147</sup> Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra e

<sup>143</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 397.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 407.

<sup>145</sup> DINAMARCO, 2002, p. 42. Grifo do autor.

<sup>146</sup> Ao explicar sua teoria dualista, o autor assim se refere: “Visto desse modo, o trabalho do juiz consiste apenas (a) na busca da verdade dos fatos através da prova, (b) no enquadramento desses fatos no modelo genérico definido em lei (*fattispecie*) e (c) na explicitação e efetivação da norma concreta emergente da ocorrência do fato concreto. Mesmo nos casos em que o juiz *constitui* alguma situação jurídica nova, postulada pela parte (v.g., sentença que decreta a separação judicial ou o divórcio), o direito à modificação jurídica operada pelo juiz preexiste à sentença. O juiz institui entre as partes o *status* de divorciados mas o direito a essa modificação é precedente ao processo e à sentença.” (*Ibid.*, p. 42).

<sup>147</sup> *Ibid.*, p.41-42. “Negar que o juiz crie o direito do caso concreto vale simplesmente como afirmação de que as situações jurídico-substanciais declaradas em sentença preexistem a ela. Tal é, em sua simplicidade, a teoria dualista do ordenamento jurídico, que se apóia rigorosamente no raciocínio dedutivo desenvolvido pelo intérprete a partir da premissa maior que é a norma abstrata contida no direito objetivo material; a premissa menor é a concreta situação de fato e a conclusão reside na afirmação do preceito concreto (nas sentenças judiciais, o *decisum*). Negar que alguma forma o juiz concorra, em cada caso, a contribuir ou completar o preceito de lei (‘compondo’ a lide) não pressupõe o desconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade em que vive. Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobri-los o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação.”

outros tantos doutrinadores mantêm a mesma posição conforme a qual o processo não cria, mas declara o direito material posto.<sup>148</sup>

Entretanto, a discussão que divide opiniões acerca das teorias unitária e dualista sustentando que a sentença cria o Direito [unitária] e o inverso, de que a sentença simplesmente declara o Direito [dualista], não é aqui pertinente.

Por outro lado, esta perspectiva dada pelos doutrinadores citados a respeito do Direito não impede, absolutamente de demonstrar o que aqui tem relevância, ou seja, o fato de que existem pontos de convergência entre Direito e processo. Tanto assim que referidos doutrinadores são precursores da idéia de que o processo se constitui num instrumento do direito material. Veja-se que Cândido Rangel Dinamarco, quando diz da autonomia do direito processual em relação ao direito material, demonstra a seguinte posição:

A autonomia do direito processual e sua localização em plano distinto daquele ocupado pelo direito material não significa que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques. Em primeiro lugar, porque o processo é uma das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos; ele é um instrumento a serviço do direito material. Depois, porque existem significativas *faixas de estrangulamento*, ou momentos de interseção, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico.<sup>149</sup>

Percebe-se, de qualquer forma, uma unanimidade, uma convergência entre os doutrinadores no aspecto que visa, cada dia mais, “relativizar o valor das formas”,<sup>150</sup> realçando o processo como instrumento rico e preciso para fazer atuar o Direito, através da ação posta em juízo.

Destacando as diferenças entre o direito material e o direito processual, Arruda Alvim põe em relevo os seguintes aspectos que concernem ao

---

<sup>148</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 221.

<sup>149</sup> DINAMARCO, 2002, p. 43. Grifo do autor.

<sup>150</sup> CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1990, p. 46. Grifo do autor.

Direito Processual Civil: a) O processo raramente se constituirá num bem em si mesmo, visto que sua função é instrumental; através dele se “consegue um outro bem da vida, o qual privadamente não se logrou obter”; b) o objetivo das normas do Direito Processual Civil, “dentro do processo e em função do resultado”, é tornar “eficaz uma norma de Direito substancial ou material fora do processo”; o resultado vai fazer produzir “efeitos no mundo exterior ao próprio processo (efeitos da sentença)”, produzindo coisa julgada material e executando a realização da eficácia da sentença quando necessário.<sup>151</sup>

Daí dizer-se que enquanto as normas de Direito Civil retratam um interesse primário, as normas de Direito Processual Civil expressam um interesse secundário. Este interesse secundário só se manifesta quando existe um “obstáculo ao gozo do interesse primário ou substancial, que nasceu de uma lesão feita a esse interesse.”<sup>152</sup>

José Roberto dos Santos Bedaque, trata destes “dois planos do ordenamento jurídico”, afirmando que “o Direito não é constituído de departamentos estanques”, exigindo, pois, que seja analisado de “forma global. Por isso não se podem admitir os exageros do privaticismo ou do publicismo. Todas as questões se intercalam.”<sup>153</sup>

Justificando que o legislador determina quais os interesses a serem protegidos e quais devem ser sacrificados quando prevê em abstrato as situações da vida, ele afirma que “Direito subjetivo nada mais é do que essa posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma a seu favor.”<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> ALVIM, A., 2001, p 124.

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 9-10.

<sup>154</sup> Ibid., p. 10.

Como não se pode deixar de lado a coletividade, uma vez que o homem vive em sociedade, o autor realça a situação atual no que se refere à proteção dos interesses difusos ou coletivos e afirma textualmente o que se segue: “Tais idéias devem ser complementadas pela noção de interesses inerentes a toda uma coletividade, cujos titulares podem ser ou não passíveis de identificação, que consubstanciam os chamados direitos difusos ou coletivos.”<sup>155</sup>

Diz ser o direito substancial “aquele que é constituído por um conjunto de normas destinadas a regular os conflitos de interesses, de natureza individual ou coletiva, determinando qual deve prevalecer.”<sup>156</sup> O direito processual resume como aquele que “é formado por regras cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo quando o destinatário não o faça espontaneamente.”<sup>157</sup>

Arruda Alvim diz que a norma de Direito substancial é material, enquanto que a norma de Direito Processual Civil é instrumental.<sup>158</sup>

Bem se vê que o processo faz atuar o direito material e “o objeto do processo é constituído, pois, por esse direito afirmado, que, se reconhecido, será assegurado pela tutela.”<sup>159</sup>

O conjunto de princípios e regras aptas a regular o exercício da jurisdição, da ação, da defesa e do processo se subsume ao direito processual, fazendo atuar a pretensão de direito material, que, se reconhecido, será merecedor da respectiva tutela jurisdicional.

Não é difícil, então, a distinção entre direito material e direito processual, tampouco é de se confundir o fato de que ambos se convergem para um

---

<sup>155</sup> BEDAQUE, 1995, p. 10. Grifo do autor.

<sup>156</sup> Ibid.

<sup>157</sup> Ibid., p. 10-11.

<sup>158</sup> ALVIM, A., 2001, p. 124.

mesmo fim, à medida que o direito processual se perfaz instrumento do direito material com vistas à atuação da tutela jurisdicional.

Vê-se que a dinâmica que trata o direito processual e o direito material passa por mutações profundas, sempre visando a efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Basta ver pelas leis editadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como o Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990 por determinação Constitucional, que trabalha o direito material e o direito processual num só compêndio, não os confunde, tampouco extrai sua importância como direitos autônomos.

Eis mais uma das constatações no sentido de que ambos [direito material e direito processual] não formam compartimentos estanques, de forma a mitigar sensivelmente a dicotomia entre o direito público e o direito privado. Destaca-se, outrossim, o fato de a maioria de seus princípios terem sido erigidos à categoria constitucional. Outro forte indício de sua evolução encontra raiz na instituição dos direitos coletivos, na formulação de institutos de caráter de urgência, tudo fazendo com que o processo sirva, efetivamente, de instrumento do direito material.

#### **4.1 AÇÃO, DIREITO E PROCESSO**

O Direito e suas nuances fazem parte do Estado de Direito e, apesar das divergências teóricas acerca de sua essência, ele é fundamental à estabilidade social e à garantia da dignidade humana. Sua atuação tem garantia constitucional

---

<sup>159</sup> BEDAQUE, 1995, p. 11.

através do direito de ação, esculpido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV.

Não se nega, por evidente, que a ação, o Direito e o processo têm tido gradativo aperfeiçoamento. No que tange à ação, sua evolução se deu especialmente a partir da década de 30 do século passado a partir da teoria de Liebman, que a tratou como direito desvinculado do direito material aventado, sem deixar de consignar os laços que unem a ambos. O ordenamento jurídico, inclusive o brasileiro, adotou sua teoria denominada de “eclética”, que trata do direito abstrato de ação, independente da existência do direito material, muito embora sujeita a críticas.

Liebman disse que a ação é mais que direito; é poder, e no dizer de Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

O autor a define como direito subjetivo instrumental – e, mais do que um direito, um **poder** ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a sujeição e *instrumentalmente conexo a uma pretensão material*. Afirma também que o direito de ação de natureza constitucional (emanação do *status civitatis*), em sua extrema abstração e generalidade, não pode ter nenhuma relevância para o processo, constituindo o simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseia a ação em sentido processual. Por último, dá por exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronuncie uma sentença sobre o mérito (isto é, decisão sobre a pretensão material deduzida em juízo), favorável ou desfavorável que seja. [destaque dos autores].<sup>160</sup>

Essa doutrina, que desfruta de notável interesse no Brasil, dá especial destaque às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material.

Não há razão, porém, para confusão teórica entre Direito, ação e processo,<sup>161</sup> como se significassem uma única realidade.

Acerca do Direito com suas variáveis, envolvendo Justiça e Moral já se cuidou em capítulo anterior, terminando-se por defini-lo, sem pretensão de concluir, como a exteriorização ou a manifestação do sistema jurídico, que impõe deveres correlatos aos indivíduos a ele sujeitos, com o fito de manter a ordem social, utilizando-se da coerção.

Em razão do princípio da inércia vigente no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação e interpretação do Direito dar-se-ão a partir do momento em que se invoca a tutela jurisdicional pela parte que sentir lesada por eventual descumprimento de obrigação imposta por força do trato nas relações sociais. Serve a ação de “instrumento” estatal para a composição da lide posta em juízo.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco descrevem que a partir deste momento o Estado será “chamado a desempenhar a sua função jurisdicional.” Complementam sua idéia afirmando que o Estado “o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas.”<sup>162</sup>

É sabido que a obrigação da entrega da tutela jurisdicional pertence tão somente ao Estado, porque a reservou para si, negando a autodefesa. Como conseqüência, os conflitos surgidos das relações sociais devem ser solucionados pelo Estado, quando provocado, por meio de regras jurídicas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, através da ação, por força do princípio da inércia. Numa

---

<sup>160</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 224-225.

<sup>161</sup> ALVIM, A. 2001. v. 1, p. 99.

<sup>162</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 42.

definição clara e precisa acerca de ação, Direito e processo, Cintra, Grinover e Dinamarco, procedem à sua efetiva distinção:

Ação, portanto, é o **direito ao exercício da atividade jurisdicional** (ou o **poder** de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.<sup>163</sup>

José Eduardo Carreira Alvim, em estudo acerca deste fenômeno do Direito denominado de ação, assim se expressa:

A evolução conceitual da ação não se pode dizer encerrada, tão grande é ainda a discussão em torno do seu conceito. Desde a concepção da *actio*, no Direito Romano, muitos séculos se passaram, e o tema continua tão atual quanto os mais recentes institutos e as mais novas aquisições da ciência processual. Os estudos que surgiram, a partir do século XIX, contribuíram em grande parte para a elucidação do conceito de ação, e tiveram, quando outros méritos não tivessem, esse de abrir o debate em torno do instituto<sup>164</sup>.

Provocada a jurisdição através da ação, surge o processo, que se refere à “soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres ônus e sujeições que impulsionam essa atividade.”<sup>165</sup>

De outro lado, o direito material, conforme já avaliado no item anterior, constitui-se no “corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidade da vida – direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.”<sup>166</sup>

Para que a ação se desenvolva no sentido de fazer cumprir a obrigação precípua do Estado em prestar a tutela jurisdicional, que resulte na composição da lide, faz-se necessário um instrumento adequado e capaz de

---

<sup>163</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 221-222. Grifos dos autores.

<sup>164</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 142.

<sup>165</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 221-222.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p.42.

comportá-la, qual seja, o processo. Arruda Alvim define a ação como sendo o “núcleo do processo.”<sup>167</sup>

Este instrumento, por evidente, só se formará com a vontade do autor que tomará a iniciativa, caso veja sua pretensão resistida por outrem. Porém, o conflito posto em juízo obriga imediatamente o Estado e as partes demandantes.

Arruda Alvim lembra que no “processo civil, o fato do não-cumprimento do mandamento da norma, fundamentalmente, liga-se à idéia de ‘ônus’.”<sup>168</sup> Explica este ‘ônus’ como a obrigação de cumprimento da norma por aquele a quem é dirigida, sob pena de eventual prejuízo. Cita por exemplo: a obrigação do autor em apresentar uma petição inicial apta (art. 282); sob pena de inépcia da inicial; a obrigação do réu em responder à ação, utilizando-se de todos os meios de defesa, como a exceção de incompetência (art. 112), sob pena de sua prorrogação (art. 114); a revelia em caso de ausência de contestação (art. 319); a obrigatoriedade da delimitação da lide, sob pena de preclusão quanto aos fatos não alegados *etc.*<sup>169</sup>

Quando trata da eficácia preclusiva da coisa julgada, Arruda Alvim cita José Rogério Cruz e Tucci, para quem o “processo nasce para terminar e vive numa dimensão temporal”<sup>170</sup> deduz também:

os atos processuais das partes devem ser praticados dentro dos lapsos temporais, em que se subdivide aquela dimensão temporal maior, onde à não prática do ato que deveria ser realizado *segue-se normalmente uma desvantagem, irreversível no processo (preclusão)*, porque à parte se enseja essa oportunidade ou chance, ligada à ocorrência de preclusão, salvo as exceções legais. Geralmente, porque a prática do ato seria útil à parte que não o praticou, na medida em que efetivamente o ato fosse útil, decorre prejuízo pela omissão.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> ALVIM, A, 2001, v. 1, p. 99.

<sup>168</sup> ALVIM, A, 2001, v. 1, p. 120.

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> CRUZ; TUCCI, apud ALVIM, A., 2001, v.1, p.121.

<sup>171</sup> ALVIM, A, loc. cit. O autor lembra, no entanto, que: “O prejuízo porém, não é conseqüência absolutamente necessária da omissão. É, v.g., possível, mesmo que o réu não conteste a ação, e,

Percebe-se, então, que o processo se traduz num instrumento estatal a serviço do cidadão e/ou da coletividade, para a obtenção da paz social, nascendo com a ação e terminando com a sentença trânsita em julgado, fazendo valer o direito material de quem tem razão, independente de ter sido o autor ou o réu o vencedor.

Cândido Rangel Dinamarco afirma: “O processo não tutela direitos, mas pessoas – e, precisamente, as pessoas que, segundo o direito material bem interpretado, tenham direito à tutela jurisdicional”.<sup>172</sup> E acrescenta: “[...] o processo é instrumento predisposto ao exercício do poder e (que este) consiste na capacidade de decidir e impor decisões.”<sup>173</sup>

Exatamente porque floresceu a insistente idéia da busca da efetividade do processo pelos doutrinadores é que autores contemporâneos como Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco, entre outros, realçam a fase instrumentalista do processo, cujo objetivo é atingir definitivamente sua efetividade na busca do constitucional direito de acesso à Justiça.

Em comento à tese que defende a instrumentalidade do processo, os mesmos autores discorrem acerca de sua evolução como fato concreto em nosso Direito, porém, sem deixar de ressaltar a necessidade contínua de seu aperfeiçoamento:

---

ainda, mesmo que seja julgada antecipadamente (arts. 319 e 330, II), venha a mesma a ser julgada improcedente. Se o ato que deveria ter sido praticado o foi, igualmente, há preclusão (consumativa); se o foi mal, não poderá igualmente vir a ser repetido.” (ALVIM, A., 2001, p. 122-123).

<sup>172</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 178.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 179.

Mas ainda resta muito a fazer. A fase instrumentalista não terá desempenhado o relevante papel que se propõe para o aprimoramento do serviço de pacificação social, enquanto não tiver cumprido razoavelmente os propósitos expressos nas três “ondas renovatórias”<sup>174</sup> desenvolvidas em sede doutrinária. [...]; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigí-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas<sup>175</sup>.

Visam os autores a “*efetividade do processo como meio de acesso à justiça*”<sup>176</sup>, atribuindo aos operadores do Direito a responsabilidade de ter em mente a consciência de que o processo significa “um poderoso instrumento ético destinado à servir a sociedade e ao Estado”<sup>177</sup>.

É evidente que em se tratando de Direito não existem teses definitivas, mas motivações para reflexões, as quais resultam em conseqüente mobilização do campo das idéias para a realidade jurídica, com o objetivo de concretizar a tão propagada “ordem jurídica justa”, no meio social.

## 4.2 AS ATUAIS TENDÊNCIAS DO PROCESSO CIVIL E A CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

A tutela jurisdicional em sua modalidade clássica apresenta-se de três formas, quais sejam: tutela de conhecimento ou de cognição; tutela de execução; e tutela cautelar.

---

<sup>174</sup>. CINTRA, GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 45-46. Nota dos Autores: Diz-se que, no decorrer dessa fase ainda em andamento, tiveram lugar *três ondas renovatórias*, a saber: a) uma consistente nos estudos para a melhoria da *assistência judiciária* aos necessitados; b) a segunda voltada à tutela dos *interesses supra-individuais*, especialmente no tocante aos consumidores e à rigidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.). (Ibid., p.45.).

<sup>175</sup> Ibid., p. 45-46.

<sup>176</sup> Ibid., p.46. Grifo do autor.

<sup>177</sup> Ibid.

A estrutura do processo, por sua vez, obedece aos fins jurisdicionais que devem ser alcançados através dos atos nele praticados, sendo, por consequência, modelada pelos três segmentos: ação de conhecimento, cautelar e de execução, conforme discorre Luiz Fux:

A noção de processo é teleológica e sua classificação obedece aos fins jurisdicionais que se pretendem alcançar através da sucessão de atos. Assim, o processo tem a mesma natureza da espécie de jurisdição que se colima. Em consequência, à tutela de cognição corresponde o processo de conhecimento; à de execução o processo de execução e à de assecuração o processo cautelar.<sup>178</sup>

Verificam-se, outrossim, no processo civil, modificações profundas justificadas pela insuficiência da estrutura processual desenhada até então, que já não atendia mais as necessidades dos dias contemporâneos. Arruda Alvim refere-se a “processo civil clássico” em sua “*estrutura e funções*”, para definir este período estanque da legislação processual. Diz também que as necessidades atuais acabaram por conduzir a uma “espécie de *convivência* entre o processo civil clássico (já, em si mesmo, *intrinsecamente* alterado, em decorrência do descarte da inspiração individualista *radical*) e esse novo aparato hodierno.”<sup>179</sup>

Buscando as raízes que deram origem a este “processo civil clássico”, observa-se que o processo civil brasileiro foi modelado com base no sistema continental europeu, resultando no trinômio já referido.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> FUX, 1996, p. 6.

<sup>179</sup> ALVIM, A, 2001, p. 62. O autor complementa seu raciocínio expondo: “É necessário ter-se (sic) presente a estrutura do que designamos de *processo clássico*, as *funções* desempenhadas, *rigidamente separadas*, de que se constitui um modelo o vigente Código de Processo Civil, na sua estrutura originária. Há *pontos* ou *setores* de estrangulamento que têm demandado alterações nesse sistema, porque deixou de atender às expectativas sociais. É extremamente útil ter-se (sic) presente a origem do sistema que hoje pode-se dizer *clássico*, a sua *contextura* e o seu *funcionamento* (e como este deixou de ser satisfatório), o que se justifica, tanto mais, porque, ainda hoje, é o *processo clássico* o referencial permanente do discurso sobre as mutações contemporâneas. (Ibid.).

<sup>180</sup> ALVIM, A, 2001, p. 63.

Tal fato se observa no art. 270 do CPC que afirma: “Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV)”.

Esta divisão rígida e sistemática adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1939 e repetido no CPC de 1973 foi formada “a contar do último quartel do século passado, até aproximadamente, o término da 2<sup>a</sup>. Guerra Mundial” e tinha como objetivo definir o “perfil dos institutos ou categorias jurídicas, idealizar um funcionamento harmônico e articulado dos institutos.” Tão forte era a preocupação na distinção dos institutos que não se apreciava sequer a idéia da *instrumentalidade*, soando de forma estranha à época.<sup>181</sup>

Um dado importante a destacar e que será objeto de estudo adiante é o fato de que o instituto do ressarcimento se constituía na forma de execução predominante, o que significa que as obrigações de fazer e não fazer estabelecidas no art. 461 – antes de sua modificação pela Lei 8.952/94, se resolviam em perdas e danos.<sup>182</sup>

Cada um dos três segmentos processuais [cognição, execução e cautelar], então, possuía funções distintas e exclusivas, não se podendo cogitar em interferência de um instituto no outro.

Tanto é assim que os processos de conhecimento e de execução distinguem-se segundo estas bases, da seguinte forma: no processo de conhecimento o juiz baseia-se na afirmação de direito para declarar sua existência ou inexistência ao final da cognição.<sup>183</sup> No processo de execução, o juiz parte de um direito já declarado, só realizável após trânsito em julgado da sentença e através

---

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> Ibid.

da determinação de prática de atos como penhora etc... Não havia permissão para a execução do direito enquanto corria a fase de cognição, salvo o instituto da execução provisória, o qual é sabido, nunca satisfaz. O instituto da coisa julgada era inatingível.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina deduzem que no processo de execução manifesta-se a forma mais genuína da tutela jurisdicional executiva.<sup>184</sup> Tal assertiva deriva do fato que à execução antecede a “certeza jurídica” do débito.

O processo cautelar tinha por fim tão somente produzir efeito “assecuratório da possibilidade de realização prática ulterior, quando da procedência da ação, o que se excluía que se pudesse, cautelarmente, produzir um efeito idêntico àquele suscetível de ser produzido pela procedência da ação.”<sup>185</sup>

Não obstante, é sabido que os processos podem conter outros atos além daqueles a que se destinam, podendo ser encontrados atos cognitivos no processo de execução, assim como atos além dos intelectivos no processo de cognição. Apenas que “há uma preponderância não exclusiva de atividades jurisdicionais típicas.”<sup>186</sup>

É sabido que a partir da Revolução Industrial ter-se-ia iniciado o “fenômeno da ascensão das massas”, especialmente no continente europeu. Porém, o súbito desenvolvimento do capitalismo ocorrido após a 2ª. Guerra Mundial, e o conseqüente fluxo de pessoas migrando para os grandes centros, somado à característica do Direito Civil da época – de cunho eminentemente individualista,

---

<sup>183</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2ª. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.87.

<sup>184</sup> WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 145.

resultado de “pregação ideológica liberal individualista” desde a Revolução Francesa, fizeram, dentre outros fatos, com que o detentor de capital *forte*, submetesse, por regra geral, o indivíduo desprovido de condições financeiras e de capacidade de concorrência. Isto se dava por diversas razões. Dentre as mais importantes, destacam-se: a) o fato de que, se o indivíduo conhecia seus direitos, não possuía igualdade de condições com o demandado que representasse o capitalismo, especialmente o industrial e o comerciante, em virtude da força do capital; b) as leis do Estado que, por conseqüência, correspondiam às leis do mercado; c) esta lei impunha “igualdade” para todos, sem qualquer proteção do pólo *mais fraco* etc., propagando-se a “igualdade formal.”<sup>187</sup>

Esta bandeira da ‘igualdade formal’ não pôde mais ser sustentada, porque à medida que os casos concretos eram postos em juízo, percebia-se a extrema “desigualdade” por ela imposta, exigindo, então, mudança de atitude.

É interessante anotar o entroncamento, o ponto de convergência existente entre o direito material e o direito processual, porque nas palavras textuais de Arruda Alvim:

Referimo-nos a que os problemas vieram, *verdadeiramente*, ‘assolar’ o *direito processual civil* não surgiram somente nesta seara do direito, senão que emergiram em *sintonia* com problemas e conseqüentes modificações operadas no direito material.<sup>188</sup>

Conclui o autor: “[...] possivelmente um dos setores mais modificados, no direito privado” tenha sido o obrigacional e que a necessidade de reestruturação dos “instrumentos processuais”, então, ter-se-ia dado, em parte,

---

<sup>185</sup> ALVIM, A, 2001, p. 64. Neste aspecto há se lembrar que este foi um dos motivos a “autorizar” o desvirtuamento do instituto da tutela cautelar, denominando-a de “satisfativa ou atípica, *quase que como uma anomalia*”, como confirma o autor. (Ibid.)

<sup>186</sup> FUX, 1996, p. 7.

<sup>187</sup> ALVIM, A., 2001, p. 65-76.

<sup>188</sup> ALVIM, A., 2001, p. 71.

como conseqüência de um reequilíbrio daqueles que defrontassem a ordem jurídica.

189

Com referência à história recente do processo, a necessidade premente de transformação para se atingir a melhor “justiça” fez surgirem linhas de aperfeiçoamento, identificadas com as “três ondas renovatórias”<sup>190</sup> citadas neste trabalho, no intuito de melhor atender o princípio do acesso à Justiça, através da assistência judiciária e da instituição de direitos supra-individuais e mecanismos de minimização e relativização das formas processuais, podendo-se também citar a instituição de tutelas de urgência, a instituição da ação monitória, enfim todo conjunto de regras processuais voltadas a melhor atender o princípio referido.

Paralelamente às transformações sociais, envolvendo diretamente a modificação do Direito Civil e do Direito Processual Civil, o instituto da ação começava a adquirir feições autônomas em relação ao direito material.

Em 1903, Chiovenda deu os primeiros passos, diferenciando-a do direito postulado. Renovou sua tese posteriormente, porém, não deixou absolutamente de lado a tese civilística da ação,<sup>191</sup> porque, muito embora admitisse o direito processual como um *corpo* separado do direito material, haveria que, obrigatoriamente, culminar na procedência da ação, com a concessão, ao autor, do direito material pugnado.

É sabido, outrossim, que mais precisamente a partir da década de 30, do século passado, Liebman avançou e concebeu fundamentos para a concretização da tese segundo a qual o direito material se distingue da ação, afirmando sua autonomia, e adotando uma teoria eclética, em virtude da qual a procedência ou não do pedido do autor não obriga a procedência ou improcedência

---

<sup>189</sup> Ibid., p. 71-72.

<sup>190</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p.46.

<sup>191</sup> ALVIM, A., 2001, p. 99.

da ação. Esta, deve conter as condições por ele elaboradas: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte e interesse de agir.

Porém, a classificação trinária das ações já não se afigurava suficiente para atender a efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Tanto é que a doutrina tem discutido de *lege data* esta insuficiência.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart assim afirmam a respeito da insuficiência da classificação trinária da ação/sentença:

As sentenças de classificação trinária são absolutamente incapazes de garantir tutela genuinamente preventiva, ou tutela adequada aos direitos *não patrimoniais*. Isso porque através de nenhuma delas o juiz pode ordenar.

Com efeito, essa classificação, além de refletir, sobre o plano metodológico, as exigências da escola sistemática, baseadas na necessidade de isolar o processo do direito material, espelha os valores do direito liberal, fundamentalmente a pretendida neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do fazer.<sup>192</sup>

Kuttner e Goldschmidt aventaram uma quarta categoria de ação/sentença, qual seja, a mandamental, aquela que origina uma ordem, um mandamento, mas sempre endereçada a outro órgão do próprio Estado, a um agente estatal,<sup>193</sup> não abrangendo, portanto, os particulares.

Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva procederam a uma nova formulação teórica acerca da ação/sentença mandamental, traçando suas individualizadas características, no sentido inverso da idéia original, ou seja, elas:

[...] contêm *ordem* para o réu, a ser atendida sob pena de se caracterizar afronta à autoridade estatal e, eventualmente, crime de desobediência. Eis o aspecto diferencial, identificador dessa categoria. Não se trata de comando necessariamente dirigido a órgão ou agente do estado: também ao particular pode ser dirigido um mandamento.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 450. Grifo do autor.

<sup>193</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 191.

<sup>194</sup> Ibid.

Carnelutti já afirmou: “Juiz não é só o que julga, mas também aquele que ordena: é aquele, em suma, cuja decisão tem eficácia de uma ordem”.<sup>195</sup>

Discorrendo acerca do sistema clássico de tutela dos direitos, por entender que ao Estado não importava a interferência direta do juiz sobre os atos entre os particulares, em razão de uma ideologia liberal da época, inclusive porque não cabia ao juiz servir-se de sua função para fazer mais do que declarar a letra da lei – segundo princípios de Montesquieu<sup>196</sup>, assim Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart se manifestam:

Se a sentença declaratória não é hábil para permitir a prevenção, e se a sentença condenatória tem um nítido escopo repressivo, não há possibilidade de se encontrar, dentro da classificação trinária das sentenças, via adequada para a tutela dos direitos não patrimoniais, o que revela total incapacidade do processo civil clássico para lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea.<sup>197</sup>

Exemplos de que o Código de Processo Civil em vigor convive com a classificação ampliada das ações/sentenças encontram-se nos arts. 461 e 461-A, como também no art. 273 do CPC [que em seu § 3º. autoriza a utilização das prerrogativas estabelecidas nos artigos antes citados] e no art. 84 do CDC, permitindo ao juiz, seja na sentença, seja na tutela antecipatória, ordenar e também impor pena de multa.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que aquelas determinações estabelecidas nos artigos referidos consistem numa

---

<sup>195</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1961. v. 1, p. 31.

<sup>196</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 452-454.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 454.

sentença mandamental, <sup>198</sup> porque ela representa uma “ordem dirigida a um sujeito, acompanhada de uma sanção.” <sup>199</sup>

Não obstante, Eduardo Talamini destaca um aspecto importante acerca da eficácia da ação/sentença mandamental, que difere um pouco da teoria de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart grafada acima, entendendo que a sentença mandamental não seria caracterizada exatamente porque a ordem induz à aplicação de uma sanção. Ele afirma que, muito embora o provimento mandamental seja acompanhado da ameaça de alguma medida processual coercitiva, tal fato não corresponderia ao seu aspecto essencial, mas sim o fato de que este provimento veicula “uma ordem diretamente voltada à parte.” <sup>200</sup>

O conceito de tutela jurisdicional, de outro lado, teve que ser revisto para abranger outro segmento de execução. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina dizem: “[...] tem-se pensado na tutela jurisdicional executiva não apenas como resultado, mas utiliza-se o termo também para designar os *meios* tendentes à sua consecução.” Complementam o raciocínio argumentando que: “Sob este prisma, pode-se dizer que a execução pode se realizar através de meios executivos diretos (ou de sub-rogação) e indiretos (ou de coerção).” <sup>201</sup>

As medidas executivas concernentes à sub-rogação, são, em regra, suficientes quando se trata de execução contra devedor solvente ou execução para a entrega de coisa certa, como também nas obrigações de fazer *fungíveis*, cujo resultado pode ser obtido por pessoa diversa do obrigado. O mesmo não acontece com relação às obrigações de fazer *personalíssimas*, obrigando a determinação de medidas executivas coercitivas e, ainda, com a obrigação de não fazer – infungível –

---

<sup>198</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 454.

<sup>199</sup> ALVIM, A., 2001, p. 101.

<sup>200</sup> TALAMINI, 2003, p. 191.

<sup>201</sup> WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 141. Grifo do autor.

ocasião em que a tutela jurisdicional buscada pelo demandante se realizará também através de medidas executivas coercitivas.<sup>202</sup>

Os autores referidos já disseram que a forma mais genuína de manifestação da tutela jurisdicional executiva manifesta-se no processo de execução. Porém, afirmam que não se impede a realização de atos executivos no curso de outros processos, como na “execução da decisão que antecipa os efeitos da tutela, ou imediatamente após a prolação da sentença e independentemente de processo de execução posterior, como ocorre nas ações executivas *lato sensu*.”<sup>203</sup>

Os autores, diferenciam a ação condenatória [uma das classificações da tutela de cognição ou de conhecimento] da ação executiva *lato sensu*, da seguinte forma: “[...] a sentença condenatória supõe a idéia de que é possível, após a realização de cognição exauriente e definitiva, a obtenção de grau razoável de certeza acerca da existência do direito que autorize realizar a execução.” Dizem que, por isso, consideram a sentença condenatória como uma simples “*etapa* da prestação jurisdicional, consistente no reconhecimento de que *há direito a tutelar*”, e, portanto, a diferença entre “ação condenatória e ação executiva *lato sensu* seria eminentemente *procedimental*”, sugerindo que “bastaria a unificação das atividades cognitivas e executivas num único processo para que se estivesse diante de uma ação executiva *lato sensu*.”<sup>204</sup>

Kazuo Watanabe, ao comentar sobre a classificação quinária das ações, declinada por Pontes de Miranda, refere-se à sua idéia da seguinte forma: “Pontes de Miranda classifica as ações segundo a carga de eficácia. Leva em conta

---

<sup>202</sup> Ibid., p 142.

<sup>203</sup> Ibid., p. 145.

<sup>204</sup> WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 146-147. Grifo do autor.

a preponderância de uma das cinco pretensões de direito material, a cuja tutela são criados os remédios técnicos processuais.”<sup>205</sup>

Segundo Pontes de Miranda essas “pretensões são de condenação, de declaração, de constituição, de execução e de mandamento.” Dessa forma, “cria uma classificação quinária: ações de condenação, de declaração, de constituição, de execução e de mandamento.”<sup>206</sup>

Pontes de Miranda afirma, outrossim, que não se pode dar eficácia única a nenhuma ação ou sentença, uma vez que uma ação ou sentença pode resultar em mais de um de seus efeitos, ou seja, pode haver, numa mesma sentença, a eficácia declaratória, assim como a constitutiva ou mesmo a condenatória, o que, diga-se de passagem, se dá reiteradamente em sentenças, nas quais se vislumbra mais de uma das eficácias, prevalecendo a preponderante.<sup>207</sup>

Pode-se perceber claramente este fato em diversos segmentos de tutelas, inclusive naqueles que envolvem as tutelas de urgência, onde a tutela mandamental [ordem] convive com a tutela executiva [medidas de coerção], sem qualquer objeção.

Observa-se que o Direito moderno superou a doutrina que reinou dominante até pouco tempo em razão não só da absoluta divisibilidade e incomunicabilidade entre as ações de conhecimento, executivas e cautelares, como também da limitação à classificação das ações/sentenças de cognição em declaratórias, constitutivas e condenatórias, nas quais cada qual represava-se para surgir sempre em separado; senão em momentos diversos, então, ao menos paralelamente, no sentido literal da palavra.

Não é fora do propósito anotar que andam caindo as barreiras que separavam e limitavam estes institutos diante da atualização e modernização do processo brasileiro, por força de sua insuficiência.

---

<sup>205</sup> WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 28.

<sup>206</sup> Ibid., p. 18.

<sup>207</sup> WATANABE, 1987, p.76.

## 5 TUTELA ANTECIPADA

A urgência na proteção jurisdicional, resultado de visível insatisfação dos jurisdicionados neste aspecto, exigiu que se amoldassem os institutos existentes, de maneira que a Justiça tardia passasse tão somente a fazer parte da história do Direito. O princípio do acesso à Justiça, estabelecido no inciso XXXV do art. 5º. da Constituição Federal demonstra a necessidade que viu o Estado de Direito em prever uma tutela jurisdicional efetiva e suficiente, levando, inclusive, José Carlos Barbosa Moreira a dizer:

O progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer, universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil.<sup>208</sup>

Resultado desta tendência foi a instituição no ordenamento jurídico brasileiro de tutelas de urgência, através das leis infraconstitucionais. Estas tutelas de urgência encontram-se elencadas nos artigos 273, 461<sup>209</sup> e 461-A<sup>210</sup> do Código de Processo Civil, consoante já declinado anteriormente.

Referidas tutelas, por sua vez, são de extrema importância e interessam a todos os operadores do Direito, uma vez que visam dar agilidade a processos de cognição, os quais suscitam atividades jurídicas imediatas com o

---

<sup>208</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 31, p. 199, jul./set. 1983.

<sup>209</sup> CPC – Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

<sup>210</sup> CPC – Art. 461 – A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

intuito de preservar e ou salvaguardar direitos, tanto os patrimoniais quanto e especialmente os extrapatrimoniais.

O estágio atual do processo, entretanto, sucede uma fase que foi marcada pela “segurança jurídica”, que não admitia que o juiz antecipasse os efeitos da sentença só declarada após a respectiva cognição exauriente. Isto porque antes da Revolução e da separação dos poderes proposta por Montesquieu, a França teria vivido uma era de domínio político sobre os magistrados, os quais eram atrelados ao executivo e ao legislativo, predominando, então, a vontade da nobreza e do clero.<sup>211</sup>

Na intenção de eliminar esta situação, a Revolução Francesa teria dado uma feição passiva e neutra ao Judiciário. A partir de então, conforme já insistia Montesquieu em suas ilações a respeito do assunto, passou-se a impressão de que aos juízes caberia tão somente ser a *boca da lei*, conforme se pode perceber da nota descrita abaixo:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.<sup>212</sup>

É certo que não se concebe um juiz que se resuma tão somente a ser a “boca da lei”, como também não se pode afirmar que a “segurança jurídica” exigisse este pressuposto. Luiz Fux lembra: “A jurisdição não se limita à operação de subsunção do conflito à regra abstrata reguladora do conflito.” Afirma que a jurisdição encerra, “em suma, a restauração da legalidade e da justiça como

---

<sup>211</sup> MARINONI, 1998, p. 143-147.

<sup>212</sup> MONTESQUIEU, 1973 apud MARINONI, 1998, p. 146.

instrumento eficaz da paz social e da preservação da garantia dos direitos do homem.”<sup>213</sup>

Explica Luiz Guilherme Marinoni:

Manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica; o próprio Montesquieu fez coro pela segurança jurídica fundada na estrita aplicação da lei, ao afirmar que se os julgamentos ‘fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos’.<sup>214</sup>

Não é de se estranhar, assim, que as tutelas sumárias não estejam de acordo com os princípios liberais. [...] Se o juiz é um mero aplicador da lei, pelo mesmo motivo havia ele de ser proibido de julgar com base em verossimilhança. Dar ao juiz poder para tutelar um direito aparente é o mesmo que dar ao Judiciário poder para avaliar uma determinada situação concreta com base em critérios que certamente não agradariam aqueles que queriam ver o juiz impedido de interpretar a lei. Na verdade, se o sistema admite que o juiz pode afirmar que não deveria ter concedido a tutela sumária, o próprio sistema concebe que a ‘justiça’ do juiz pode não ser a justiça da lei.<sup>215</sup>

A idéia de que a ‘Justiça’ só se faria em caso de obtenção da ‘verdade’ escondia o fato de que ao juiz admitia-se o poder de errar, como também de julgar com base em seus valores pessoais. Para evitar tais situações, exigia-se que ao juiz não caberia interpretar a lei.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que desde aquela época o que se buscava era a “segurança jurídica”, porque a ‘busca da verdade’ é uma “quimera” e justifica seu pensamento desta forma: “Se o juiz, para se manter neutro e fiel à lei, não pode julgar com base em verossimilhança – situação em que a vontade do juiz, já que intuitivo, pesa muito mais –, é fácil perceber a relação entre a ‘busca da verdade’ e a neutralidade do juiz”<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> FUX, 1996, p. 5.

<sup>214</sup> MARINONI, 1998, p. 146-147.

<sup>215</sup> Ibid.

<sup>216</sup> Ibid.

É certo que hoje a segurança jurídica vem sendo substituída pela efetividade e tempestividade, como afirmam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “Curioso e oportuno é observar-se que o valor segurança vem dando lugar, de modo suave e paulatinamente, aos valores justiça e efetividade.”<sup>217</sup> Mas esta situação é recente no Direito, pois o ‘valor segurança’, como exigência para a construção do ‘Estado Industrial’<sup>218</sup> monopolizou as relações jurídicas até há pouco.

Analise-se o fato de que a Revolução Francesa teria optado por suprimir as ações sumárias do sistema processual, até então existentes, porque no Direito clássico, “a provisoriedade, inerente ao juízo sumário foi vista como algo pernicioso para uma sociedade que exige ‘segurança’ para o desenvolvimento das relações jurídicas”.<sup>219</sup>

Recorde-se de que Chiovenda afirmou que os processos sumários seriam incompatíveis com os princípios e objetivos da ‘civilização moderna’, que exigiria um processo teleologicamente voltado para a descoberta da verdade e, além disso, capaz de oferecer a indispensável segurança de que as relações jurídicas necessitariam para desenvolver-se.<sup>220</sup>

Quando se refere à coisa julgada, Humberto Theodoro Jr. afirma o seguinte:

Depara-se, aí, mais uma vez, com o eterno conflito, mais aparente que real na espécie, do Direito quanto à sua preocupação com a *segurança e certeza*, ao mesmo tempo em que se persegue a *justiça*. Até bem pouco tempo sempre se buscou valorizar a segurança, pelo que a intangibilidade da coisa julgada vinha merecendo posição de destaque sendo poucos os que se

<sup>217</sup> WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 12. Os autores exemplificam como “um primeiro sintoma deste fenômeno”, a criação do instituto do julgamento antecipado da lide pelo legislador, no ano de 1973. (Ibid.).

<sup>218</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. RT 801/40.

<sup>219</sup> MARINONI, 1998, p. 146-147.

<sup>220</sup> Ibid.

aventuravam a questionar ou levantar o problema da inconstitucionalidade da coisa julgada, advogando a impossibilidade de sua subsistência. Admitir-se a impugnação da coisa julgada sob o fundamento autônomo de que contrária à Lei Fundamental do Estado era algo que não se coadunava com o ideal de certeza e segurança.  
221

Veja-se que os resquícios pertinentes à “segurança jurídica” manifestam-se ainda, das mais variadas formas e nos mais variados institutos, a exemplo da “coisa julgada”, resultado que foi de forte poder econômico prevalecente enquanto vigente o Direito clássico.

Não é por menos que a “segurança jurídica” acabou por fazer retroceder o Direito, excluindo do ordenamento a tutela sumária, e universalizando o procedimento ordinário, o qual, juntamente com a ‘segurança jurídica’, tratou isonomicamente as diferentes situações de direito material.<sup>222</sup>

Esta forma de pensar e conduzir os problemas postos em juízo era também resultado da idéia de que a esfera jurídica do réu não poderia ser invadida antes de pleno conhecimento da ação e, portanto, seria lógica a conclusão de que não poderia haver direito à tutela antecipada à sentença, vigorando, então, o princípio da *nulla executio sine titulo*.<sup>223</sup>

Joel Dias Figueira Júnior afirma que a Lei 8.952/94 teria servido “como um marco de rompimento com o princípio milenar e mitológico da *nulla executio sine titulo*.”<sup>224</sup>

Este princípio forçosamente flexibilizou-se. As prementes necessidades do mundo moderno, trazendo um conflito entre o direito de defesa e a

---

<sup>221</sup> THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa julgada inconstitucional: a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. Coordenação de Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 128-129.

<sup>222</sup> MARINONI, 1998, p.149.

<sup>223</sup> Ibid.

<sup>224</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 2-3.

efetividade da tutela jurisdicional, obrigam a que sejam equacionados os casos postos em juízo, evitando-se que só o autor assumira os ônus da demora do processo.<sup>225</sup>

Especialmente sobre os direitos da personalidade a tutela inibitória antecipada tem papel fundamental, principalmente porque a Constituição Federal albergou sua efetiva proteção, como também porque a lei infraconstitucional, em perfeita consonância com a Constituição Federal, estabeleceu, nos arts. 461, § 3º. e 461-A e 273 do Código de Processo Civil, meios efetivos para a tutela de urgência destes direitos, ainda que indiretamente, uma vez que muito embora não tenha sido explícito neste aspecto, não se admite, sequer em tese, que além de toda a proteção preexistente, no Código de Processo Civil, aos direitos patrimoniais, este artigo tenha excluído os direitos não patrimoniais.

Observe-se que o Direito moderno, ao contrário do Direito clássico, impõe ao juiz, ainda que sob o manto da cognição sumária, antecipar os efeitos da sentença, sempre que se convencer da verossimilhança, e havendo justo motivo, substituindo a “segurança jurídica” pela efetividade.

A “segurança jurídica” não foi e não deve ser relegada ao esquecimento. Ela ocupa, por evidente, um espaço no ordenamento jurídico. Sua amplitude é que foi reduzida, porquanto se priorizou a efetividade da tutela jurisdicional. Os sinais de sua manutenção, de forma equilibrada, podem ser vistos na própria tutela antecipada estabelecida no artigo 273 do Código de Processo Civil, como também na tutela inibitória antecipada no § 3º. do art. 461 – objeto específico da tutela inibitória (fazer e não fazer), e no art. 84 do CDC, as quais se exigem requisitos e momento oportuno para sua concessão.

---

<sup>225</sup> MARINONI, op. cit., p. 149.

A Lei 10.444 de 2002 acrescentou os parágrafos 6º e 7º<sup>226</sup> ao artigo 273 do CPC, tendo este último provocado uma verdadeira “revolução” de conceitos acerca da tutela cautelar, cujo assunto será retomado em tópico próprio.

Paulo Afonso Brum Vaz menciona:

Com a nova redação dada ao artigo 273 do Código de Processo Civil, restou instituída uma espécie de *poder geral de antecipação de tutela*, complementando o renque de hipóteses de concessão de medidas antecipatórias típicas. Dessarte, ao lado das medidas antecipatórias nominadas, viabilizo o *poder geral de antecipação da tutela jurisdicional* a concessão de medidas antecipatórias inominadas<sup>227</sup>.

## 5.1 DEFINIÇÃO

Tutela é expressão que “tem significado semântico, oriundo do latim, de defesa, proteção, amparo.” E a expressão antecipar, “do latim *antecipare*, significa fazer suceder antes do tempo próprio”<sup>228</sup>. Esta antecipação surge do fato de se querer adiantar algo que “deveria ocorrer em outra oportunidade.” Juridicamente, “a antecipação da tutela nada mais é do que o adiantamento temporal dos efeitos executivos e mandamentais da futura decisão de mérito definitiva.”<sup>229</sup>

Um fator fundamental a caracterizar a tutela antecipatória reside no fato de que a antecipação antes definida diz respeito tão somente aos efeitos da

---

<sup>226</sup> CPC – Art. 273. [...] § 6º: A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso; § 7º: Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

<sup>227</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 74.

<sup>228</sup> Ibid., p. 71.

<sup>229</sup> Ibid.

sentença, jamais à sentença propriamente dita, não compreendendo, então, a sentença de mérito.

Aliás, Betina Rizzato Lara define muito bem a distância entre a antecipação dos efeitos de uma sentença de mérito e a própria decisão final, especialmente quando coloca a liminar que concede a antecipação dos efeitos da tutela no “mundo dos fatos” porque no mundo jurídico, os principais efeitos só serão alcançados com a sentença de mérito:

[...] a liminar antecipatória não caracteriza jamais uma antecipação da própria decisão de mérito contida na sentença. Ela antecipa os efeitos que decorrem desta decisão. A liminar só antecipa os efeitos externos ou secundários da sentença que, por esta condição refletem-se no mundo dos fatos. Os principais, ao contrário, atuam sempre no plano jurídico.<sup>230</sup>

O que importa na análise de um pedido de antecipação de tutela é um juízo de valor acurado pelo julgador, de forma que, através de cognição sumária tenha condições de decidir com base nos juízos de verossimilhança.

O artigo 273, *caput*, autoriza a antecipação total ou parcial da tutela. O que significa que é dado ao juiz, em nome de seu poder discricionário, conceder a tutela para atender parte do pedido ou, em caso de cumulação, aqueles que se mostrarem incontroversos (§ 6º). Por evidente, neste caso, caberá ao juiz, analisar os pressupostos que autorizariam sua concessão e, em os havendo, conceder a tutela pugnada.

## 5.2 CONTROVÉRSIAS

Muito embora a clara distinção entre antecipação dos efeitos da tutela e a sentença final, costuma haver desarmonia na doutrina e nas lides forenses quando se trata de antecipação dos efeitos da tutela numa ação de cunho eminentemente declaratório. Ora, a tutela antecipada encontra-se inserida no Título I do Código de Processo Civil, que trata do Procedimento Ordinário acampando a ação de cognição e suas subespécies já referidas anteriormente, quais sejam, declaratórias, constitutivas e condenatórias, não impondo qualquer óbice quanto a seu campo de aplicação e, por isso, não pode o operador do Direito impor restrições em searas nas quais a própria lei não as admitiu.

Porém é exatamente no maior campo de ação da tutela antecipada onde residem as controvérsias, mais precisamente em sede de ação de cognição, destacando-se aquela que vise tão somente a sentença de declaração. O argumento dos julgadores e de parte da doutrina traz a idéia de que não se pode antecipar uma declaração, porque, se assim fosse, estar-se-ia antecipando a sentença. Parece um equívoco de interpretação, uma vez que a tutela antecipada, frise-se, não se presta a antecipar a decisão final, mas sim seus efeitos.

Tome-se como exemplo um caso de invalidez permanente de um segurado titular de um contrato de imóvel efetivado com o SFH, em que a discussão prenda-se à negativa de quitação do bem pela seguradora, ao argumento de doença preexistente. Neste caso, a concessão do pedido de antecipação da tutela não possui o cunho da declaração de inexigência da dívida, mas sim, de interrupção dos pagamentos mensais das prestações até decisão final ou tão somente de sustação

---

<sup>230</sup> LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 20-22.

de inscrição do nome do segurado em organismos de restrição de crédito como o SPC ou o SERASA. São os típicos efeitos secundários que vão atuar imediatamente no “mundo dos fatos” como bem define Betina Rizzato Lara, uma vez que somente a declaração em sentença de mérito após cognição exauriente é que convalidará ou não o ato praticado no “mundo dos fatos”, caso se trate de procedência ou improcedência, respectivamente.

Mais um aspecto a diferenciar a antecipação dos efeitos da tutela da “antecipação da declaração” encontra-se na espécie de decisão, objeto da tutela antecipada. De acordo com o diploma legal estabelecido no artigo 162, do CPC, os atos praticados pelo juiz são classificados em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

A sentença é o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo, decidindo ou não o mérito da causa, podendo ser definitiva ou terminativa. Já a decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, durante o andamento do processo, resolve questão incidente. Os despachos são todos os demais atos praticados pelo juiz durante o processo, sem cunho decisório.

Descreve Paulo Afonso Brum Vaz:

A decisão que antecipa a tutela, ou a indefere, enquadra-se como decisão interlocutória, porquanto, compreendendo o conteúdo decisório, traço que a distingue dos despachos, não põe fim ao processo, mister a que se exige a sentença<sup>231</sup>.

Analisando-se a diferença entre decisões interlocutórias e sentença e partindo-se do objeto, pode-se dizer que a sentença tem “por objeto definir a

---

<sup>231</sup> VAZ, 2002, p.77.

questão principal, a questão de mérito, enquanto que as decisões interlocutórias não decidem sobre o principal, e sim sobre questões incidentes.”<sup>232</sup>

Não se pode perder de vista, então, que mais importante que a forma, através de uma ação declaratória, ou declaratória e constitutiva ou tão somente condenatória, o que quis o legislador foi fazer com que o juiz apreenda o caráter de urgência da tutela pleiteada, sem desviar os olhos da obediência aos requisitos legais impostos [segurança jurídica] de forma que a evidência do direito sirva de bússola a fundamentar sua concessão.

Paulo Afonso Brum Vaz, tem a seguinte idéia a este respeito:

[...] os efeitos normativos da sentença, sejam eles declarativos, constitutivos e condenatórios, não podem constituir objeto da antecipação da tutela. Antecipam-se, isto sim, efeitos práticos que eventualmente poderiam decorrer de sentenças que contenham tais atributos. Estes efeitos são antecipados por meio de ordens ou mandados que correspondem à realização, no mundo dos fatos, das providências objeto da tutela antecipada.<sup>233</sup>

Ovídio A. Baptista da Silva defende a mesma opinião:

O campo da incidência das liminares antecipatórias previstas pelo artigo 273, em sua nova redação, coincide com os efeitos – nunca com o conteúdo de qualquer dessas três ações (declaratórias, constitutivas e condenatórias) que se caracterizam por sua natureza de efeitos práticos, não normativos, o que corresponde a afirmar que os efeitos que poderão ser antecipados serão sempre, e exclusivamente, os efeitos executivos e mandamentais, já que, como acabamos de ver, os efeitos normativos da sentença (declarar e constituir) não podem ser provisoriamente antecipados.<sup>234</sup>

Portanto, é de se ver que o Instituto da tutela antecipatória, ainda que seus avanços mereçam reverência, possui mistérios em suas entrelinhas a

---

<sup>232</sup> Ibid.

<sup>233</sup> VAZ, 2002, p. 76.

<sup>234</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romana canônica*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 191.

serem desvendados pelos operadores do Direito. Não se pode, porém, perder de vista sua função precípua, sob pena de uma interpretação oblíqua restringir o que o legislador autorizou.

A intenção da lei não pode merecer interpretações equivocadas ou restritivas, seja por princípio pessoal do intérprete, seja por comodidade ou mesmo por excesso de temor. Ela deve, sim, servir de norte ao intérprete para que de sua letra se extraia o necessário à efetividade da tutela jurisdicional.

## 6 TUTELA CAUTELAR

Márcio Louzada Carpena diz que “é direito substancial o acesso à Justiça de forma eficaz e equilibrada, estando, inexoravelmente, inserida nesse a função acautelatória”<sup>235</sup>, numa demonstração de que as medidas cautelares nominadas e inominadas foram precursoras do asseguramento do acesso à “ordem jurídica justa”.

Tem-se, assim, que o objeto da tutela cautelar é o direito à segurança do processo, para que esta segurança se realize em outra lide e, portanto, não visa oferecer o direito material invocado, muito embora isto não signifique que se possa excluir “o direito substancial abstrato de se ver acautelado.”

### 6.1 BREVE HISTÓRICO

É resultado de criação de Chiovenda, na Itália, a tese de que o provimento cautelar subsumia-se à “mera ação, dissociada do direito acautelado”, ou seja, ainda que ao final do processo principal não se vislumbresse o direito pugnado pelo demandante, com caráter provisório e cognição sumária, não se excluindo a “responsabilidade objetiva do requerente da demanda, da mesma forma com que se vislumbra na execução *anormal* (execução provisória), que corria por conta e risco do autor”,<sup>236</sup> conforme se extrai de seu ensinamento:

---

<sup>235</sup> CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*: de acordo com a Lei no. 10.444, de maio de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.58.

<sup>236</sup> CARPENA, 2003, p. 8.

A ação assecuratória é por conseqüência, ela própria, uma ação provisória; e daí importa que se exerça, em regra, a risco e perigo do autor, quer dizer, que o autor, em caso de revogação ou desistência, seja responsável pelos danos causados pelo despacho, tenha ou não culpa; e isto pelas mesmas razões expostas a propósito da ação executiva anormal.<sup>237</sup>

Francesco Carnelutti, em 1926, apresentou projeto de reforma do Código italiano com o título '*Dei provvedimenti cautelari*', reconhecendo "um poder geral de cautela outorgado ao juiz para afastar perigos de danos ao direito controvertido."<sup>238</sup> Porém, seu projeto foi recusado.

Em 1936, Piero Calamandrei confirmou a instrumentalidade e a provisoriedade do provimento cautelar, no seguinte sentido:

Nota verdadeiramente típica destes procedimentos, os quais não são nunca um fim em si próprios, mas são infalivelmente predispostos à emanção de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático. Estes nascem por assim dizer a serviço de um procedimento definitivo, com a função de predispor o terreno e de preparar os meios mais adequados para o seu êxito.

A relação de instrumentalidade, ou como outros disseram, de subsidiariedade, que liga infalivelmente cada procedimento cautelar ao procedimento definitivo em previsão do qual este é emanado, é o caráter que mais claramente distingue o procedimento cautelar da denominada declaração com dominante função executiva: Estes nascem como se viu, na esperança de que um sucessivo procedimento não sobrevenha a impedir-lhe de tornar-se definitivo; aquele nasce com previsão e aliás, na espera de um sucessivo procedimento definitivo, na falta do qual não somente não aspira tornar-se definitivo, mas está absolutamente destinado a desaparecer por falta de uma finalidade.<sup>239</sup>

Em 1939 criou-se o projeto definitivo do Código processual italiano que inadmitiu as teses defendidas por Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei, acabando por manter as mesmas disposições expressas no

---

<sup>237</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v.1, p.333.

<sup>238</sup> CARPENA, op. cit., p. 9.

Código de 1865, ao sustentar vaga e nebulosa a idéia do poder geral de cautela do juiz. Não sobreviveu aos apelos da doutrina e, em 1942, enfim, sob a construção de Calamandrei, Carnelutti e Redenti, foi criado o Código de Processo Civil italiano, autorizando, no art. 700, o poder geral de cautela ao juiz para concessão de medidas urgentes,<sup>240</sup> da seguinte forma:

Fora dos casos regulados nas seções precedentes deste Capítulo, quem tenha fundado motivo de temer que durante o tempo necessário para fazer valer seu direito em via ordinária, seja ameaçado de prejuízo iminente e irreparável, pode requerer ao juiz as providências de urgência que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneas a assegurar os efeitos da decisão na causa principal.<sup>241</sup>

Anote-se que o Direito italiano utiliza-se, até os dias de hoje, deste art. 700, inclusive para conceder tutelas de urgência que visam a proteção do direito material, da mesma forma que o Brasil utilizou-se, até 1994 [quando da admissão no ordenamento brasileiro das tutelas de urgência e específicas], do estatuído no art. 798 do CPC, e, portanto, de forma desvirtuada.

Mas foi com base no Direito italiano, então, que o Código de Processo Civil brasileiro de 1939 adotou a tutela cautelar como um *tertium genus* de processo, autônomo, sedimentando um poder geral de cautela e autorizando independência formal à pretensão cautelar. Liebman insistia na idéia da autonomia procedimental do processo cautelar, afirmando que não se tratava de incidente do processo principal, mas, um processo autônomo que previa uma medida preventiva.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 41.

<sup>240</sup> CARPENA, 2003, p. 14.

<sup>241</sup> Ibid.

<sup>242</sup> CHIOVENDA, 1998, p. 334.

No Brasil Alfredo de Araújo Lopes da Costa mantinha idêntica posição, ou seja, defendia a autonomia do processo cautelar e sua caracterização como um terceiro gênero de processo.<sup>243</sup>

O Código de Processo Civil de 1973, outrossim, de forma mais prática e sistemática que o anterior, dispôs o instituto cautelar de maneira que deixou clara sua autonomia.

## 6.2 TUTELAS CAUTELARES DE DIFERENTES ESCOPOS

O intuito precípua da tutela cautelar é a assecuração do processo e não a proteção do direito material invocado em lide principal, uma vez que de sua definição genérica se extrai que a tutela cautelar teria por escopo a garantia, a segurança do processo principal, ou seja, tornar útil o resultado final dos processos de cognição ou de execução.

Márcio Louzada Carpena afirma que “o que define o direito substancial de cautela não é o conteúdo da decisão proferida na sentença mandamental e sua definitividade, mas, sim, o direito de o cidadão requerer segurança.”<sup>244</sup>

Já no Capítulo II do Livro III se observa diferenciação de resultados no que se refere às medidas cautelares nominadas. Por muito tempo e ainda hoje, há alusão, por vários doutrinadores, ao termo “tutela cautelar satisfativa” ou de “cunho satisfativo”. Na verdade, o que prevalece na doutrina recente é que quando

---

<sup>243</sup> COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1947. p. 93.

<sup>244</sup> CARPENA, 2003, p. 58.

se trate de provimento satisfativo, não induz a que referido provimento seja cautelar, tão somente porque munido de dispositivos inseridos no Livro III.

O mesmo autor referido diz o seguinte:

[...] o que se está a afirmar é que há ações satisfativas que podem se desenvolver com rito cautelar. E mais, que podem, dependendo da situação, se apresentar não só como satisfativas, mas também como propriamente cautelares.”<sup>245</sup>

Porém, destaca que ambas jamais poderiam ser admitidas concomitantemente e esclarece textualmente:

É claro que vão se afigurar de uma forma (cautelar) ou de outra (satisfativa), não se admitindo a imprópria locução *cautelar satisfativa* ao mesmo tempo, expressão essa que causa tanta confusão na sistematização do processo cautelar. Se satisfaz, é porque cautelar não é. São ações que podem apresentar caráter *dúplice*, desenvolvido sob o rito do Livro III: [...]”<sup>246</sup>

Refere-se ele às chamadas “ações genéricas”, aludidas no Livro III, Capítulo II. Veja-se que as medidas genéricas encontram-se no capítulo II, arts. 852 a 888, como os alimentos provisionais (art. 855), protesto e apreensão de títulos (art. 882), posse em nome do nascituro (art. 877) etc.

Há que se lembrar que a satisfatividade implica em atingir o direito material invocado ainda que provisoriamente e, portanto, refere-se à antecipação dos efeitos da sentença a qual somente em época própria determinará sua convalidação ou não.

De maior valia foi até bem pouco tempo, e ainda o é, o escrito no art. 798 do Código de Processo Civil<sup>247</sup>, acerca do poder geral de cautela, que dá a

---

<sup>245</sup> CARPENA, 2003, p. 58

<sup>246</sup> Ibid.

<sup>247</sup> CPC – Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas,

discricionariedade [que não significa arbitrariedade, tampouco direito de abstenção, mas é mais condizente com o poder vinculado] ao juiz, para determinar outras medidas acautelatórias e provisórias que julgar adequadas, sempre que houver fundado receio de dano grave ou de difícil reparação a ser provocado por uma parte à outra.

Este mecanismo fez com que o instituto da tutela cautelar sofresse o desvirtuamento já referido, chegando a ser nominada de “tutela satisfativa” – termo que nunca obteve aprovação da maioria da doutrina e não poderia ser diferente, uma vez que ela existe em função do e para o processo principal. Mas foi justamente para proteger o direito do demandante que seu desvirtuamento se fez mais presente e crasso, pois necessário, por ausência de um outro instituto que atendesse o direito material tempestivamente.

A falta de meios mais precisos para a proteção tempestiva do direito material, que resulte na conclusão de que haveria total impossibilidade de comungar a execução com a realização do direito “marcou as cautelares atípicas ou satisfativas, *quase como uma anomalia*”<sup>248</sup>, conforme descreve Arruda Alvim.

Justificando a utilização da tutela cautelar como “não cautelar”,<sup>249</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart utilizam o termo “válvula de escape” para o art. 798 do Código de Processo Civil. Não é sem razão. A “tempestividade” outrora deixada de lado pelo doutrinador clássico, para que o termo “segurança” se fizesse sobrepor, tornou inviável o procedimento ordinário. De fato, apesar dos contra argumentos que se punham acerca da natureza da medida cautelar, o art.

---

quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

<sup>248</sup> ALVIM, A., 2001, v.1, p. 64.

<sup>249</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 227

798 do Código de Processo Civil veio restaurar um pouco da credibilidade na prestação da tutela jurisdicional de forma mais efetiva.

Não obstante, o intérprete do Direito, que se consumia em vacilações diante da “outra face” da medida cautelar vislumbrada e utilizada por boa parte do judiciário, deparou-se, em 1994, com o instituto das tutelas de urgência, inserido no CPC, no artigo 273 e 461 do CPC. E posteriormente no art. 461-A, criado pela Lei 10.444/02.

Os autores acima citados assim definem esta fase:

O uso da tutela cautelar com fim satisfativo, ou como técnica de antecipação da tutela de conhecimento, aliado ao problema, que se verificava com muita freqüência na prática forense, da desnecessária duplicação de procedimentos para a tutela do direito material e da impossibilidade da realização de parcela do direito evidenciado no curso do processo, levou o legislador brasileiro a introduzir no Código de Processo Civil a norma que hoje consta no art. 273, [...].<sup>250</sup>

É de se ver, portanto, que o avanço na seara processual não possui precedentes, e espera-se que a efetiva demanda e aplicação deste instituto que grassa hoje na legislação processual seja de melhor aceitação pelos intérpretes em geral.

Não param aqui, entretanto, as contradições acerca do intrigante Livro III do Código de Processo Civil. O advento da tutela cautelar antecipada (arts. 273 e 461 e 461-A) só fez confirmar o que a doutrina e jurisprudência já apregoavam, no sentido de que o Livro III que trata da tutela cautelar inominada teria servido de instrumento de caráter antecipatório dos efeitos da sentença definitiva, por absoluta falta de opção pelo intérprete.

---

<sup>250</sup> Ibid., p. 228.

As medidas satisfativas e conservativas e, especialmente o art. 798 que trata do poder geral de cautela, teriam tido vasta aplicação, sendo por isso explorados, a despeito de interpretações diversas, por ausência de instituto mais adequado. Justifica-se este fato porque o que mais chama a atenção nos casos das tutelas cautelares de caráter diferenciado de sua natureza é que o resultado advindo da sua grande maioria vislumbra a antecipação dos efeitos da sentença e não a garantia de segurança do provimento final no processo principal.

Não bastasse, a introdução pela Lei 10.444/02, do parágrafo 7º. do art. 273, estremeceu de vez as bases das tutelas cautelares, principalmente aquelas puras, tipicamente cautelares, cujo objetivo é atinente ao processo e não ao direito material. E é acerca destes dois assuntos que se passará a tratar logo mais, juntamente com as respectivas distinções entre tutela cautelar e tutela antecipada.

## 7 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

Já foi objeto de estudo o desvirtuamento da tutela cautelar por ausência de instituto mais apropriado à obtenção de efetividade e tempestividade do direito buscado em juízo. É de conhecimento geral, outrossim, que até o advento de demais tutelas de urgência, grande foi a resistência dos tribunais, no sentido de utilizar-se da tutela cautelar para a prática da efetivação do direito pugnado.

Entretanto, não se pode deixar de anotar que antes do advento dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, a tutela cautelar consistia no único instrumento à disposição do operador do Direito para impedir a efetivação de um ilícito.

Implicava, no entanto, em exigir a futura ação principal para a consecução da cognição exauriente, considerada impossível em sede de cautelar, pois embora alguns defendessem a satisfatividade em determinadas cautelares, com o intuito de justificar o atendimento do direito material, a legislação pátria, com *olhos* na própria estrutura da tutela cautelar, não a permitia.<sup>251</sup>

A discussão resultava, inclusive, das várias e incansáveis acepções diferentes do instituto pelos intérpretes do Direito, os quais, arraigados no sistema formalista, não viam como fazer um provimento provisório programado para atender o processo, antecipar os efeitos de uma tutela material, ainda que às custas de perecimento do direito da parte.

Quando da apreciação, ainda que limitada à sua superfície, do instituto da tutela antecipada, neste trabalho, ensaiou-se demonstrar que o objeto da tutela antecipada caracteriza-se pela antecipação dos efeitos da sentença que

---

<sup>251</sup> MARINONI, 1998, p. 49

atuarão diretamente no mundo dos fatos [do direito material], ou seja, no dizer de Betina Lara Rizzato,<sup>252</sup> “efeitos secundários” da sentença, antes que um dano venha a ser causado ou se mantenha perpetuado, quando já iniciado, com o risco de tornar inócua a futura sentença.

Dentre as diversas facetas que mantêm distinção entre ambos os institutos, algumas delas serão objeto de apreciação a seguir.

### **7.1 AS DIFERENTES NUANCES ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA**

Da tutela cautelar propriamente dita a tutela antecipada possui visível e real diferença. A tutela cautelar dá segurança ao processo principal, garantindo sua eficácia final, enquanto a antecipação dos efeitos da tutela atua diretamente nos efeitos “secundários” do direito material discutido, pois a tutela antecipada não possui natureza de provimento final, até porque sua espécie se enquadra nos chamados despachos interlocutórios, que não põem fim ao processo, mas decidem incidentes, cujo recurso apropriado é o agravo.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que o caráter provisório, aquele que autoriza uma decisão através de simples cognição sumária, não pode ser considerado elemento a caracterizar uma similitude entre ambos os institutos, quais sejam, tutela cautelar e tutela antecipada.<sup>253</sup>

E mais, que tal fato inibe a possibilidade de satisfação, mesmo provisória do direito acautelado, uma vez que a segurança do processo é seu único destino. Lembrem, de outro lado, que após a adoção explícita da tutela antecipada

---

<sup>252</sup> LARA, 1993, p. 20-22.

<sup>253</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 230.

pelo Código de Processo Civil não mais se justifica a eventual descaracterização da tutela cautelar. Os autores em comento afirmam que, caso haja esta descaracterização, o instituto da tutela cautelar ficará relegado a uma “simples tutela de cognição sumária.”<sup>254</sup>

Arruda Alvim, por sua vez, destaca a provisoriedade como característica da tutela cautelar, e faz distinção entre ela e a tutela antecipada, referindo:

O que caracteriza as ações/sentenças cautelares (eficácia da cautelar concedida) é a provisoriedade e sua dependência do resultado do processo principal (art. 808, III). Sem embargo deste ter sido o perfil das ações cautelares, e desse perfil encaixar-se entre os processos de conhecimento e de execução, este último representado especificamente pela prática de atos tendentes à satisfação do direito, e aquele, o de conhecimento, objetivando, *apenas*, a declaração do direito, não podemos deixar de considerar as chamadas cautelares *atípicas* ou *cautelares satisfativas*, em que, em casos de extrema urgência, acabava-se normalmente *antecipando uma eficácia a ser obtida no processo de conhecimento e a ser realizada no processo de execução*. A antecipação de tutela, seja a do art. 273 (redação da Lei 8.952/94), seja a do art. 461, vieram *resituar* o processo cautelar, na sua mais primitiva feição, de estrita cautelaridade ou instrumentalidade em relação aos processos de conhecimento e de execução.<sup>255</sup>

Na Itália não foi adotada expressamente a tutela antecipada como no Brasil e, portanto, assim como o Direito brasileiro procedia antes de sua instituição expressa, ela o faz até os dias de hoje, ou seja, utiliza-se do instituto da tutela cautelar, mais precisamente estatuída no art.700 do Código de Processo Civil italiano que trata do poder geral de cautela, para a antecipação da tutela, conforme já consignado no item 5.1 que tratou da tutela cautelar.

Em razão da ausência de determinação expressa para a concessão da tutela antecipada quando necessária, a doutrina italiana admite a medida cautelar

---

<sup>254</sup>. MARINONI; ARENHART, 2003, p. 230.

para a antecipação do direito pugnado, não importando se há desvirtuamento ou não de seu objetivo, seja garantindo a efetividade da sentença [na condição de típica tutela cautelar] seja antecipando o direito material.<sup>256</sup> Excetua-se os doutrinadores italianos modernos como Edoardo Ricci, que, acatando a doutrina brasileira, assim se refere:

Estou plenamente convicto de que os provimentos antecipatórios possuam natureza diversa dos provimentos cautelares; e, portanto, não posso olhar com simpatia uma união indiscriminada dos provimentos antecipatórios e dos provimentos cautelares do ponto de vista da disciplina. É, por outro lado, verdadeiro, que a separação teórica entre provimentos antecipatórios e provimentos cautelares nem sempre é advertida na Europa com a mesma precisão que é advertida na doutrina brasileira. Mas as minhas convicções levam-me a compartilhar, sobre este tema, das orientações da doutrina brasileira.<sup>257</sup>

Não obstante, mantém-se, na legislação italiana, a utilização da tutela cautelar, no art. 700 do Código de Processo Civil, também para a concessão de tutelas antecipadas, cuja justificativa adotada é a da provisoriedade de ambos os provimentos. Porém, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart dizem que o caráter de provisoriedade não pode servir de norte a identificar a tutela cautelar e a tutela antecipada, uma vez que a tutela cautelar não admite a satisfação do direito, ainda que a título provisório, afirmando que a provisoriedade é critério processual e, por isso, na classificação das tutelas de cognição sumária não se pode levar esta característica em consideração, porque “contradiz a idéia de se pensar a tutela jurisdicional na perspectiva do direito material, ou da instrumentalidade do processo

---

<sup>255</sup> ALVIM, A., 2001, v.1, p. 100-101.

<sup>256</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 232-233.

<sup>257</sup> RICCI, Edoardo. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 7, p. 92.

em relação ao direito material”,<sup>258</sup> buscando fundamentação à sua argüição nas seguintes palavras:

Lembre-se, porém, e apenas por exemplo, de que quando se afirma que a tutela cautelar deve permanecer eficaz pelo tempo necessário ao acautelamento do direito, pretende-se tutelar o direito impondo-se a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado. É nesse sentido, aliás, que se diz que a tutela cautelar é marcada pela temporariedade e não pela provisoriedade, isto é, a tutela cautelar deve ser revogada quando desaparece a situação de perigo que abriu ensejo à proteção do direito.<sup>259</sup>

Da provisoriedade na tutela cautelar, Humberto Theodoro Júnior tem a seguinte opinião:

[...] toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriedade, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo e, ao contrário, se destina a durar por espaço de tempo delimitado.<sup>260</sup>

Márcio Louzada Carpena, afirma:

Em linhas gerais, pode-se dizer que, enquanto instrumento para assegurar o resultado útil e eficaz do processo principal, a medida cautelar, uma vez deferida com base na *aparência do bom direito* e num *perigo de dano*, terá natureza estruturalmente provisória já que fica vinculada não só à demonstração daquele de forma efetiva no processo principal, como também à manutenção desse perigo de dano. Daí por que, verificada a improcedência da demanda satisfativa, a cautelar não se mantém, da mesma forma como também ocorre quando não mais é vislumbrado o perigo de dano àquela.<sup>261</sup>

Afirma, outrossim, a posição de Giuseppe Chiovenda, da seguinte forma: “No início do século passado, Giuseppe Chiovenda já lecionava que as

---

<sup>258</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p.231.

<sup>259</sup> Ibid., p. 115.

<sup>260</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Leud, 1995. p. 22.

<sup>261</sup> CARPENA, 2003, p. 43-44.

medidas cautelares eram *provisórias*, eis que (sic) deferidas *em vistas das aparências do momento* para afastar o *temor de um dano jurídico*.”<sup>262</sup>

Luiz Guilherme Marinoni, de outro lado, afirma que na tutela cautelar há uma exceção respeitante ao “princípio de que a esfera jurídica da parte somente deve ser invadida a partir do momento em que o órgão jurisdicional formou o seu convencimento acerca de quem é o titular do direito.” Este seria o motivo ao qual o órgão jurisdicional deveria se ater para “causar a menor restrição possível à esfera jurídica da parte”,<sup>263</sup> devendo revogar a medida imediatamente após ter desaparecido o *periculum in mora*.

Assim como no Direito italiano, o Direito brasileiro resistiu o quanto pôde a conceder, através do art. 798 do Código de Processo Civil, a satisfação do direito, sob o argumento de que a antecipação dos efeitos da sentença não seria objeto da tutela cautelar e dessa forma, o Direito brasileiro, ressalvadas exceções, não admitia uma “fungibilidade” prática do instituto.

Cabe advertir que a tutela antecipatória foi introduzida no Código de Processo Civil *justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim da ‘antecipação da tutela’, e essa ‘antecipação’- segundo a jurisprudência – não podia ser obtida por meio de ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de ‘fundado receio de dano’ e de ‘abuso de direito de defesa’, nele inserindo o art. 273.*<sup>264</sup>

<sup>262</sup> Ibid., p. 45.

<sup>263</sup> MARINONI, 1998, p.115. O autor acrescenta: “[...] isto não ocorre, como é óbvio, se a tutela cautelar não é imediatamente revogada após o desaparecimento do *periculum in mora*, que era justificativa imprescindível para a restrição que vinha sendo imposta ao requerido. A ‘temporiedade’ da tutela cautelar garante que a esfera jurídica da parte não será afetada além do tempo necessário ao acautelamento do direito, correspondendo, desta forma, ao princípio da menor restrição possível.” (Ibid., p. 115-116).

Tem-se, portanto, que a tutela antecipada diz respeito ao direito material posto em juízo, enquanto a tutela cautelar visa a segurança do processo, para dar efetividade à execução da sentença.

## **7.2 FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPATÓRIA E A TUTELA CAUTELAR – § 7º DO ARTIGO 273 DO CPC**

A Lei 10.444/02, que alterou os dispositivos do artigo 273 do Código de Processo Civil, instituiu o parágrafo 7º<sup>265</sup> e autorizou ao juiz receber, a título de tutela antecipada, uma autêntica ação cautelar, proposta equivocadamente, através do princípio da fungibilidade. Esta possibilidade legal contribui sobremaneira para a “informalização” do instituto que trata das tutelas cautelares, sem descaracterizá-las, relativizando o valor das formas, ao autorizar que sejam recebidas no corpo da ação principal.

Esta expressa autorização legal leva a questionar se não estaria sendo “admitida” também, implicitamente, a “relativização do valor das formas”, em casos em que o demandante postule tutela cautelar incidental diretamente no processo principal ajuizado, conscientemente e independente de equívoco.

O princípio da isonomia, assim como da instrumentalidade, somados aos princípios da efetividade, economia e celeridade processual, entre outros, justificariam esta tese, uma vez que, se o juiz pode conceder a tutela cautelar quando posta em juízo de forma equivocada, ou seja, a título de tutela antecipada,

---

<sup>264</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 230.

<sup>265</sup> Artigo 273 [...], Parágrafo 7º: Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

da mesma forma este juiz deve proceder nos casos em que tal fato se dê por opção da parte.

Para os que assim entendem, pode ser afirmado que o legislador teria dito mais do que se pode visualizar do texto da lei, ou seja, teria dado um passo importantíssimo no que diz respeito à informalização do instituto da tutela cautelar, ainda que não tivesse esta intenção.

Era fato incontroverso, até então, que a tutela cautelar – fosse preparatória ou incidental, deveria obrigatoriamente, obedecer aos requisitos estabelecidos no Livro III do Código de Processo Civil, cuja formalidade exigia autos apartados, em razão da distinção entre o procedimento relativo à tutela cautelar e àqueles estabelecidos nos processos de cognição ou de execução – lides principais, ainda que nos tempos em que era concedida a título de tutela antecipada com escopo no artigo 798 do Código de Processo Civil.

A inovação estampada no parágrafo 7º do artigo 273 do CPC mitiga mais uma formalidade, vindo ao encontro dos princípios da instrumentalidade, da economia e celeridade processual e, mais importante, do efetivo acesso à Justiça, no que concerne às cautelares incidentais e, quiçá, às preparatórias.

Não há disposição expressa no texto da lei acerca da possibilidade de, especialmente em se tratando de tutela cautelar incidental, o autor optar por liberalidade sua, entre promover uma tutela cautelar incidental nos moldes tradicionais e demasiadamente formais ou requerê-la no corpo do processo principal.

Porém, o § 7º. do artigo 273 do CPC autoriza, e de forma expressa, que ao juiz, segundo seu poder-dever discricionário, receba uma medida cautelar incidental requerida no corpo do processo principal sob o título de tutela antecipada

sempre que presentes seus requisitos, utilizando-se do princípio da fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar.<sup>266</sup>

E é com base neste poder-dever do juiz em relativizar o valor das formas, no sentido de efetivamente atender ao princípio da instrumentalidade, que se deduz que cabe também a opção, pelo autor com exata consciência de seu pedido, em desprezar a forma, pugnando pela tutela cautelar no interior dos autos principais.

Fosse com intenção de dizer mais do que disse ou não, o legislador, com certeza, avançou e muito quando relativizou o valor das formas neste aspecto e sem descaracterizar o instituto da tutela cautelar, porque seu objeto continua exatamente o mesmo, ou seja, a garantia do “resultado útil” do processo de cognição ou de execução.

Joel Dias Figueira Junior entende que em casos concretos em que o juiz se deparar com problemas que possam causar “complicações de ordem processual ou procedimental”, deverá, com o intuito de evitar tumultos no processo, “determinar que se processe o pedido cautelar em autos apartados (em apenso).”<sup>267</sup>

O autor complementa seu pensamento da seguinte forma:

Vale salientar, também, que o processamento da demanda cautelar como processo acessório, através de autos, em apenso, não representa excesso instrumental a ser descartado; sempre que se fizer mister essa tomada de providência assecurativa incidental,

---

<sup>266</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, 2002. p.141-142. O autor faz uma crítica ao disposto na Exposição de Motivos que fundamentou a inserção do § 7º. no artigo 273, no sentido de que a fungibilidade de que trata o artigo mantém relação com as tutelas e não com a fungibilidade procedimental, ao contrário do que trata o Projeto de Lei 3.476/00. “Registre-se com a devida vênia, a imprecisão técnica da expressão ‘fungibilidade do procedimento’ utilizada na Exposição de Motivos do Projeto referido (trata-se do Projeto de Lei 3.476/00), tendo em vista que a hipótese, ventilada no dispositivo em análise, ultrapassa os limites procedimentais para alcançar a *prestação jurisdicional*. Portanto, a novidade funda-se, antes de tudo, no próprio conceito contemporâneo de jurisdição e, em particular, de *fungibilidade na prestação de tutela jurisdicional* (tutela antecipatória e acautelatória). Trata-se, por conseguinte, de *fungibilidade de tutelas* e não ‘fungibilidade procedimental’, como erroneamente faz crer a Exposição de Motivos, tendo-se presente que a proteção jurisdicional é obrigação do Estado para com os cidadãos.” (Ibid).

<sup>267</sup> Ibid., p. 142.

assim deverá proceder o juiz. Enquanto não atingirmos o sincretismo puro (absoluto) com a ressystematização dos princípios processuais, através do equacionamento de uma nova teoria geral do processo civil, a utilização do processamento em apenso da demanda cautelar há de ser recepcionado, porquanto indispensável. Caso contrário, a nova técnica de concessão de tutela cautelar incidental empregada no § 7º. do art. 273 do CPC, poderá representar, dependendo da situação em concreto, um verdadeiro problema para os litigantes.<sup>268</sup>

O princípio da economia processual, no entanto, bem como o princípio da instrumentalidade das formas, não deveriam limitar-se ao aguardo de construção doutrinária antecedente aos fatos. Nesse aspecto há que se considerar que boa parte da doutrina é construída a partir de diversas constatações fáticas, tanto em relação às questões processuais quanto às questões que envolvem direitos materiais.

Em razão da garantia constitucional do acesso à Justiça, o Direito atual não permite mais que se criem óbices doutrinários ou práticos, inclusive em casos em que nem sequer a lei os tenha estabelecido.

Há que se perceber, no entanto, que a relativização do valor das formas ou de sua instrumentalidade não podem implicar em sua completa inobservância, uma vez que a ordem procedimental é essencial ao seu fim, porque resulta na “segurança jurídica”. No entanto, a relativização do valor das formas coincide com os princípios da economia e celeridade processual, caso em que os atos devem ser praticados com os menores complicadores possíveis, desde que aptos a atingir seu fim, sem deixar de lado a assertiva de que as mudanças de perspectivas no que tange ao processo clássico têm sido promovidas com o esforço da doutrina e da jurisprudência sempre atentos às necessidades fáticas do mundo moderno.

De qualquer forma, não há dúvida de que esta fenda legal proporcionará aos estudiosos do Direito um deleite acerca das possibilidades aqui

---

<sup>268</sup> FIGUEIRA JUNIOR, 2002, p. 142.

debatidas, inclusive no que se refere à hipótese, antes referida, de intentar, nos próprios autos da ação principal, a ação cautelar incidental, por mera liberalidade e não por equívoco, além da questão aventada pelo ilustre autor supracitado, no que tange à necessidade, “em determinados casos”, de proceder à separação formal dos autos.

## 8 TUTELA INIBITÓRIA

Como não é permitida a autotutela, não é permitido ao órgão jurisdicional, então, recusar-se à prestação jurisdicional de forma efetiva, devendo ser eliminados e ou minimizados o quanto possível, os empecilhos que possam obstaculizar sua realização.

Não é menos certo, por outro lado, que os fundamentos para a adoção da tutela inibitória ora em estudo encontram embasamento especialmente na Constituição Federal, podendo-se dizer que ela “é imanente ao Estado de Direito”.<sup>269</sup>

Ainda que se trate de uma tutela inominada, sua efetividade é evidente. Nesse aspecto há que se lembrar a importância que tiveram as tutelas cautelares inominadas, respaldadas por dispositivo inserido no artigo 798 do Código de Processo Civil, as quais serviram, muitas vezes, para prevenir o ilícito, desvirtuando, inclusive, sua natureza que é atender ao processo e não ao direito material diretamente. Da mesma forma e com uma razão específica, deve-se atentar para a tutela inibitória inominada, uma vez que seu objetivo fixa-se no direito material controvertido, sem necessidade de duplicidade de ações, como ocorria quando da concessão da tutela cautelar para o mesmo fim.

Tal fato ocorre porque se trata de ação de cognição exauriente, e, portanto, de uma ação completa, autorizadora, inclusive, da promoção da tutela inibitória antecipada em sua própria estrutura [§ 3º do artigo 461]; cominação de multa [§ 4º do artigo 461] e eventuais “medidas necessárias” [§ 5º. do art. 461], superando a questão que envolvia a necessidade de duplicidade de uma ação principal.

Assim expressa Luiz Guilherme Marinoni quando se refere à possibilidade de requerimento de tutela inibitória antecipada dentro da ação inibitória cognitiva:

A tutela inibitória é requerida via ação inibitória, que constitui ação de cognição exauriente. Nada impede, contudo, que a tutela inibitória seja concedida antecipadamente, no curso da ação inibitória, como tutela antecipatória. Ao contrário, considerada a natureza da inibitória, é fácil perceber que em grande número de casos apenas a inibitória antecipadamente, poderá corresponder ao que se espera da tutela preventiva.<sup>270</sup>

É inegável, contudo, que esta espécie de ação hoje admitida no ordenamento jurídico brasileiro visa os princípios da efetividade e da tempestividade, os quais harmonizam-se com o acesso à Justiça, fornecendo meios específicos e capazes de atender tempestivamente a outro princípio diretamente ligado à tutela inibitória – o princípio da prevenção.

Este instituto, então, fundamentado na Constituição Federal em seu art. 5º., inciso XXXV, e com sua dinâmica estabelecida nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, se presta aos casos em que o indivíduo e ou a coletividade, conforme se tratar de ação de interesse individual ou supra-individual, respectivamente, se defrontar com situações onde haja ameaça à integridade do direito pugnado.

Observe-se, também, que a ação inibitória coíbe a perpetuação do dano já ocorrido, como também faz estancar eventual dano prestes a se repetir, viabilizando, assim, a contenção da prática do ilícito, com o intuito de evitar que nasça ou mesmo se repita ou se perpetue.

Luiz Guilherme Marinoni assim descreve a tutela inibitória:

---

<sup>269</sup> MARINONI, 1998, p. 47.

Compreendendo-se que a tutela jurisdicional contra o ilícito não se destina, necessariamente, a reparar o dano, abre-se oportunidade à construção de uma tutela inibitória atípica, destinada a operar em face dos diversos casos conflituos concretos que dela careçam [...].<sup>271</sup>

Separando a tutela inibitória da tutela ressarcitória, afirma o seguinte:

A tutela ressarcitória, na maioria das vezes, substitui o direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano verificado e, nesse sentido, tem por escopo apenas garantir a integridade patrimonial dos direitos; já a inibitória, que não tem qualquer caráter sub-rogatório, destina-se a garantir a integridade do direito em si.<sup>272</sup>

Trabalhando a distinção entre as tutelas jurisdicionais, segundo a forma como incide nos bens do sujeito, Cândido Rangel Dinamarco diz o seguinte:

[...] pelo modo como incide na vida ou patrimônio das pessoas segundo os preceitos do direito material, a tutela jurisdicional será (a) *preventiva*, (b) *reparatória* ou (c) *sancionatória*. A tutela preventiva consiste em meios destinados a resguardar direitos contra violações iminentes, o que se faz diretamente mediante a imposição de medidas processuais ou pela imposição de condutas ao obrigado – qualificando-se nesse caso como *inibitória*. A tutela reparatória será *específica* quando proporciona ao sujeito o próprio bem a que tinha direito; ou *ressarcitória*, consistente em propiciar dinheiro em substituição ao bem (tutela inespecífica, genérica, pecuniária). A *sancionatória* resolve-se na imposição de uma situação indesejável a um sujeito infrator, como consequência de um ilícito praticado. Num só processo podem cumular-se tutelas de duas ou mais naturezas: p. ex. a *inibitória*, consistente no impedimento a prosseguir em determinada conduta, em cúmulo com a *ressarcitória* pelo dano já causado.<sup>273</sup>

Entretanto, inferem-se também algumas discussões, seja quando se confunde o ilícito com o dano, seja quando se confunde a tutela inibitória inominada – ação de cognição exauriente – com as tutelas antecipatórias expressadas no

---

<sup>270</sup> MARINONI, 1998, p.29.

<sup>271</sup> MARINONI, 1998, p. 27.

<sup>272</sup> Ibid., p. 28.

<sup>273</sup> DINAMARCO, 2002, p. 154-155.

Código de Processo Civil e ou com a tutela cautelar, e por isso se torna necessário buscar na doutrina italiana, seu berço, as raízes que deram origem à tutela inibitória.

O estudo da ação inibitória propriamente dita teve seu marco inicial na Itália, tendo como precursores Barassi e Candian, os quais, ainda que a pretexto de justificar a tutela inibitória, confundiam o ilícito com o dano. Porém, a confusão estabelecida entre ambos os institutos precisou ser resolvida quando a doutrina italiana se deparou com a tutela contra a concorrência desleal, percebendo que era necessário diferenciar o dano do ilícito.<sup>274</sup> Foi então, que Eduardo Bonasi Benucci procedeu à distinção.

O Direito italiano encontrou fundamentação para a tutela inibitória na Lei sobre Direitos de Autor – artigo 156, que determina que: “*chi há ragione di temere la violazione*”, pode agir em juízo e “*la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta*”<sup>275</sup>, afirmando que para sua utilização basta haver razão para temer a violação. Independe, pois, de um ilícito anterior.

Na Itália, assim como no Brasil, dá-se ênfase à tutela inibitória de “forma pura”<sup>276</sup>, ou seja, antes de ocorrido o ilícito, muito embora sua destinação não se limite somente a ela, mas a mais duas espécies, como já referido antes, quais sejam, a interrupção do ilícito, quando já iniciado, e o impedimento de sua repetição, quando já ocorrido uma ou várias vezes e na iminência de ser repetido.

O interdito proibitório e o mandado de segurança configuram-se exemplos genuínos de tutela inibitória pura no Direito brasileiro.

O art. 932 do Código de Processo Civil, assim define:

---

<sup>274</sup> MARINONI, 1998, p. 32

<sup>275</sup> FRIGNANI, Aldo. *Inibitoria. Enciclopédia del diritto*. v. 21. p. 560. RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987. p. 92.

<sup>276</sup> MARINONI, op. cit., p. 46.

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.<sup>277</sup>

Veja-se pelo artigo acima transcrito que basta a ameaça ao direito de posse e da propriedade, para que se dê a tutela no sentido de afastar o perigo. Por outro lado, uma simples petição ao juiz, comunicando que a posse já teria sido esbulhada ou turbada é suficiente para conversão do pedido inicial em manutenção ou reintegração, conforme o caso, como já decidiu a jurisprudência:

Verificada a moléstia à posse, transmuda-se automaticamente o interdito proibitório em ação de manutenção ou de reintegração, bastando apenas que a parte comunique o fato ao juiz (RT 490/75, RF 302/159). Todavia, essa conversão há de ser feita sem ampliação do objeto do interdito [JTA 98/186].<sup>278</sup>

A lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951, que trata do Mandado de Segurança, em seu artigo 1º, traz o seguinte:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus', sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver o justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Mais uma vez destaca-se o “justo receio” de ilícito a ser praticado, e, neste caso, por autoridade coatora. Da mesma forma, então, basta o perigo do ilícito para que se busque o remédio no Mandado de Segurança contra autoridade coatora.

---

<sup>277</sup> NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.620.

<sup>278</sup> Ibid. nota 3 do art. 932.

Porém, referidos dispositivos dizem respeito a direitos patrimoniais, sugerindo que se remédios existem a preservar, através da prevenção, os direitos patrimoniais, mais ainda devem existir, no Direito brasileiro, remédios a prevenir o ilícito contra direitos não patrimoniais, em razão do verdadeiro Estado de Direito em que vive o Brasil.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, em qualquer circunstância em que haja justo receio da prática de um ilícito, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal “abre oportunidade à tutela inibitória de forma pura”, destacando o fato de que seria impossível ignorar os direitos imanentes à pessoa, uma vez que seria admitir a restrição da “tutela inibitória para a tutela da posse e da propriedade,” ou “apenas contra atos do poder público, deixando-se de lado os direitos não patrimoniais, especialmente os direitos da personalidade”.<sup>279</sup>

Sérgio Cruz Arenhart, ao se referir aos ensinamentos de Antunes Varela acerca da equivocada classificação tradicional dos direitos absolutos, por entender acertadamente que na classificação dos direitos absolutos há que se incluir, necessariamente, aqueles concernentes ao direito da personalidade, dispõe o seguinte:

Vê-se, então, que é necessário encontrar uma nova forma de classificar os direitos, que possa atender às reais necessidades de tutela apresentadas pelas peculiaridades de cada forma de direito. Como já dito acima, os direitos patrimoniais – reais ou pessoais – coadunam-se bem com a tutela reparatória posterior ao dano, dada pelos instrumentos clássicos ofertados pela legislação processual tradicional.

Quanto aos direitos da personalidade, contudo, o mesmo não se dá. A tutela de que tal espécie de direitos carece não se harmoniza, de forma alguma, com os instrumentos dados pelo nosso sistema processual. Tanto quanto a proteção do meio ambiente, necessitam de uma tutela especial, que se afasta completamente daquela reparatória (que é impossível, como já visto, em sede de direitos da personalidade) outorgada aos direitos patrimoniais.<sup>280</sup>

---

<sup>279</sup> MARINONI, 1998, p. 47.

<sup>280</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 61. Alude Arenhart às palavras textuais de Pietro Perlingieri, que comunga com Varela: “Neste sentido, ainda, é incisivo Pietro Perlingieri, que assinala que ‘a distinção entre situações

Chiovenda já criticava esta dicotomia:

En todos estos casos el derecho nos garantiza la expectativa de un bien imponiendo a los demás una cierta conducta positiva o negativa (mandados, prohibiciones). Em los casos em que la garantía del bien consiste em que a todos se prohíbe realizar ciertos actos respecto a nosotros, suélese hablar de derechos absolutos, porque todos aparecen como obligados negativamente respecto de nosotros (propiedad, servidumbre, derecho de personalidad em sus manifestaciones). Cuando la garantía consiste em que determinadas personas se encuentran obligadas a hacer o no hacer algo se llaman derechos relativos (obligaciones) porque como obligada (preponderantemente) se nos presenta determinada persona, aunque también aquí todos estén obligados a no hacer nada contra nuestro derecho, en cuanto todos están constreñidos a no dañar al prójimo.<sup>281</sup>

Luiz Guilherme Marinoni, ao comentar acerca da necessidade de diferenciação entre o ilícito e o dano, especialmente para melhor proteção dos direitos da personalidade, assim discorre:

A confusão entre o ilícito e o dano é o reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – através da suposição de que bem juridicamente protegido é a mercadoria, isto é, a *res* dotada de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão. A identificação de ilícito e dano não deixa luz para a doutrina enxergar outras formas de tutela contra o ilícito; não é por outra razão, aliás, que o grande exemplo de tutela inibitória no direito brasileiro está no interdito proibitório, a refletir valores liberais clássicos e privatísticos<sup>282</sup>.

---

absolutas e relativas muito freqüentemente vem injustamente identificadas com aquela entre situações reais e situações de crédito. *Tal identificação é desmentida pela mesma doutrina tradicional que especifica que existem direitos não patrimoniais, os assim chamados direitos da personalidade, os quais seriam absolutos, mesmo não sendo reais.* (Profili del diritto civile. 3. e. Edizione Scintifique Italiane. p 125)" (Ibid., p. 61).

<sup>281</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*. Madrid: Réus, 1922. Tomo 1, p. 48.

<sup>282</sup> MARINONI, op. cit., p. 27.

Observe-se que a preocupação do Direito clássico com a proteção da propriedade material, não dava espaço à proteção da propriedade imaterial, a qual diz do direito à honra, à personalidade, à dignidade humana,

Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra “Execução Civil”, quando trata dos limites da execução, assim preleciona com respeito à proteção da personalidade: “Constitui *limitação política* à execução forçada, em primeiro lugar, o impedimento da integral atuação da sanção por consideração aos inalienáveis *direitos da personalidade*.”<sup>283</sup>

É de se ver que o ressarcimento não cumpre a função que se espera de uma reparação efetiva de um dano, especialmente se ele atingiu a esfera dos direitos da personalidade, porque se pode afirmar que determinados direitos não possuem meios de reparação depois de ofendidos, como no caso de um dano moral à imagem, em razão de uma denúncia caluniosa não estancada em sua raiz. Muito embora o ressarcimento em espécie tenha o intuito de compensar o dano moral sofrido, o ataque à dignidade da pessoa não possui a mesma eficácia que traz a inibição da prática do ilícito. Melhor, então, não ter do que ser ressarcido, do que ver valores especialmente morais, medidos em espécie, a critério do julgador.

A tutela inibitória [preventiva], no entanto, é imanente ao Estado de Direito e se encontra hoje garantida pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, razão pela qual é completamente desnecessária uma expressa previsão infraconstitucional para a propositura da ação inibitória no Brasil, uma de suas formas.<sup>284</sup>

Não se pode deixar de anotar, outrossim, que o Brasil avançou com relação à Itália, primeiro porque esta com base em lei não específica para sua

---

<sup>283</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p.299.

estrutura, só a admite sob a forma do artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, com base no poder geral de cautela, similar ao artigo 798 do Código de Processo Civil brasileiro. Ambos referentes à tutela cautelar na Itália e aqui, respectivamente. Portanto, na Itália, a doutrina se depara com o problema da duplicidade de ações [lá ela não é admitida sob a forma de tutela de cognição, exigindo sempre uma ação principal a discutir o direito alegado], e com todos os demais problemas que envolvem o desvirtuamento do objeto da tutela cautelar, exatamente na mesma situação em que se via o Direito brasileiro antes da alteração do art. 461 do CPC.

A dificuldade encontrada pela doutrina italiana em admitir o instituto específico da tutela inibitória prende-se ao fato de que na Itália não se dá ao juiz o poder de impor pena de multa quando se trata da obrigação de fazer ou não fazer, com espeque no argumento de que referida imposição atingiria a “liberdade do cidadão”. Pelo mesmo motivo a Itália não admitiu até hoje, expressamente, o instituto da tutela antecipada.

Traçando um comparativo entre o Direito italiano e o Direito brasileiro, com relação ao processo civil, observa-se que o Brasil se encontra adiante, o que se justifica especialmente quando se analisa a função social do Direito, qual seja, solucionar os litígios, dando a cada um o que é seu, no sentido de afirmar a estabilização social.

É justo que assim seja, porque caso a negativa de utilização deste instituto impedisse acesso ao Judiciário para discutir o pretense direito material, o Estado estaria, de certa forma, ferindo o princípio da inafastabilidade do controle

---

<sup>284</sup> MARINONI, 1998, p. 47.

jurisdicional e do efetivo acesso à Justiça, por ele mesmo esculpido na Constituição Federal.

No que tange à sua natureza, a tutela inibitória tem natureza preventiva, “pois não possui o fim de reintegrar ou reparar o direito violado.”<sup>285</sup>

Este aspecto é a confirmação da distinção entre o ilícito e o dano, pois é sabido que o pressuposto da reparação ou reintegração é o dano, enquanto que o pressuposto da inibitória configura-se, por excelência, no perigo do ilícito.

Cristina Rapisarda afirma o caráter da tutela inibitória, como uma tutela voltada para o futuro, explicando-a da seguinte forma:

*Carattere essenziale e tipico dell'azione inibitoria è, dunque, quello di essere una tecnica di tutela giurisdizionale rivolta verso il futuro (indipendentemente dal fatto che tra suoi presupposti di esperibilità si richieda o non si richieda una violazione già avvenuta o che il comportamento illecito continuativo sia già iniziato), piuttosto che verso il passato.*<sup>286</sup>

Em razão deste fato Luiz Guilherme Marinoni afirma que para a tutela inibitória: “Não tem qualquer relevância o ato ilícito que já foi praticado e cuja repetição ou continuação não se teme.” Mas sim, “o ilícito que pode ser praticado, prosseguir ou repetir-se”, afirmando, outrossim, que é ato contrário ao Direito quando prescinde da configuração do dano: “[...] O dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito”.<sup>287</sup>

Aldo Frignani já propagou a dificuldade para a prova de que um ilícito será praticado quando se trate de tutela inibitória pura, argumentando que sua peculiaridade:

---

<sup>285</sup> MARINONI, 1998, p. 29.

<sup>286</sup> RAPISARDA, Cristina. Inibitoria: azione. v. 17 Enciclopedia Giuridica Treccani. p. 01.

<sup>287</sup> MARINONI, 1998, p. 36-41.

*Consiste nel fatto che qui la prova del pericolo della commissione di un illecito è piú difficile, in quanto è estremamente arduo dare una valutazione ex ante dell'idoneità dei mezzi messi in atto nei preparativi ai fini della perpetrazione dell'illecito.*<sup>288</sup>

Porém, referida dificuldade é contornável, assim como são contornáveis as questões atinentes à prova em geral, não podendo referido empecilho servir de base para a afastar uma das tutelas mais importantes a proteger as pessoas.

Aliás, a significativa importância da prevenção contra o ilícito em detrimento da necessidade de ressarcimento de eventual dano ocorrido em consequência de sua prática, justifica o esforço doutrinário no aperfeiçoamento do instituto, até porque, em regra, o dano é tão somente consequência da prática do ilícito.

As disposições escritas na introdução deste trabalho trazem evidente a necessidade da tutela contra a prevenção do ilícito, especialmente quando se trata dos direitos da personalidade, os quais jamais podem ser recompostos através de simples ressarcimento depois de agredidos.

A tese que contempla a idéia do ressarcimento mantém consonância com a era da dominação político-econômica burguesa, cujos valores se transmudavam no patrimônio material, relegando-se a segundo plano o bem extrapatrimonial, o qual ganhou força e destaque, principalmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelecida no Pós-Guerra de 1945, consoante já retratado neste trabalho.

---

<sup>288</sup> FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 430.

Não foram poucos os fatores que influenciaram a ramificação de tutelas puramente preventivas, especialmente porque o mundo moderno se mobiliza com velocidade espantosa, exigindo, em todos os aspectos da vida, que o Direito que, por natureza é dinâmico, se adapte com a mesma rapidez às novas exigências sociais. Dentre estas exigências, destaca-se a necessidade de prevenir a integralidade do direito discutido, evitando o ilícito e, conseqüentemente, não havendo que deixá-lo perpetuar, concretizando-se o dano.

Consciente do fato de que, regra geral, o dano provém da prática de um ilícito, conclui-se que, estancado o perigo do ilícito, não há que se falar em dano, e, por conseqüência, em sua reparação, como afirma Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória.<sup>289</sup>

Esta é uma característica ímpar da tutela inibitória que prevê contra o ilícito, antes de eventual futuro dano.

Luiz Rodrigues Wambier, ao tratar da tutela específica do art. 461, assim se refere:

Constatou-se que, no âmbito das obrigações (aqui no sentido amplo de deveres) de fazer e não fazer, para que se dê ao titular do direito exatamente aquilo que ele obteria se não tivesse sido necessário o processo, é indispensável um sistema especial de tutela, em que: se faça uso da tutela preventiva, aquela que é posta em prática antes mesmo da lesão ao direito, a fim de inibi-la ou faze-la cessar logo no início; se adote a antecipação da tutela – até porque, se é para ser utilizada a tutela preventiva, não se poderá esperar até o fim do processo para que só então ela seja empregada; imponham-se ordens ao réu, assistidas da cominação de sanções idôneas e capazes de ‘convencer’ o réu a cumprir o que deve.<sup>290</sup>

---

<sup>289</sup> MARINONI, 1998, p.26.

<sup>290</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Em comentário acerca da doutrina que vê como base o art. 461 a amparar a tutela inibitória, Eduardo Talamini comenta o seguinte:

Sem dúvida, é extremamente importante o aspecto realçado através de tal denominação: possibilidade de expedição de ordem ao réu para que cesse ou nem sequer inicie a prática de conduta ilícita – independentemente da consideração do dano. Segundo essa doutrina, a ‘tutela inibitória’ seria sempre preventiva, mesmo quando fizesse cessar a transgressão: ‘preveniria’, nesse caso, a continuidade do ilícito.<sup>291</sup>

De qualquer forma, é indene de dúvidas que o art. 461 e o art. 461-A do Código de Processo Civil, servem também de base infraconstitucional da tutela inibitória, pois que se coadunam perfeitamente com preceito constitucional que garante o efetivo acesso à Justiça.

## 8.1 A TUTELA INIBITÓRIA E O ILÍCITO

Ao se falar em tutela inibitória pensa-se logo e, portanto, acertadamente, em uma tutela que venha a impedir a prática do ilícito, ou sua continuação ou repetição, e não na tutela ressarcitória a qual, de sua parte, tem como objetivo a cobertura do dano e, portanto, está voltada única e exclusivamente à reparação da ofensa.

---

<sup>291</sup> TALAMINI, 2003, p. 236. O autor lembra, de outro lado, que o art. 461 do CPC “não se limita a estabelecer a tutela” denominada de inibitória. Diz ele ainda que Luiz Guilherme Marinoni, na obra ‘tutela inibitória’, “em momento algum procede à identificação absoluta ora examinada. Apenas destaca que o art. 461 serve *também* de base para a ‘tutela inibitória atípica’, sem negar ao dispositivo outras finalidades.” (Ibid.). Por certo. Tanto é que Luiz Guilherme Marinoni, na obra referida alerta que a doutrina “[..] deve ter por meta construir os seus próprios elementos – e não apenas evidenciar a necessidade da prevenção do ilícito –, permitindo que se vislumbre com nitidez a sua fisionomia em face das outras formas de tutela, como a cautelar. Não há no direito brasileiro qualquer incursão teórica voltada a estabelecer uma tutela jurisdicional preventiva atípica. Contudo, se os cidadãos devem ter a sua disposição instrumentos processuais adequados para a tutela dos

A tutela inibitória, então, não atua contra o dano, e por isso não se confunde com a ressarcitória, não possuindo os mesmos requisitos. “[...] A configuração de uma tutela genuinamente preventiva implica na quebra do dogma [...] de que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória, ainda que na forma específica.”<sup>292</sup>

Além da certeza de que determinados direitos são irreparáveis e outros nem sequer seriam alcançados adequadamente pela tutela ressarcitória, tem a tutela inibitória um objetivo precípua, que é conservar a integridade do direito ameaçado e, por este motivo, ela constitui uma tutela específica.

Bem se vê que uma das características da tutela inibitória é a de ser voltada para o futuro, não dependendo de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, não obstante ela possua também estas propriedades.

Deve-se atentar para o fato de que, mesmo que esteja voltada a fazer cessar o ilícito ou impedir a sua repetição, a natureza preventiva da tutela inibitória não é abalada nem modificada, pois a sua finalidade não é reintegrar ou reparar o direito que foi violado.<sup>293</sup>

---

seus direitos, é necessário que seja construída uma tutela jurisdicional idônea à prevenção do ilícito.” (MARINONI, 1998, p. 25-26).

<sup>292</sup> MARINONI, 1998, p. 25.

<sup>293</sup> Em alusão à desnecessidade de caracterização do dano para a configuração do ilícito, Luiz Guilherme Marinoni assim discorre: “É preciso deixar claro, porém, que nos casos em que o ilícito se dissocia do dano, a tutela antecipatória pode ser concedida apenas para impedir a prática do ilícito. Pense-se, por exemplo, no caso em que se requer tutela antecipatória para impedir a construção de uma indústria em lugar proibido pela legislação ambiental. Nessa hipótese a tutela antecipada inibitória requer apenas a probabilidade da prática do ilícito. A prevenção do dano, no caso, já é feita pela própria legislação, ao determinar que naquele local não é possível a instalação da indústria. A tutela antecipatória não se liga, em situações como esta, à probabilidade do dano, mas sim à probabilidade do ilícito. Como já foi dito, o dano é uma consequência meramente eventual do ilícito. O ilícito deve ser compreendido como um ato contrário ao direito que eventualmente pode ocasionar um dano. Ora, se não há razão para se estabelecer uma relação necessária entre o ilícito e o dano, não há motivo para afirmar-se que toda a tutela antecipatória contra a probabilidade do ilícito requer a probabilidade de um dano.” (Ibid., p.158).

Confrontando a prevenção através da tutela inibitória com o ressarcimento do dano, Vittorino Pietrobon afirmou:

Aflora acima de tudo a diferença e portanto a necessidade de distinguir entre previsão do ilícito e previsão do fato danoso (ilícito); precisa-se a diferença entre o escopo da inibitória e a função do ressarcimento do dano. Se, como se diz há tempos, com o ressarcimento do dano não se elimina uma violação consumada, nem se impede uma nova violação do direito, mas se persegue um escopo reparatório, se procura então criar uma nova situação que reequilibre a ordem jurídica turbada pela precedente violação, com a inibitória se procura conservar e proteger uma situação jurídica.<sup>294</sup>

A tutela inibitória funciona por meio de uma decisão ou sentença que impõe um não fazer ou um fazer, conforme a conduta ilícita temida seja de natureza comissiva ou omissiva.

Diferentemente do que ocorre com o Direito italiano, no Direito brasileiro não há impedimentos para conceber a tutela inibitória na condição de inominada [“atípica” para alguns], porque autoriza a pena de multa na decisão exaurida numa ação inominada que imponha um fazer ou não fazer.

Esta questão resta resolvida pelo disposto no artigo 461 do Código de Processo Civil – fundamento da tutela mandamental inominada. Se classificada como tutela mandamental a tutela inibitória, não existe qualquer empecilho, no que tange à processualidade para caracterizá-la de forma de inominada<sup>295</sup>, sem esquecer que seu maior fundamento se encontra na Constituição Federal, quando garante que lesão ou ameaça de lesão a direito deverão submeter-se ao crivo do Judiciário.

Este Estado de Direito imanente à nossa Constituição Federal deixa para trás a autotutela, uma vez que a Justiça não se presta a arbitrariedades

---

<sup>294</sup> PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito – inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998. p.12.

unilaterais, mas, sim, ao equilíbrio das relações jurídicas, revelando-se deveres e direitos reciprocamente considerados.

## 8.2 DISTINÇÃO ENTRE O ILÍCITO E O DANO

Foi objeto de recente comentário, que o Direito brasileiro avançou em relação ao Direito italiano no aspecto de autorização de utilização da tutela inibitória que lá se restringe ao artigo 700 do Código de Processo Civil, no campo das tutelas cautelares.

Não se pode negar, outrossim, que outra grande contribuição da doutrina italiana para este instituto foi a distinção entre ato ilícito e fato danoso. Distinção esta que foi elaborada a partir da revisão do conceito de ilícito.

“A necessidade de uma tutela antecedente ao dano, de conteúdo nitidamente preventivo, levou os estudiosos a tentar explicar o fundamento e a finalidade desse tipo de tutela.” Em outras palavras, eles precisavam discutir o objetivo e o fundamento de uma tutela cujo escopo não seria a reparação do dano. Em busca de resposta a este questionamento, foram elaboradas teses que explicaram o fato, destacando-se diversos aspectos. Conforme salienta a doutrina, uma das primeiras teses a respeito da tutela que previne o ilícito, elaborada na Itália, defende a posição de que a ação nem sempre é seguida de um evento; pode-se ficar apenas nos atos preparatórios que possuem uma finalidade específica sem que a ação seja praticada, e também pode ocorrer que “uma ação seja anunciada como um propósito, sem que qualquer ato seja praticado.”<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> MARINONI, 1998, p.30.

<sup>296</sup> MARINONI, 1998, p. 30.

Muito embora não verificado o evento ou mesmo praticada a ação, entendeu-se que a prática da ação, dos atos preparatórios ou simples anúncio da ação como conteúdo de um propósito não poderiam deixar de ter significado. Foi aí que surgiu a distinção, realizada no interior da categoria da ilicitude civil, entre 'ilícito de lesão' e o 'ilícito de perigo'<sup>297</sup>.

Da lavra de Candian, esta distinção foi uma das primeiras tentativas de explicar a diferença entre a tutela preventiva, cujo objeto é insurgir-se contra o ilícito de perigo e a tutela ressarcitória, voltada, de acordo com a sua doutrina, contra o ilícito de lesão.<sup>298</sup>

No entanto, Candian demonstra uma grande preocupação em evitar o dano e não o ilícito. Torna-se perceptível esta impressão, quando menciona "ilícito de perigo", como uma contraposição a ilícito de lesão, referindo-se ao ilícito de perigo como um perigo de dano.

Em doutrina intitulada '*prevenzione del fatto dannoso*', Lodovico Barassi questiona a possibilidade de haver, no Direito italiano, uma ação cujo objetivo fosse "prevenir as lesões jurídicas"<sup>299</sup>. Ele explica que neste tipo de ação, o seu objetivo seria interromper um estado atual de algo que conduziria necessariamente a uma futura lesão, ou seja, "uma ação dirigida sobretudo a obter que uma pessoa desista de um determinado comportamento, ou mesmo o modifique."<sup>300</sup>

Incorrendo no mesmo raciocínio equivocado de Candian, Barassi também deixa transparecer que a tutela preventiva é voltada a prevenir o dano, inclusive aderindo à concepção de Candian, no sentido de utilizar a mesma terminologia, e de falar em "ilícito de perigo" e de "ilícito de lesão". Esta tutela cujo

---

<sup>297</sup> CANDIAN apud MARINONI, 1998, p. 31.

<sup>298</sup> MARINONI, 1998, p. 31.

<sup>299</sup> BARASSI, 1964 apud MARINONI, 1998, p. 31.

objetivo seria interromper uma atividade ilícita, qual seja o “ilícito de perigo”, teria natureza preventiva pois destinar-se-ia a impedir um futuro dano.<sup>301</sup>

A tutela preventiva, segundo Lodovico Barassi:

pode ser utilizada para impedir a continuação de um estado atual de coisas que já provocou um dano, mas que ainda pode provocar outro, e mesmo para impedir a continuação de um estado atual de coisas que, ainda que não tenha causado algum dano, provavelmente pode ocasioná-lo<sup>302</sup>.

Por perseguir o mesmo pensamento de Candian, Lodovico Barassi recebe a mesma crítica, pois “ao falar em ilícito de perigo, alude a um estado atual de coisas (uma atividade ilícita continuativa) que pode causar dano. A tutela contra o ilícito de perigo, portanto, seria uma tutela contra o perigo de dano”<sup>303</sup>.

Porém, este dogma de que ao Direito só interessa o fato danoso é resultado da convicção clássica de que o bem a ser juridicamente protegido é a mercadoria, o bem patrimonial, podendo ser resolvido facilmente com o ressarcimento e, neste passo, ao Direito só interessaria a ofensa praticada, ou seja, a ofensa com resultado danoso.

No Brasil pode-se demonstrar a idéia que se fixava no ressarcimento do dano nas seguintes afirmações de 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. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta *contra jus*, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso.<sup>304</sup>

---

<sup>300</sup> MARINONI, 1998, p. 31.

<sup>301</sup> MARINONI, 1998, p. 32.

<sup>302</sup> BARASSI, 1964 apud MARINONI, 1998, p. 32.

<sup>303</sup> Ibid., p. 32.

<sup>304</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 313-314.

A necessidade de disciplinar os dispositivos que tratam da tutela contra a concorrência desleal na Itália, outrossim, certamente motivou a doutrina italiana para que procedesse à distinção entre o dano e o ilícito.

O Código Civil italiano, ao disciplinar sobre este assunto estabelece quais são os atos que caracterizam concorrência desleal e prevê três espécies de tutela, que são a inibitória, a reintegratória e a ressarcitória. O artigo 2.599 do Código Civil Italiano afirma “que a sentença que declara a existência de atos de concorrência desleal inibe a sua continuação e confere as providências necessárias a fim de que sejam eliminados os seus efeitos.” O problema apresenta-se com mais evidência quando o artigo 2.600 que trata da reparação do dano em casos mesmos de concorrência desleal, dispõe que, “se os atos são praticados com dolo ou culpa, o seu autor fica obrigado a ressarcir o dano”.<sup>305</sup>

O que se pode perceber é que, quando o art. 2.599, que disciplina a tutela inibitória no sentido de inibir a continuação do ilícito, o qual tem também por finalidade remover os efeitos dos atos praticados, ele não exige, em nenhum momento, a possibilidade ou a necessidade da existência de dano, dolo ou culpa, enquanto que o artigo 2.600, na disciplina da reparação do dano cometido, exige a culpa ou o dolo.<sup>306</sup>

Passou-se, então, a perceber que o ilícito não exige nem sequer a culpa, ao contrário do dano que a tem como antecedente da reparação, ou seja, na apreciação do ilícito, não se perquire a culpa, mas tão somente em casos em que o ilícito tenha provocado dano, por consequência.

---

<sup>305</sup> MARINONI, 1998, p. 33.

<sup>306</sup> Ibid., p. 33.

A culpa e o dolo no Direito italiano são averiguados de forma similar à do Direito brasileiro. Note-se que o Código Civil 2002, em seu artigo 186, é similar ao artigo 2.043 do Código Civil italiano o qual regula que “qualquer fato doloso ou culposo, que ocasione a outrem um dano injusto, obriga ao ressarcimento do dano.”<sup>307</sup>.

Só para anotar, percebe-se que o Código Civil atual incluiu em seu texto, a expressão “[...] ainda que exclusivamente moral [...]”, para melhor adaptação aos preceitos da Constituição Federal de 1988, conquanto sua ausência em época anterior à reforma não obstasse seu pleito, em razão da utilização em vasta escala do preceito constitucional já posto anteriormente, no que concerne ao direito de pedir ressarcimento pelo dano moral, expressão essa que resultou em Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que leva o n. 37, cujo teor traz o seguinte: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

Sinal dos tempos atuais, quando se distingue com precisão o dano material do imaterial, valorizando os direitos inerentes à personalidade. O mesmo tratamento tem sido dado pelo ordenamento jurídico brasileiro com relação à proteção, inclusive destes mesmos direitos, ao autorizar a proibição da prática do ilícito via tutela inibitória, garantindo sua higidez, ou seja, não lhe permitindo qualquer mácula, e, portanto, nada tendo a ser ressarcido neste caso, porque o impedimento da prática do ilícito não vincula qualquer dano.

Neste aspecto, note-se que Pontes de Miranda disse:

À medida que se foram revelando os direitos absolutos, sem ser o de propriedade, manifestou-se, mais viva, a necessidade de tutela jurídica à abstenção. Quanto aos direitos relativos, o problema resolvia-se, na prática, na falta de mais segura investigação

---

<sup>307</sup> MARINONI, 1998, p. 32.

científica, pela ação de condenação, ou pela ação de preceito cominatório, isto é, a ação de abstenção com o preceito inserto na citação. A primeira técnica foi a do preceito inserto na citação mesma. Nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 80, § 6, em que se tinha o processo de preceitação como de 'autos não começados, mais (mas) cominatórios', dizia-se que 'a parte que se teme ou receia ser agravada, se pode socorrer dos Juizes da terra, improrando seu Officio, per que mandem prover como lhe nom seja feito tal agravo'. A cominação podia ser extrajudicial (§ 7), devendo pedir-se ao juiz a aplicação do preceito: '[...] poderá fora do Juízo apelar de tal cominação, a saber poendo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando da sua parte a aquelle, de que se teme ser aggravado, que tal agravo lhe nom faça. E se depois do dito requerimento, e protestaçam assy feita, fôr alguma novidade cometida, ou atentada, e o Juiz depois for requerido pera ello, mandará todo tornar, e restituir ao primeiro estado'. A cominação extrajudicial era, no fundo, o exercício da pretensão à abstenção, fora da via de propositura judicial da ação [...] Nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 62, §§ 5 e 6, mas resumidas, [...].<sup>308</sup>

Dentre as várias doutrinas expendidas no Direito italiano acerca da distinção entre o ilícito e o dano, destaca-se aquela que preceitua o distanciamento, em tese, do ilícito que motiva a proteção jurisdicional contra a concorrência desleal, daquele ilícito classicamente considerado como ensejador de dano. Esta tese deu espaço a uma revisão do conceito de ilícito, dado que ela estabelece premissas fundamentais, como a aceitação do fato de que o artigo 2.043 do Código Civil italiano, ao contrário do que pensava a doutrina mais antiga, não descreve o ilícito, mas:

[...] apenas configura a responsabilidade pelo dano. Deduz-se, nesta linha, que a tutela ressarcitória não é a única forma de tutela contra o ilícito e que a culpa é uma condição (geralmente) necessária para o ressarcimento do dano, mas não para a ilicitude do ato<sup>309</sup>.

Cristina Rapisarda afirma:

A autonomia da inibitória da culpa depende também do caráter não sancionatório desta forma de tutela. Na disciplina da inibitória, o

<sup>308</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo 1, p. 160-162.

<sup>309</sup> MARINONI, 1998, p. 34.

requisito subjetivo da culpa perde realmente a típica função de garantia da liberdade de ação de alguém que desempenha quando a tutela determina a imposição ao sujeito passivo de uma desvantagem econômico-jurídica, como no caso da tutela ressarcitória.

Enfim, a autonomia da culpa se funda mesmo sobre o conteúdo específico/reintegratório que caracteriza a tutela inibitória em relação ao direito deduzido em juízo. Essa forma de tutela tende realmente a garantir de qualquer modo a atuação do direito, independentemente de qualquer valoração subjetiva do comportamento do obrigado.<sup>310</sup>

Luiz Guilherme Marinoni, buscando interpretação nas palavras de Bonasi Benucci ensina:

Para se evidenciar que o dano não é o elemento constitutivo do ilícito, argumenta-se que quando se diz que não há ilícito sem dano identifica-se o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal conseqüência e isto ocorre apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste freqüentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico.<sup>311</sup>

Este comentário infirma a questão acerca do hábito que se formou de acreditar que não poderia existir ilícito sem dano, sustentando a idéia, inclusive, de que a única forma de prova do ilícito seria a demonstração do dano.<sup>312</sup>

<sup>310</sup> RAPISARDA, Cristina. Inibitória. *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 479-480, 1993.

<sup>311</sup> MARINONI, 1998, p. 35.

<sup>312</sup> Sérgio Cruz Arenhart, ao abordar a questão, define o pensamento de Cristina Rapisarda, cujas ilações conduzem aos motivos que deram origem à idéia clássica de que ao Direito só interessaria o ilícito do qual resultaria o dano: "Cristina Rapisarda bem recorda que a predominância absoluta desta forma de tutela[preventiva] no direito processual moderno decorre da própria concepção de jurisdição que se tem. Segundo a notável autora, a doutrina do século passado construiu a noção de jurisdição partindo de duas premissas: a tendência a favorecer os espaços de liberdade individuais e a prevalência funcional da noção de direito subjetivo – concebendo-se a jurisdição como função diretamente vinculada à atuação do direito subjetivo privado ou, mais precisamente, à 'reintegrazione del diritto soggettivo violato'. Era necessário, pois, dentro desta concepção, haver primeiramente a violação ao direito, para, somente após isto, haver espaço para a intervenção da jurisdição. A função preventiva, dentro deste paradigma, era excluída da jurisdição, 'porque a essa liga-se, em termos estruturais, uma ampliação dos poderes de controle do Estado-juiz, que tende a comprimir a liberdade de autônoma regulamentação das relações jurídicas privadas'. Ainda, segundo a estudiosa, a noção de prevenção ligava-se a idéia de função administrativa do Estado (poder de polícia), e não jurisdicional, vinculada notoriamente à idéia de repressão. Somente a partir do momento em que a legislação italiana começava a prever, expressamente, determinadas medidas específicas de tutela preventiva é que a mentalidade genérica da doutrina se modifica, e tem início a estruturação teórica desta figura. (ARENHART, 2000, p. 99].

Ainda sob fundamentação do italiano Bonasi Benucci, acerca da distinção entre perigo e dano, Luiz Guilherme Marinoni assim define a idéia:

Bonasi Benucci distingue perigo e dano, argumentando que o dano é uma consequência normal da periculosidade do ilícito e da sua capacidade de provocar o dano. O perigo, nesta concepção, é elemento constitutivo do ilícito (o ilícito é sempre de perigo), enquanto o dano, por ser uma consequência meramente eventual da violação, é um elemento extrínseco a sua *fattispecie* constitutiva.<sup>313</sup>

O que se pode extrair deste conceito é que o ilícito seria o ato contrário ao Direito que pudesse vir a causar um dano. Para Bonasi Benucci a tutela contra o ilícito é uma tutela contra a probabilidade do dano<sup>314</sup>.

Nesse aspecto é de se observar que Bonasi Benucci elabora doutrina diferente da de Candian que falava de ilícito de perigo e de ilícito de dano. Bonasi Benucci, por sua vez, ressalta o perigo de dano que o ilícito provoca.

Bonasi Benucci, ao inserir na constituição do ilícito o perigo, refere-se ao perigo como uma ‘potencialidade danosa’, evidenciando, assim, que a tutela contra o ilícito – que seria diferente da tutela contra o dano – é uma tutela contra a probabilidade do dano.<sup>315</sup>

Luiz Guilherme Marinoni, em comentário a esta tese, diz que, se o dano não é atributo necessário do ilícito, a tutela inibitória deve ser vista com “uma tutela contra o perigo da prática” (do ilícito), da sua continuação ou mesmo de sua repetição:

se o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano.<sup>316</sup>

---

<sup>313</sup> MARINONI, 1998, p. 35.

<sup>314</sup> Ibid.

<sup>315</sup> Ibid.

<sup>316</sup> Ibid., p. 36.

Realmente, o ato contrário ao Direito, efetivamente “prescinde da configuração do dano.” Bem por isso que reiteradamente se insiste na absoluta desvinculação entre o ilícito e o dano, para uma perfeita caracterização da utilidade da tutela inibitória, cujo objeto precípua é evitar a prática do ilícito, relegando a questão do ressarcimento do dano a situações em que já se tenha ultrapassado, sem sucesso, a tentativa de sua contenção.

O autor, com base em Aldo Frignani diz:

Imaginou-se por muito tempo que a lei, por obrigar quem comete um dano a indenizar, não diferenciava ilícito de dano, ou melhor, considerasse o dano como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito.

Entretanto, o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito.<sup>317</sup>

Referindo-se ao Direito italiano, Vittorino Pietrobbon diz a esse respeito: “existem casos em que foi concedida a ação inibitória reconhecendo assim a subsistência de um ilícito, quando não havia emergido de nenhum dano ressarcível.”<sup>318</sup>

Por ser tutela voltada para o futuro, ele possui caráter essencialmente preventivo, e, portanto, não há como o dano estar presente entre os seus pressupostos.

Luiz Guilherme Marinoni explica:

Na realidade, se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano. Da mesma forma que se pode pedir a cessação de um ilícito sem aludir a dano, é possível se requerer que um ilícito não seja praticado sem a demonstração de um dano futuro<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> MARINONI, 1998, p.36.

<sup>318</sup> PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito – inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998. p. 08.

<sup>319</sup> MARINONI, op. cit., p. 37

Conforme a moderna doutrina italiana, representada por Aldo Frignani e Cristina Rapisarda, a tutela inibitória tem como objetivo a prevenção do ilícito e não do dano. E, portanto, prescinde de eventuais resultados do ato lícito, ficando subsumida tão somente à probabilidade do ilícito.<sup>320</sup>

Esta distinção vem esclarecer que uma tutela preventiva tem como objetivo “impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito”. Esta diferença traz à luz também que a “tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito”, permite também, “a configuração de uma tutela genuinamente preventiva, que nada tem a ver com o dano, mas apenas com o ilícito”. A conclusão lógica de que a tutela inibitória não tem sua estrutura identificada com o dano, mas sim com o ilícito – elemento característico que a torna diferente da tutela ressarcitória provém da assertiva de que se lida com uma tutela tipicamente preventiva.<sup>321</sup>

Na verdade, ela tem a finalidade de conservar a integridade do direito pugnado, com espeque na concepção, já aventada antes, de que mais vale a prevenção que o ressarcimento, enquanto a tutela ressarcitória, por via de regra, fornece ensejo à substituição de um direito anterior, por um direito de valor pecuniário de igual valor ao dano sofrido, tendo como fim a garantia da integridade patrimonial dos direitos.<sup>322</sup>

A finalidade da tutela inibitória não se restringe apenas a um impedimento de um fazer representado por um ilícito comissivo, pois possui, também, o condão de enfrentar qualquer ato ilícito, seja ele uma conduta comissiva ou omissiva.<sup>323</sup>

---

<sup>320</sup> FRIGNANI, Aldo. *Azione in cessazione*: novíssimo digesto italiano. 1980. p. 654. RAPISARDA, Cristina. *Enciclopedia Giuridica Trecanni*. v. 17. p. 07.

<sup>321</sup> MARINONI, 1998, p. 38.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>323</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 456.

Quando se trata de imposição de um fazer ao demandado, com o intuito de remoção do ilícito, faz-se presente a tutela inibitória, que se perfaz em ato de eficácia continuada. Na presença de uma atividade ilícita, a tutela inibitória pode impor a sua cessação. Em caso de omissão que possa transmudar-se num ilícito, a tutela inibitória pode exigir um fazer.

Em síntese, a tutela inibitória projeta-se para o ato ilícito de eficácia continuada, uma conduta ilícita, ou uma omissão ilícita, levando à conclusão de que seu destino é, também, a coibição da continuação do ilícito.<sup>324</sup>

É de se anotar que, em razão de se tratar de tutela totalmente desvinculada do dano, cujo liame é a probabilidade da prática de um ilícito como ato violador de um direito, não se questiona sobre o elemento subjetivo para sua configuração.

Sérgio Cruz Arenhart, em comentário acerca da constatação de que o ilícito prescinde do dano, afirma:

Ponto de maior relevância, em se tratando de tutela inibitória, consiste na constatação de que a tutela inibitória não se dirige contra o dano – nem mesmo tem em vista, em primeira ordem, a sua prevenção. A função da tutela preventiva e, precipuamente, a prevenção do ilícito, figura esta mais abrangente que as situações de dano e que atraem a reunião de outros requisitos para sua tutela e suas conseqüências.<sup>325</sup>

Evidencia-se, assim, que o Direito não pode ignorar o ato ilícito, ainda que não haja lesão a direito.

Luiz Guilherme Marinoni afirma:

---

<sup>324</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC), 2000, Revista dos Tribunais, p.136.

<sup>325</sup> ARENHART, 2000, p. 151.

É certo que a probabilidade do ilícito é, com freqüência, a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separar, cronologicamente, o ilícito e o dano. Contudo, o que se quer deixar claro, na linha da melhor doutrina italiana, é que para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória.<sup>326</sup>

Com base na doutrina de Aldo Frignani, Luiz Guilherme Marinoni disserta acerca da idéia equivocada que dominava antes da necessária diferenciação entre o ilícito e o dano:

Imaginou-se por muito tempo que a lei, por obrigar quem comete um dano a indenizar, não diferenciava ilícito de dano, ou melhor, considerasse o dano como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito. Entretanto, o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito.<sup>327</sup>

Na iminência, então, de uma conduta ilícita tida por um indivíduo, resta à parte contrária, valer-se da ação inibitória, sem que tenha correlação com a existência de dano e tampouco com a culpa.

### 8.3 A QUESTÃO DA CULPA

Conforme já fartamente comentado anteriormente, foi grande a confusão estabelecida entre o ilícito e o dano, em razão da ausência de identificação de ambos os institutos em separado, sendo relativamente novo na doutrina, o esforço em sua efetiva distinção, resultando em identificar cada instituto com suas

---

<sup>326</sup> MARINONI, T<sup>utela específica</sup>, p. 136.

peculiaridades, tendo-se iniciado este processo de distinção a partir do momento em que a doutrina italiana teve que se ver com a melhor apreciação do instituto que trata da concorrência desleal.

Diante, portanto, da ausência de diferenciação entre o ilícito e o dano até então, considerava-se “o dano como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito.”

Referido raciocínio se mostra, hoje, equivocado, e implicaria em prejuízo à parte demandante, diante da ausência de condições de demonstrar eventual dano até ali inexistente.

A questão envolve outro problema a ser enfrentado: se para comprovar o ilícito houvesse necessidade de provar o dano [inexistente], teria a parte que se haver, ainda, com a prova subjetiva referente ao dano, ou seja, a culpa e ou o dolo – elementos psicológicos necessários à configuração do ilícito.

Isto porque, se o “ilícito é compreendido através do ponto de vista da responsabilidade civil, torna-se natural não só a confusão entre ilícito e dano, mas também a exigência da culpa (ou do dolo) como componente do ilícito<sup>328</sup>”.

Sérgio Cruz Arenhart explica que não há necessidade da prova da culpa na ação que tem como objetivo a prevenção à sua lesão.<sup>329</sup> Por certo, pois do contrário, obrigaria a concluir que ilícito e dano formam uma só figura e não é o que se depreende da doutrina.

Obrigaria, outrossim, a admitir a impossibilidade e inviabilidade completas da adoção da tutela inibitória.<sup>330</sup>

---

<sup>327</sup> MARINONI, 1998, p. 36.

<sup>328</sup> MARINONI, 1998, p. 38

<sup>329</sup> ARENHART, 200, p. 156.

<sup>330</sup> Da natureza preventiva da inibitória deriva também a ausência da culpa entre seus pressupostos de expedição. A ação inibitória, como se disse, volta-se para o futuro e assim fica excluída a possibilidade objetiva de valorar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito

Goldschimidt ensina: “para a admissibilidade desta ação de abstenção não se requer a *culpa* do autor.”<sup>331</sup>

É certo que o dano configura-se requisito essencial à apuração da culpa. No entanto, a ação preventiva inibitória não é fundada na reparação do dano e, por conseqüência, não há como conceber a idéia da necessidade de apuração de culpa neste caso. “Ora, a idéia de culpa somente tem sentido e fundamento quando se investiga a situação de dano – e, especificamente, para o fim de estabelecer quem é o responsável por aquele dano”<sup>332</sup>

A questão atinente à preservação, conservação e proteção da situação jurídica prevalece para fazer suplantar qualquer outra exigência que não a demonstração do perigo do ilícito. Vittorino Pietrobon, explica:

Aflora acima de tudo a diferença e portanto a necessidade de distinguir entre previsão do ilícito e previsão do fato danoso (ilícito); precisa-se a diferença entre o escopo da inibitória e a função do ressarcimento do dano. Se, como se diz há tempos, com o ressarcimento do dano não se elimina uma violação consumada, nem se impede uma nova violação do direito, mas se persegue um escopo reparatório, se preocupa então em criar uma nova situação que reequilibre a ordem jurídica turbada pela precedente violação, com a inibitória se procura conservar e proteger uma situação jurídica.<sup>333</sup>

Veja-se, então, que além dos elementos básicos necessários a autorizar a indenização – o ato ilícito e o dano – é necessário, outrossim, que exista o nexó entre o primeiro e o segundo, resultando em obrigar o causador a reparar o dano.

José de Aguiar Dias assim se refere:

---

futuro sobre o qual é destinado a incidir o provimento final de tutela. [Sérgio Cruz Arenhart. op. cit. p. 156].

<sup>331</sup> GOLDSCHIMIDT, apud ARENHART, 2000, p. 156.

<sup>332</sup> ARENHART, 2000, p. 156.

[...] como quer que seja, o que o nosso Código Civil tem em vista é o ato ilícito. Este acarreta, 'de si só e originariamente, o vínculo da obrigação'. Nele, concorrem elementos objetivos e subjetivos. São requisitos da primeira categoria: o ato *contra jus, sans droit*, isto é, praticado de maneira ilícita, contra o direito; o resultado danoso; a relação causal entre o ato e o dano. São requisitos subjetivos: a imputabilidade do agente e que tenha agido com culpa.<sup>334</sup>

Porém, para a tutela inibitória o importante é evitar a ocorrência do dano, não sendo seu objeto a repressão. Cristina Rapisarda explica:

a autonomia da inibitória da culpa depende também do caráter não sancionatório desta forma de tutela. Na disciplina da inibitória, o requisito subjetivo da culpa perde realmente a típica função de garantia da liberdade de ação de alguém que desempenha quando a tutela determina a imposição ao sujeito passivo de uma desvantagem econômico-jurídica, como no caso da tutela ressarcitória.

Enfim, a autonomia da culpa se funda mesmo sobre o conteúdo específico/reintegratório que caracteriza a tutela inibitória em relação ao direito deduzido em juízo. Esta forma de tutela tende realmente a garantir *de qualquer modo* a atuação do direito, independentemente de qualquer valoração subjetiva do comportamento do obrigado.<sup>335</sup>

A autora menciona também, que “a ação inibitória, por ser voltada ao futuro, exclui a possibilidade objetiva de valorar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro.”<sup>336</sup>

Portanto, pode-se dizer que eventual investigação acerca da culpa daquele que pretende produzir o dano jurídico é inócua.

Pontes de Miranda afirma:

A pretensão e a ação de abstenção não são pretensão e ação *ex delicto*. Nem a culpa lhe é pressuposto necessário. Se a culpa existe, é *plus*. Só se exige o ser contrário a direito o ato que se teme, ou cuja continuação se tem por fito evitar.<sup>337</sup>

Sérgio Cruz Arenhart diz que este *plus*:

---

<sup>333</sup> PIETROBON, 1998, p. 12.

<sup>334</sup> ARENHART, op. cit., p.157.

<sup>335</sup> RAPISARDA, Cristina. Inibitória. *Digesto delle discipline privatistiche*. op. cit. p. 479-480.

[...] passa a ser importante, apenas na medida em que se pretenda, ao lado da abstenção, a indenização por alguma lesão já sofrida; tirante esta hipótese, totalmente irrelevante é a perquirição de culpa ou não do agente da inibição pretendida. Em verdade, o *plus* referido (culpa) tem o condão mesmo de criar uma nova situação jurídica. Ou seja, não se pode dizer que o fato ilícito, quando ocasionado com culpa, gera indenização.<sup>338</sup>

Vittorino Pietrobon, por sua vez, destaca:

A ocorrência de culpa em dada situação fática altera a própria *fattispecie* jurídica, alterando o seu regime jurídico; vale dizer: nem todo o fato/ato ilícito, promovido com culpa, é apto a gerar a reparação do dano, já que esta reparação somente poderá ocorrer se a culpa somar-se o fato ilícito e o *dano*.<sup>339</sup>

Luiz Guilherme Marinoni lembra, de outro lado, que a tutela inibitória não se presta à punição daquele que pode praticar o ilícito, “mas apenas impede que o ilícito seja praticado. Se alguém, ainda que sem culpa, está na iminência de praticar um ilícito, é cabível a ação inibitória.”<sup>340</sup>

José de Oliveira Ascensão traz uma importante contribuição no tocante aos direitos autorais, explicando:

É importante observar que estas violações não necessitam em geral de ser ilícitas. Basta o estado de objetiva contrariedade ao direito, portanto a lesão objetiva ao direito do autor, para que a elas se possa recorrer.

Distinguimos a violação do direito e a violação *ilícita* do direito. Nomeadamente, para que haja ilicitude é necessário que se verifique dolo ou negligência do infrator, porque o ilícito é pessoal. Mas aqui é irrelevante que assim aconteça. A divulgação não autorizada pode ser feita cessar, por maior que seja a boa fé do utente. O caráter ilícito da violação só revelará para efeito de perdas e danos.<sup>341</sup>

Vale dizer que os tribunais brasileiros já têm compreendido a diferença entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória, a exemplo

<sup>336</sup> Ibid. p.479.

<sup>337</sup> PONTES DE MIRANDA, 1998, p. 163.

<sup>338</sup> ARENHART, 2000, p. 157.

<sup>339</sup> PIETROBON, 1998, p. 06-10.

<sup>340</sup> MARINONI, 1998, p. 39.

<sup>341</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos autorais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 535.

do Tribunal do Rio de Janeiro que protegeu direito à imagem e à honra de pessoa falecida, pugnado pelos familiares, ao argumento de que os direitos da personalidade são invioláveis, cominando pena de multa em caso de transgressão. Segue o teor da ementa:

Direito da personalidade – Violação – Ofensa ao direito à imagem e à honra – Reprodução romanceada em filme cinematográfico da vida de pessoa de notoriedade já falecida – Falta de autorização – Direitos que, embora intransmissíveis e intransferíveis, podem ser defendidos pelos parentes próximos do titular, como direito novo – Responsabilidade solidária do autor do roteiro, do produtor e dos coprodutores pelos danos advindos do ato ilícito, conforme o art. 16 da Lei 5.988/73 – Proibição definitiva de exibição do filme, com cominação de multa pela transgressão – Indenização por danos morais a ser apurada em liquidação por arbitramento, e não tomando por base o valor da multa, com função inibidora, e não de ressarcimento.<sup>342</sup>

Outro julgado, desta feita da lavra do Tribunal de Justiça de São Paulo, considerou expressamente, não ter qualquer importância “a existência de dolo ou culpa de comerciante que utiliza em seu nome comercial marca registrada de outrem”, para efeito da tutela da marca. Veja-se:

Não há dúvida, de fato, de que o titular da marca comercial devidamente registrada no Instituto Nacional da Propriedade Industrial não precisa demonstrar culpa ou dolo para requerer que o réu seja inibido a deixar de utilizar a sua marca.

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.<sup>343</sup>

É de se observar pelos julgados emanados dos tribunais do Rio de Janeiro e São Paulo, respectivamente, que os direitos inerentes à personalidade, considerados intocáveis, possuem proteção absoluta do Direito, não exigindo do demandante, por evidente, qualquer prova acerca de culpa, porque a culpa exige o dano anterior e, aos direitos da personalidade, especialmente, dá-se a proteção bem anterior à produção de qualquer dano, objetivando-se inibir a prática do ilícito.

Ada Pellegrini Grinover especifica a questão atinente à distinção entre o prejuízo e o perigo de prejuízo jurídico, argumentando de que a atividade estatal jurisdicional se aplica:

[...] a priori, com o objetivo de evitar o dano que deriva da ameaça de lesão a um direito, antes que se consume. Foi justamente salientado que, na tutela preventiva, o interesse de agir não decorre do prejuízo, mas do perigo de prejuízo jurídico: em outras palavras, de ameaça de lesão ou, mais precisamente, frente a sinais inequívocos de sua incidência.

[...] a superioridade da tutela preventiva foi recentemente assinalada, frente à inviabilidade freqüente da modalidade tradicional de tutela que consiste na aplicação de sanções, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento. E a gravidade do problema, afirmou-se, aumenta de intensidade, quando se passa das relações jurídicas de caráter patrimonial àquelas categorias em que se reconhece ao homem uma situação de vantagem insuscetível de traduzir-se em termos econômicos: os direitos da personalidade.<sup>344</sup>

É bem de ver que para a tutela inibitória é irrelevante “o ato ilícito que já foi praticado e cuja repetição ou continuação não se teme.” Importa, outrossim, a este instituto, o ato ilícito que ainda não foi praticado, mas pode sê-lo, pode continuar ou mesmo repetir-se. Observe-se que mesmo Barassi, para quem a tutela inibitória mantinha relação com a probabilidade do dano, afirmou: “*la colpa è imposta per il risarcimento del danno attuale, non per la sua prevenzione*”.<sup>345</sup>

É de se ver, portanto, que todas as justificativas dos diversos autores levam à mesma conclusão, no sentido de que não cabe averiguação de culpa no atinente à apreciação da tutela inibitória, dado que nem sequer há dano, fazendo concluir, por conseguinte, que a tutela inibitória não resulta em ressarcimento, pois não há punição para efeito de prevenção, sobrestamento ou

---

<sup>342</sup> TJRJ, AP. 39.193, rel. Des. Wellington Moreira Pimentel, RT 619/175-180.

<sup>343</sup> MARINONI, 1998, p. 40-41.

<sup>344</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: *habeas corpus* e mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 22, abr./jun.1981.

<sup>345</sup> MARINONI, 1998, p.39. Grifo nosso.

inibição de repetição da prática de um ilícito, mas tão somente por eventual dano já praticado.<sup>346</sup>

#### 8.4 OS DIFERENTES ESCOPOS DA TUTELA INIBITÓRIA

Como se pode observar, a tutela preventiva possui diferentes escopos, excluindo da atividade jurisdicional a preocupação com a quantificação ou qualificação de eventual dano, como também, por consequência, induzindo à total irrelevância no que respeita à questão de apuração de culpa.

Tendo por escopo a coibição da prática do ilícito, e com isso, preservando íntegro o direito do demandante, a tutela inibitória reflete de maneira especial o princípio chiovendiano,<sup>347</sup> atualíssimo, no sentido de que o processo deve dar a quem pede, tudo aquilo que tem o direito de conseguir.

Afinal, a adequada tutela jurisdicional deve corresponder à sua propalada e necessária efetividade, independente de perquirição de ocorrência de dano, tampouco de apuração de culpa, com destaque aos direitos inerentes à personalidade.

Sendo certa a priorização que se passou a dar aos direitos não patrimoniais, o ordenamento jurídico brasileiro, em evidente e acertado acompanhamento evolucionar de valores inerentes à pessoa, projeta-se hoje, mais do que na defesa do direito patrimonial, na proteção dos direitos da personalidade.

---

<sup>346</sup> Luiz Guilherme Marinoni referindo-se a passagem escrita por Cristina Rapisarda na obra intitulada: 'Inibitória. *Digesto delle discipline privatistiche*, diz que segundo a autora, "a ação inibitória, por ser voltada para o futuro, exclui a possibilidade objetiva de se valorar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro." (Ibid., p. 39].

<sup>347</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare. Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v1, p. 110.

Analisando a história sob a ótica do direito clássico percebe-se a carência de uma tutela preventiva, pois era permitido predominarem os valores da burguesia, entre os quais o bem patrimonial constituía o maior patrimônio do ser humano, em detrimento dos direitos imateriais.

Parece ser esta a realidade universal. Cada vez mais, especialmente com o Pós-Guerra, e conseqüente promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a preocupação com os direitos da personalidade se fez e se faz presente, fazendo intuir que o instituto que trata da tutela inibitória mantém consonância, inclusive e principalmente, com a preservação da integridade destes direitos.

## **8.5 A TUTELA COMINATÓRIA**

Enquanto ainda só se fomentava nos espíritos dos doutrinadores a idéia de uma tutela específica a preservar a integridade do Direito e diante da necessidade premente de utilização dos recursos processuais até então disponíveis, a tutela inibitória chegou a ser chamada de tutela cominatória no Direito brasileiro, ainda que nunca tenha sido prestada de forma efetiva e adequada.

Antes da reforma do Código de Processo Civil, era corriqueira a utilização da tutela cominatória com o intuito de obrigar alguém a deixar de usar um nome ou uma marca comercial.<sup>348</sup> No entanto, atualmente, a tutela pode ser prestada para estes casos, com base no art. 461 do CPC, juntamente com o art. 207 da Lei de Propriedade Industrial [Lei n. 9.279, de 14.05.1996], que declara que não

---

<sup>348</sup> MARINONI, 1998, p. 41.

há necessidade de ação criminal para intentar ações cíveis cabíveis, obedecendo-se o disposto no CPC.

A tutela cominatória foi também utilizada no tocante aos direitos da personalidade, conforme se pode observar da seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

Apelação cível. Ação cominatória. Direito de vizinhança. Mau uso da propriedade. Defesa que pretende caracterizar contravenção penal. Preliminar rejeitada. Perturbação do sossego dos vizinhos. Procedência. Decisão mantida. Em tema de direito de vizinhança, no que tange ao mau uso da propriedade, é do livre arbítrio do ofendido a escolha da via reparatória na esfera criminal ou cível. A cominatória é o meio idôneo para fazer cessar a perturbação do sossego dos vizinhos provocada por ruidosos bailes em localidade residencial.<sup>349</sup>

Vale lembrar que a tutela cominatória era assim denominada em razão do permissivo legal de cominação de pena de multa quando da obrigação de fazer ou não fazer e se prestava a tentar impedir, continuar ou repetir um ilícito, posto que não atingisse nunca seu objetivo.

Luiz Guilherme Marinoni afirma a natureza preventiva da tutela cominatória, argumentando que se ela previne, é voltada para o futuro, assim como a tutela inibitória: “[...] a relação da inibitória com um ilícito já praticado não compromete 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.”<sup>350</sup>

---

<sup>349</sup> TJMS, Ap. 28.897-1, rel. Des. Josué de Oliveira, RT 677/190.

<sup>350</sup> MARINONI, 1998, p. 42-43. Luiz Guilherme Marinoni quando fala da ausência de efetividade da denominada tutela cominatória diz textualmente que a “tutela cominatória sempre foi utilizada para impedir a continuação ou a repetição do ilícito.” Esta espécie de tutela jurisdicional era denominada de cominatória em razão de admitir a cominação da multa para obrigar alguém a fazer ou não fazer alguma coisa. Tal tutela, entretanto, nunca foi capaz de permitir uma tutela jurisdicional efetiva”. “É errado supor, de qualquer forma, que as referidas tutelas – que eram prestadas sob o rótulo de ‘cominatória’ – não tinham conteúdo preventivo. 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 o ilícito já

### 8.5.1 O Artigo 287 e sua Devida Harmonização com o Art. 461

Em comentários anteriores procurou-se demonstrar as necessidades de superação da decadência em que se via o Código de Processo Civil, para fazê-lo tornar-se mais apto à exigências da transformação social, incluindo neste contexto, o próprio Direito. A crise do processo civil se via, inclusive, na modelagem do art. 287 do CPC de 1973, antes da recente reforma.

Ainda que prevista a ação cominatória de obrigações comissivas e omissivas, exigindo um fazer ou um não fazer, no art. 302, inciso XII do Código de Processo Civil de 1939,<sup>351</sup> de forma que não exigia o trânsito em julgado da sentença para a execução da pena, o texto inserido no Código de Processo Civil de 1973 sofreu um evidente retrocesso porque fez passar a vigorar esta exigência para execução da pena.

Tal fato identifica-se com o pensamento da jurisprudência da época, a qual, não obstante o silêncio do artigo 301, inciso XII do CPC de 1939 a respeito da aplicação de multa na ação cominatória, entendeu por bem definir que referida pena – de multa – somente poderia ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença, contrariando, inclusive, a melhor doutrina contemporânea.

Sua influência na formulação do art. 287 do Código de Processo Civil de 1973, então, foi marcante.

---

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”. (Ibid.)

<sup>351</sup> Inciso XII do art. 301 do CPC de 1939: “[...] a ação cominatória compete, em geral, a quem, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo.”

Lembra Luiz Guilherme Marinoni, que muitas interpretações pelos tribunais, na época, chegaram ao exagero de exigir a nova citação do réu em execução da sentença.<sup>352</sup>

O texto do artigo, influenciado pelas decisões dos tribunais, enxertado no Código de Processo Civil de 1973 era o seguinte:

Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial, a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.

Em comentário na época em que o artigo 287 mantinha esta redação, José Carlos Barbosa Moreira disse o seguinte:

O que não se afigura possível é fazer acompanhar o preceito, nesses casos, da cominação de multa para o respectivo desatendimento: As regras que autorizam o emprego de medidas coercitivas não comportam aplicação em hipóteses não previstas. Aqui, aliás, caso se sustentasse o contrário, chegar-se-ia, obliquamente, ao resultado que o art. 287, *fine*, pré-exclui – em disposição infeliz mas clara, o que ao intérprete não é dado desprezar. Ter-se-á de contar unicamente com a força intimidativa da cominação penal pelo crime de desobediência.<sup>353</sup>

Anote-se, outrossim, que outra exigência dificultava ainda mais a utilização de referido instituto, qual seja, a obrigação que cabia ao demandante em pleitear a cominação desta pena na petição inicial, deixando evidente, neste último caso, que não caberia ao juiz concedê-la *ex officio*, tampouco ser pleiteada no decorrer da lide.

A ausência de efetividade ou mesmo a do artigo 287 do Código de Processo Civil, fosse pela exigência de constar da petição inicial ou, principalmente,

---

<sup>352</sup> MARINONI, 1998, p. 39.

<sup>353</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas: Temas de direito processual. Segunda Série* São Paulo: Saraiva, 1980. p. 43.

por exigir sentença trânsita em julgado ou nova citação para a execução da pena, induzia cada vez mais os operadores do Direito a fazer-se valer da tutela cautelar inominada, mesmo que se defrontassem com as dificuldades advindas desta necessidade, como a exigência de ação principal, com objetivo divorciado daquele alcançado na tutela cautelar, resultando por fazer confundir a tutela cautelar com a tutela preventiva, e ainda assim, não satisfazendo de forma efetiva o direito à prevenção.

Luiz Guilherme Marinoni explica:

A necessidade de uma tutela jurisdicional preventiva, ao conduzir ao uso da tutela cautelar, fez surgir uma confusão entre tutela cautelar e tutela preventiva e, ainda, uma forma de tutela jurisdicional que atendia somente em parte e de forma inefetiva ao direito à prevenção.<sup>354</sup>

José Carlos Barbosa Moreira conclui:

[...] 'O mais grave, contudo, não é isso. 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 significa, na prática, denegação pura e simples de tutela (direitos não patrimoniais...). Essas têm 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 [...]. Dir-se-á que as socorre, quando nada em caráter provisório, o poder cautelar genérico em boa hora atribuído expressamente ao juiz pelo vigente Código. Mas a tutela cautelar é, por sua própria índole, instável. Ademais, recai-se numa inútil duplicação de processos, quando a rigor bastaria um, se bem estruturado para compor o litígio. E, afinal, porque se há de dar título de cautela àquilo que já se poderia dar sob a forma de prestação jurisdicional satisfativa?'<sup>355</sup>

---

<sup>354</sup> MARINONI, 1998, p. 53.

<sup>355</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela sancionatória e tutela preventiva: Temas de direito processual. Segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 26-27.

Note-se que a confusão entre os dois institutos trouxe a necessidade de utilização, por vias oblíquas, da tutela cautelar, para proceder à preservação de direitos, quando sua função é a garantia de efetividade do provimento final pugnado em sede de ação principal. Para tanto, destaca-se o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] se o direito à prevenção, no plano do direito material, deve corresponder apenas a uma ação (a um agir), não havia razão para a duplicação das ações (processuais), vale dizer, para o emprego da ação cautelar e da ação cominatória para a realização de uma ação (material) e de um fim. Para o direito à prevenção ser atendido basta apenas uma ação processual, ação esta que, para responder adequadamente à natureza da situação de direito substancial, deve conter necessariamente em seu bojo a tutela antecipatória. Ora, se a situação de direito material a que se visa atender é peculiarizada por uma extrema dificuldade de suportar o tempo do processo de conhecimento, não se pode conferir a ela um procedimento sem a tutela capaz de responder sumariamente ao direito. A duplicação de procedimentos, nesses casos, só poderia gerar confusão, já que a ação cautelar não era 'ação preventiva autônoma' apenas porque devia ficar limitada à cognição sumária e, ainda, porque se submetia ao art. 806.<sup>356</sup>

O fato de a doutrina não ter encontrado na tutela das obrigações de fazer e de não fazer uma tutela preventiva, torna obscura, ou dificulta, hoje, a relação entre a tutela preventiva e as normas dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, que, [...] constituem o fundamento, no plano do processo, da tutela inibitória.<sup>357</sup>

Das constatações referidas percebe-se o porquê de a dificuldade de identificação da tutela preventiva com os arts. 461 e 84 do CDC também ter-se instalado. A instituição das inovações ao artigo 461 deixou até mais evidente a inutilidade do artigo 287, uma vez que na prática não atingia seu objetivo. Talvez seu mérito até então tenha sido o de inspirar a tutela das obrigações de fazer e de não fazer, concluindo-se que o retrocesso havido no instituto da tutela cominatória só foi amenizado pelo subterfúgio da tutela cautelar inominada, não obstante todos os problemas por isso causados, inclusive porque, em consequência, até hoje, a

---

<sup>356</sup> MARINONI, 1998, p. 54.

doutrina tenta dissipar a confusão estabelecida entre tutela cautelar e tutela preventiva. Deste assunto se tratará logo mais.

No entanto, a necessidade de adaptação do modelo processual civil às exigências modernas resultou na alteração substancial do art. 287, de forma que este mais se identificasse especialmente com as novas alterações feitas no art. 461 e com a introdução do art. 461-A no Código de Processo Civil, todas trazidas a lume através da Lei 10.444 de 2002, que também alterou o artigo em comento, dando a ele a seguinte redação:

Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela [arts. 461, § 4º., e 461-A].

Comentando as alterações promovidas no art. 287 do CPC, Marcelo Abelha Rodrigues ressalta o seguinte:

O novo art. 287 é uma clara demonstração do cuidado do legislador da segunda fase da reforma com a técnica legislativa, e ao mesmo tempo uma clara demonstração das intenções simplificadas do processo, especialmente no que tange à concretização e realização da tutela.<sup>358</sup>

Passou-se, então, a autorizar a concessão da tutela específica tanto em decisão definitiva quanto em tutela de urgência, podendo o preceito cominatório ser aplicado para os casos de “descumprimento do comando sentencial ou da decisão antecipatória da tutela específica.”<sup>359</sup>

---

<sup>357</sup> Ibid., p. 55.

<sup>358</sup> JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 201-202.

<sup>359</sup> Ibid., p. 206. O autor citado acrescenta: “É de ressaltar que tal preceito cominatório existe para dar efetividade às tutelas específicas e não necessariamente à tutela urgente. Não seria lícito interpretar o dispositivo de modo a associar a imposição cominatória da pena pecuniária somente às situações

A alteração que se pode chamar de substancial neste artigo diz da inclusão autorizadora de pena de multa para os casos de descumprimento da “decisão antecipatória da tutela.”, remetendo, o próprio artigo, aos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

Segundo Joel Dias Figueira Júnior, o artigo modificado teria admitido a incidência de todos os parágrafos insertos no art. 461, ainda que “por vias oblíquas”, porque, muito embora tenha mencionado somente o § 4º. do art. 461, o artigo 287 remeteu também, porém sem restrição, ao art. 461-A do CPC.<sup>360</sup>

No que toca à natureza mandamental impingida ao artigo 287, só faz trazer mais uma confirmação de que o Código de Processo Civil acolheu a classificação quinária das ações, negada pela doutrina clássica. Faz concluir, de outro lado, que uma só sentença pode conter vários provimentos.

Marcelo Abelha Rodrigues destaca o seguinte:

[...] ante a convivência simultânea do art. 287 (no tópico do pedido) e do art. 461 (da sentença), ambos cuidando do mesmo assunto, era de imaginar que dispositivos dotados de cargas ideológicas tão diferentes precisassem ser harmonizados  
Com o advento do art. 461, estabelecendo a adoção dos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* para as obrigações de fazer e não fazer decretou-se definitivamente o sepultamento do processo de execução autônomo dos títulos executivos judiciais para tais casos.<sup>361</sup>

Entre as demais modificações insertas no novo texto do art. 287, pode-se vislumbrar também: a) a supressão da palavra “condenação”; b) a

---

de urgência, apenas porque o art. 287 fez incluir tal possibilidade na antecipação da tutela específica (art.461, § 3º). (Ibid.)

<sup>360</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, 2002, p. 160. Seu texto diz o seguinte: “Constata-se que a proposta trazida pela nova redação ao art. 287 do CPC atribui, implicitamente, natureza *mandamental* às ações fundadas em obrigações de entregar coisa certa ou incerta, além de conferir-lhe, igualmente, todas as técnicas e medidas coercitivas ou assecurativas, voltadas ao cumprimento e efetivação da providência pleiteada, identificadas em todos os seis parágrafos do art. 461”. (Ibid.)

<sup>361</sup> JORGE; DIDIER JR., RODRIGUES, 2003, p. 203.

substituição da remissão aos arts. 644 e 645 pelos arts. 461 e 461-A, autorizando a execução *lato sensu*, conforme já referido; a substituição da expressão “fato” por “ato” [expressão contida no conceito lato de “fato”]; c) a exclusão da expressão “que não possa ser realizado por terceiro”. Nesse aspecto, Marcelo Abelha Rodrigues traz a seguinte explicação:

É que, antes da reforma de 1994, e ainda no decalque do texto do art. 303 do CPC/39, o art. 287 previa o preceito cominatório apenas para os casos de obrigações de fazer e não fazer infungíveis, entendendo que nos outros casos (prestações fungíveis) o resultado poderia ser obtido mediante a atuação estatal, segundo arcaico procedimento do art. 634 e s. do CPC.<sup>362</sup>

E traz também, d) a supressão do termo que obrigava a que o autor fizesse constar da “petição inicial” o pedido, sugerindo assim, outras oportunidades processuais para tanto. No tocante a este assunto, Marcelo Abelha Rodrigues afirma que esta supressão autoriza a imposição de mecanismos sancionatórios, independente de constar de requerimento da parte.<sup>363</sup> Observe-se, porém, que ao contrário do que diz o art. 461, o art. 287 mantém a expressão “poderá requerer cominação de pena pecuniária”, podendo sugerir, de outro lado que, embora não seja necessário o pedido na petição inicial, ele deve ser efetivado e, desta forma, não incidiria a norma que autoriza ao juiz a determinação *ex officio*.

De qualquer sorte, as alterações promovidas no art. 287 do CPC trouxeram mais um instrumento [de cognição exauriente] a concorrer com os demais, cujo conteúdo de adoção de medidas e aplicação de pena se identifica com aqueles impressos nos arts. 273, 461 e 461-A do CPC, tornando certa, no mínimo, a admissão pelo legislador de que não é necessário, tampouco desejado que se

---

<sup>362</sup> Ibid., p. 205.

<sup>363</sup> Ibid.

caracterize o ato antijurídico [pela demora da prestação jurisdicional] para se impor uma cominação, especialmente quando se trate de instrumentais aptos a atender mais efetivamente os direitos relativos à personalidade, devendo, sem dúvida, ser oferecidos maiores e melhores mecanismos à sua atuação.

## 8.6 CARACTERÍSTICA DA TUTELA INIBITÓRIA – SUA AUTONOMIA

Já foi debatida anteriormente a questão respeitante à utilização da tutela cautelar inominada para provimentos urgentes, por ausência de remédios mais efetivos, podendo-se citar como exemplos a necessidade de inibir a veiculação de um programa de televisão ou de obrigar uma entidade hospitalar a proceder a uma cirurgia urgente, entregar um medicamento *etc.*.

Não foram poucos os debates havidos em torno da questão que exigia uma tutela principal, porque vigorava na doutrina e na jurisprudência a inadmissão da chamada tutela cautelar “satisfativa”, resultando na precariedade da tutela jurisdicional.<sup>364</sup>

---

<sup>364</sup> MARINONI, 1998, p. 50. O Autor afirma também: “Neste caso, porém, obtida ou não a ‘tutela cautelar liminar’, poderia ser proposta a ação de reparação de danos, já que a ‘tutela cautelar’ teria por fim apenas impedir a prática de novos ilícitos. Entretanto, o que acontecia, na prática, é que uma vez obtida a liminar cautelar, era proposta apenas a ação condenatória, que exigia o ressarcimento pelos danos anteriores, restando esquecida a necessidade da ação cominatória, fundada no art. 287. A ação cautelar – que em tese teria apenas cognição sumária – acabava sendo concebida como uma verdadeira ação preventiva. Esta ação cautelar não tinha qualquer relação instrumental com a ação de reparação de danos. Tal ação não visava a acautelar nenhum direito que estava sendo discutido na ação ressarcitória, até mesmo porque a única coisa que se poderia acautelar – na ação ressarcitória – seria o direito de crédito relativo ao dano. Note-se que o ilícito, que é pressuposto da condenação ao ressarcimento do dano, confunde-se com o dano, que exige para ser ressarcido a culpa ou o dolo. Sem dano, culpa ou dolo, não pode haver na ‘ação de reparação de dano’, condenação; na verdade, o pressuposto da condenação, para se utilizar uma linguagem carneluttiana, é a declaração da responsabilidade, o que evidencia a correlação entre ilicitude e dano.” (Ibid.).

No entanto, em nada se confunde a tutela cautelar com a tutela inibitória, assim como a tutela inibitória de cognição exauriente não se confunde com a tutela inibitória antecipada.

A tutela inibitória implica em ação de cognição exauriente, trazendo em sua sentença resultado objetivo quanto ao direito material pugnado, enquanto que a tutela cautelar exige tão somente cognição sumária e não trabalha o direito material, mas serve de instrumento do processo principal e tem por objeto de mérito *o periculum in mora e fumus boni iuris*.

Não se confunde, ademais, com a tutela que visa a reparação de danos,<sup>365</sup> porque esta tem como pressuposto obrigatório a realização anterior do dano e conseqüente apuração de culpa ou dolo. A natureza preventiva da tutela inibitória em nada se compara à natureza condenatória do ressarcimento, através da reparação de danos.

O ponto nodal, portanto, a caracterizar a tutela inibitória é sua total autonomia, especialmente por se tratar de tutela de cognição exauriente, sendo-lhe permitida a utilização dos meios mais eficazes para o atingimento de seu fim, como a antecipação da tutela, a utilização de medidas coercitivas sob pena de multa, com total viabilidade da execução indireta.

---

<sup>365</sup> Marinoni lembra que: “O material que forma a demanda de reparação de danos não se confunde com aquele que fixa os contornos da demanda preventiva; não era possível, assim, pretender-se transformar a ação de reparação de dano na ação principal da ação cautelar (que, na verdade, era ação preventiva). A ação inibitória tem completa autonomia, seja porque é uma ação de cognição exauriente, seja porque objetiva um fim que nada tem a ver com aquele que pode ser obtido através

## 8.7 PRINCÍPIOS QUE DEVEM ORIENTAR A CONCESSÃO DA TUTELA INIBITÓRIA

Ao princípio constitucional do acesso à Justiça, enxertado no artigo 5º, Inciso XXXV, da Constituição Federal, já se referiu este estudo, entendendo ser ele fator determinante a configurar a obrigação do Estado na prestação efetiva da tutela jurisdicional, colocando, então, à disposição do jurisdicionado, todos os instrumentos necessários ao fim, que é a pacificação social.

Ao tratar dos princípios que norteiam ou que servem de fundamento à prestação da tutela preventiva inibitória, Luiz Guilherme Marinoni assim define:

A Constituição brasileira, como é sabido, não se limita a garantir as liberdades públicas, que se transformaram, com o passar do tempo, em direitos burgueses, já que suscetíveis de fruição apenas por alguns poucos, exatamente aqueles que tinham condições econômicas de usufruí-los. A Constituição brasileira, que funda um Estado social, é marcada por direitos sociais, como o direito à saúde, o direito à educação etc..., direitos que, podendo ser tutelados de forma difusa ou coletiva, podem exigir a tutela inibitória.<sup>366</sup>

Por ser evidente que, se o Estado se apresenta como detentor único do poder de fazer valer a justiça, nada há mais salutar que ele oferecer os meios processuais adequados para tanto, como se pode comprovar pelas incansáveis

---

da ação de reparação de danos. Na realidade, e como é óbvio, a tutela preventiva não se confunde com a tutela cautelar nem com a tutela contra o dano. (Ibid.).

<sup>366</sup> MARINONI, 1998, p. 63. Anota ainda, o autor, os direitos invioláveis descritos na Constituição Federal: “Além disso, não é possível esquecer que a Constituição da República afirma expressamente que: i) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º., X); ii) é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º., XII); iii) aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (art. 5º., XXVII); iv) a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (art. 5º., XXIX); v) o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º., XXXII); vi) todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia

reformas efetivadas no ordenamento jurídico brasileiro, não só com relação ao processo civil, como também com relação à esfera do direito material do qual o primeiro se constitui instrumento, como se viu pela instituição do novo Código Civil, através da Lei n. 10.406 de janeiro de 2002, em vigor desde o mês de janeiro de 2003.

Porém, quando da análise das várias transformações ocorridas no processo civil aqui já aventadas, pôde-se verificar a existência de duas formas efetivas de tutela inibitória – o mandado de segurança e o interdito proibitório, as quais surgiram muito antes da adoção pelo ordenamento brasileiro das tutelas inibitórias inominadas.

Trata-se de se perquirir, então, acerca da existência ou não de um “princípio geral de prevenção” para as tutelas inominadas [atípicas para alguns doutrinadores], ou seja, um princípio que, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “garanta a tutela inibitória fora dos casos em que ela se apresenta expressamente prevista ou se as hipóteses tipificadas constituem exceção a um princípio que, na verdade, quer expressar o contrário.” A resposta, no entanto, se fixa no art. 461 do CPC [tutela das obrigações de fazer e de não fazer], porque dispõe “de instrumental adequado para propiciar uma adequada tutela preventiva.”<sup>367</sup>

Ainda que a tutela das obrigações de fazer e de não fazer esteja fundamentada no artigo 461, deve-se admitir que há reciprocidade na afirmação quando se trata da tutela inibitória, ou seja, não se podendo dizer, aprioristicamente que a tutela inibitória esteja “plenamente garantida por tal norma. Não se pode afirmar, principalmente, que o art. 461 garante a tutela inibitória na forma pura.”<sup>368</sup>

---

qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art.225, *caput*).” (Ibid., p.63-64).

<sup>367</sup> MARINONI, 1998, p. 56.

<sup>368</sup> MARINONI, 1998, p. 56.

Bem, se não se podem fazer referidas afirmações, então há necessidade de buscar um fundamento legítimo para a admissão de referida tutela seja na forma pura seja na condição de inominada.

Trazendo à tona a doutrina italiana mais uma vez, anota-se textualmente, a descrição de Luiz Guilherme Marinoni:

Sustentou-se no direito italiano, mediante interpretação analógica das normas que previam a inibitória para a proteção de determinados direitos absolutos, que os direitos pertencentes a esta categoria poderiam ser tutelados através de uma inibitória atípica. Partindo-se da premissa de que os direitos que são comumente tutelados pela inibitória são absolutos, pretendeu-se estender para os outros direitos absolutos esta forma de tutela.

Esta tese, entretanto – como anotam Rapisarda e Taruffo -, não leva em conta o fato de que na lógica do legislador a inibitória não é admitida em razão da natureza do direito, mas sim em virtude da necessidade de prevenção, derivada, sobretudo da inadequação da tutela do tipo repressivo para algumas situações de direito material. Se esta necessidade tem lugar, freqüentemente, no domínio dos direitos absolutos, isto não quer dizer que ela não possa se apresentar em outros setores; a tutela inibitória, por relacionar-se com a prevenção, diz respeito, em princípio, a todos os direitos, e pode tornar-se necessária em todos os locais em que apresentar-se como insuficiente a reintegração ou a reparação do direito.<sup>369</sup>

A confusão estabelecida a princípio, pelo Direito italiano, resulta da mesma problemática estabelecida no Direito brasileiro, no concernente à confusão havida entre a tutela preventiva inibitória e a tutela cautelar até bem pouco tempo, podendo-se afirmar que hoje já se encontra superada.

Na Itália, entretanto, o problema é agravado pelo fato de que o ordenamento jurídico italiano ainda utiliza-se da tutela cautelar [art.700 do Código de Processo Civil italiano] para pugnar pela tutela preventiva inibitória, porque não admite a cominação de multa nas obrigações de fazer ou de não fazer, justificando a posição no preceito constitucional de “direito à liberdade.”

---

<sup>369</sup> MARINONI, 1998, p. 56-57.

Afirma Luiz Guilherme Marinoni:

Considerada a confusão existente entre a tutela preventiva e a tutela cautelar – que também se verifica no direito italiano -, não é de se estranhar o fato de que alguém tenha procurado encontrar o fundamento da tutela inibitória atípica em uma norma que dá base à tutela cautelar inominada.<sup>370</sup>

Para Aldo Frignani, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] a inibitória provisória (antecipada) e a inibitória final constituem aspectos de um mesmo fenômeno, tanto porque a primeira tem as mesmas características substanciais da segunda, como porque a inibitória provisória (antecipada) é ligada indissoluvelmente à inibitória final.<sup>371</sup>

A partir desta construção, Frignani invoca outra premissa – não demonstrada – no sentido de que o art. 700 garante uma forma geral de tutela preventiva contra a prática de qualquer ilícito. Para ele, o princípio geral de prevenção – que garantiria a tutela inibitória atípica nas suas três modalidades – está albergado no art. 700.

Frignani afirma que a existência de uma norma que garante uma tutela inibitória atípica provisória, fundando um princípio geral de prevenção, é suficiente para garantir a tutela inibitória atípica definitiva. Argumenta que seria ilógico admitir-se a inibição de um comportamento com base em cognição sumária e, após verificada plenamente a necessidade de prevenção, negar-se a tutela inibitória final ao demandante.

Frignani parte da tese de que a tutela cautelar, em uma das suas formas, antecipa os efeitos da tutela final, o que conduziria a uma verdadeira identidade entre a tutela inibitória provisória e a tutela inibitória final.<sup>372</sup>

A tese defendida por Aldo Frignani, ao afirmar que o art. 700 do Código de Processo Civil italiano garantiria a tutela inibitória, não possui sustentação plausível, porque o fato de garantir, a princípio, a tutela cautelar inominada por si só, não responde à questão no sentido de embasar a tutela inibitória, já que ambas não se confundem. Por outro lado, não teria demonstrado, Aldo Frignani que o art. 700

---

<sup>370</sup> MARINONI, 1998, p. 57

<sup>371</sup> Ibid., p.56-57.

<sup>372</sup> Ibid, p. 58.

acolhesse o princípio geral de prevenção, fazendo supor que o princípio geral de prevenção faça parte da cautela.<sup>373</sup>

Na ausência, então, de autorização legal para a instituição da multa no Direito italiano – forma de “coerção para dar efetividade às sentenças do juiz” a doutrina viu-se obrigada a rever o conceito da sentença condenatória, inserindo nele uma determinação, uma ordem que, se desobedecida, levaria à pena de prisão do demandado, fundamentando-se para este fim, no artigo 24 da Constituição Federal italiana, que alberga o princípio da efetividade do processo.<sup>374</sup>

Acerca deste importante aspecto, Luiz Guilherme Marinoni atesta:

“[...] não há razão para se procurar em outro lugar o fundamento da atipicidade da tutela inibitória

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.”<sup>375</sup>

Nunca é demais afirmar que a reparação do dano convertida em pecúnia é instituto que embora essencial, em determinados casos, jamais serve para

---

<sup>373</sup> MARINONI, 1998, p. 58-59. Alerta o autor: “Isto porque o art. 700 não foi idealizado para garantir a efetividade da tutela preventiva. E nem poderia ser de outra forma, quando é sabido que o sistema italiano de tutela dos direitos foi construído sobre uma idéia que não incorporava a necessidade da tutela preventiva. É evidente, em outras palavras, que do art. 700, ou mesmo da própria essência da tutela cautelar inominada, não se pode pretender retirar argumentos que permitam a afirmação de que o art. 700 consagra um direito geral à prevenção ou garante a tutela de prevenção do ilícito. Ao contrário, em princípio seria necessário, para se invocar o art.700, alegar a violação do direito e, juntamente, o *periculum in mora*. Na realidade, o raciocínio de Frignani, para ser válido, deveria seguir no sentido inverso. Ou seja, o que deveria ser demonstrado, antes de mais nada, é a existência de um fundamento normativo capaz de garantir a atipicidade da tutela preventiva, para depois argumentar-se que, se é possível a tutela inibitória final, é viável – em razão do art. 700 – a tutela inibitória antecipada. Entretanto, ultimamente tem sido aceito, no direito italiano, em razão da própria exigência da tutela jurisdicional adequada, a tutela inibitória sumária nas ações declaratória e constitutiva. Admite-se, por exemplo, o uso do art. 700 para inibir a transferência do empregado na ação que visa a declarar a ilegitimidade da sua transferência para outro local de trabalho. Argumenta-se que a legislação trabalhista confere um direito ao local do trabalho, que implica, segundo alguns, em um aspecto de conteúdo não patrimonial capaz de ser tutelado adequadamente apenas através da tutela inibitória sumária, que estaria garantida na forma atípica pelo art. 700 Isto não quer dizer, como é óbvio, que o art. 700 sempre garantiu a tutela preventiva, mas sim que esse artigo – por constituir (à semelhança do nosso art. 798) uma válvula de escape para a prestação da tutela jurisdicional adequada – passou a ser utilizado para fins distantes daqueles para os quais foi criado. (Ibid., p. 59-61).

<sup>374</sup> Ibid., p. 61-62.

<sup>375</sup> Ibid., p. 62.

recompor o estado anterior da coisa, especialmente quando se trata de direitos da personalidade.

O ideal é que não haja dano a ser reparado ou ressarcido. Para tanto, a tutela preventiva inibitória, ou seja, aquela que inadmite a realização do ato que possa atingir a esfera jurídica de outro, se traduz na mais certa prestação da tutela efetiva.

José Carlos Barbosa Moreira em crítica comparativa entre a reparação e o ressarcimento do dano e o ilícito, assim define:

Dê-se barato que haja direitos suscetíveis de, lesados, comportar reintegração plena. Ainda com relação a esses, será difícil de atingir a perfeita coincidência entre a realidade e a norma, quando menos pela razão óbvia de que a atividade processual, por mais bem ordenada que seja, nos textos e na prática, sempre consome algum tempo, durante o qual fica o titular privado da utilidade a que fazia jus segundo o direito material. O proprietário pode recuperar a coisa de que outrem se apoderara, o credor pode receber a importância que lhe era devida, mas nem sequer nessas hipóteses será lícito dizer que o processo lhes assegurou, efetivamente, vantagem igual à que gozariam se não ocorresse a lesão.<sup>376</sup>

Por certo que antes de qualquer remédio paliativo, o melhor é prevenir, porque por mais célere que possa ser a Justiça na tentativa de recomposição do patrimônio, seja material seja imaterial, esta “recomposição” ou “ressarcimento” representarão sempre uma tentativa frustrada de efetiva prestação da tutela jurisdicional, ao contrário da tutela preventiva inibitória que coíbe o ilícito. Por isso é que, especialmente em se tratando de direitos não patrimoniais, não se pode permitir que haja qualquer escusa pelo órgão jurisdicional, ou que se imponham obstáculos ao argumento de inexistência de tutela efetiva.

Não admitir a tutela preventiva quando em jogo direitos não patrimoniais é admitir a expropriação desses direitos, transformando-se o direito ao bem em direito ao ressarcimento ou, em outras palavras, em simples pecúnia. Tal possibilidade, como é óbvio, está muito distante das Constituições que consagram os denominados ‘novos direitos’ e estão preocupadas em garantir ao homem direitos imprescindíveis à própria dignidade e a sua inserção em uma sociedade mais justa.<sup>377</sup>

---

<sup>376</sup> BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 22.

<sup>377</sup> MARINONI, 1998, p.63. Assim se refere o autor acerca dos direitos da personalidade: “Supõe-se, como é óbvio, que tais direitos devam ser efetivamente tutelados, até mesmo porque a falta de

As presentes ilações autorizam concluir que o ordenamento jurídico brasileiro abriga o princípio geral de prevenção porque:

[...] o direito à tutela jurisdicional está entre os princípios supremos do ordenamento constitucional, no qual é intimamente conexo com o próprio princípio democrático de assegurar a todos e sempre, para qualquer controvérsia, um juiz e um juízo em sentido verdadeiro.<sup>378</sup>

Assegurado, portanto, o direito à adequada tutela jurisdicional pela Constituição Federal, em seu artigo 5º., inciso XXXV, o direito à tutela preventiva inibitória encontra-se garantido, também, autorizando afirmar 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.”<sup>379</sup>

Os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, reputam-se “instrumental adequado no plano do direito processual, não sendo permitido ao processualista alegar ausência de disposição infraconstitucional, buscando sua releitura “à luz do princípio constitucional da efetividade.”,<sup>380</sup> até mesmo porque, se a tutela ressarcitória não corresponde à garantia da efetiva prestação da tutela jurisdicional no que tange a determinados direitos, não há outra forma que não a utilização da adequada tutela preventiva.

Acerca do princípio da efetividade, José Eduardo Carneira Alvim assim se expressa:

---

efetividade da tutela jurisdicional implica a existência de um ordenamento jurídico incompleto. A existência do direito material – em nível de efetividade – depende da efetividade do próprio processo. Sem um direito processual capaz de garantir uma tutela jurisdicional efetiva e adequada não há um ordenamento que possa ser qualificado como jurídico.” (Ibid., p. 64).

<sup>378</sup> Ibid., p. 65.

<sup>379</sup> MARINONI, 1998, p. 66.

<sup>380</sup> Ibid., p. 68.

Toda atividade estatal é orientada no sentido de obter o máximo de resultado, como o menor custo, e não poderia ser diferente tratando-se de atividade jurisdicional em que o seu objeto é uma lide (*Carnelutti*), que precisa ser equacionada para se preservar a harmonia do meio social.

Daí ser o processo dominado pelo *princípio da efetividade*, que, na linguagem chiovendiana, significa que 'o processo deve dar, no que é possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter'. Se o rito ordinário pesa contra a parte carente de tutela jurídica, por uma pretensão fundada numa alegação *verossímil*, com iminência de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273), ou num relevante fundamento, com receio de ineficácia do provimento final (art. 461), nada mais justo que torná-la efetiva *initio litis*, pois, de outra forma, não conseguiria tudo aquilo que o processo seria capaz de lhe proporcionar.<sup>381</sup>

É de se anotar que o princípio geral de prevenção é atrelado especialmente aos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da inafastabilidade do controle jurisdicional, porque a atuação da jurisdição de forma efetiva e tempestiva se dá através da prevenção.

### **8.7.1 Os Princípios inerentes aos Direitos dos Demandados. Os Princípios da Efetividade e da Necessidade como base no Poder Decisório do Juiz**

Conforme se observa do estudo até então travado, é certa a possibilidade dada ao juiz, de, em nome da efetividade da tutela, lançar mão dos instrumentos à disposição, especialmente no artigo 461 e §§, extensivos ao art. 461-A e 287 do Código de Processo Civil, até porque referidas normas infra-constitucionais foram inseridas no CPC por força do princípio constitucional que garante o acesso à Justiça, o qual, por sua vez, contém o comando de dar a adequada tutela jurisdicional a quem precisa, fazendo reconhecer, outrossim, que

---

<sup>381</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 20.

referidos artigos são de fundamental importância a embasar as tutelas a direitos não patrimoniais. Veja-se pela interpretação abaixo:

É que os direitos não patrimoniais não só são mais importantes, como se afastam de modo muito mais evidente do que os direitos patrimoniais da tutela ressarcitória. Admitir a tutela ressarcitória no caso de direitos não patrimoniais é o mesmo que aceitar que, por exemplo, o poluidor possa pagar para lesar o meio ambiente.

Portanto, a idéia de que a tutela efetiva e adequada do direito não pode ser trocada pela tutela ressarcitória deve ser compreendida principalmente em face dos direitos não patrimoniais, aos quais, aliás, a própria Constituição da República reserva uma posição de destaque.<sup>382</sup>

O princípio da necessidade tem estreita ligação com o direito do réu de ver equilibrada a medida justa com o “meio mais idôneo” de sua consecução, exatamente com o intuito de atingir, o mínimo possível, a esfera jurídica do réu.

O princípio da necessidade diz com os princípios do meio mais idôneo e da menor restrição possível, como forma de inibir os excessos.

Se o juiz está autorizado, em face de uma ação inibitória, a conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento, ele está submetido ao princípio da necessidade e, desta forma, impedido de conceder uma tutela que – embora apropriada para fazer cessar o ilícito – mostre-se excessiva em relação ao réu, por ser viável o uso de um meio capaz de trazer um menor gravame à sua esfera jurídica.<sup>383</sup>

No exercício dos direitos assim como na imposição de deveres, a idéia de justiça encontra-se intimamente relacionada com a necessidade do uso do meio mais idôneo, porque ao réu assiste o direito a sofrer o menor dano possível,

---

<sup>382</sup> MARINONI, 1998, p. 128. O autor conclui o seguinte: “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 estes 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.” (Ibid., p. 129).

resultando no poder-dever que tem o juiz de conceder tutela diferente daquela pleiteada, caso possa evitar um prejuízo excessivo ao réu, envolvendo a atenuação do princípio da congruência no que concerne aos meios para atingir o fim precisado.

O princípio do acesso à Justiça conjugado com o princípio do contraditório - que permite a ampla defesa, afetam também ao demandado, por força de outro direito ínsito na Constituição Federal - o direito de isonomia, em nome do qual as partes devem litigar em equilíbrio, em igualdade de condições para que a autotutela não se realize à revelia do judiciário.

Na norma infraconstitucional, mais precisamente no art. 620 do CPC <sup>384</sup> vige a garantia de que a execução deve impor o mínimo possível de restrição aos direitos do demandado, quando da excussão de seus bens, somando-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

De natureza principiológica, a legislação infraconstitucional encontra embasamento no princípio da menor restrição possível aos direitos do demandado, e, portanto, respaldado na Constituição Federal, não restringe sua utilização às execuções. Por isso, assim como a concessão da medida cautelar pauta-se, também, nos princípios de menor restrição possível aos direitos da parte afetada pela medida, da proporcionalidade e da razoabilidade, também a concessão da tutela inibitória deve pautar-se por princípios idênticos.

O princípio do meio mais idôneo é utilizado pela doutrina italiana nas concessões de tutelas cautelares [únicas “aptas” a regular diretamente o direito material de urgência na Itália, conforme antes posto], em razão da existência do

---

<sup>383</sup> MARINONI, 1998, p. 130.

<sup>384</sup> Art. 620 do CPC: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

princípio de proteção à esfera jurídica do réu, nos moldes do estabelecido no art. 620 do Código de Processo Civil.<sup>385</sup>

Em sua obra *Execução Civil*, Cândido Rangel Dinamarco, quando trata do princípio ético estabelecido neste artigo 620 do CPC, assim expressa:

É em nome dos valores humanos, éticos políticos e econômicos alojados à base do sistema executivo [...] que a lei busca o adequado equilíbrio entre os interesses das partes em conflito, para que a execução seja tão eficiente quanto possível, com o menor sacrifício possível ao patrimônio do devedor. Essa máxima está presente na disposição programática do art. 620 do Código de Processo Civil, [...].<sup>386</sup>

É perceptível que deve haver coerência e equilíbrio entre a necessidade de recebimento do crédito pelo autor e o menor prejuízo ao réu.

No pleito e respectiva concessão da tutela inibitória, o princípio que determina o menor prejuízo possível ao réu também vige quando no sentido de que se deve atentar à 'justa medida'. De outra forma, resultaria admitir que é permitida, sem qualquer limite, a invasão da esfera jurídica do réu.

Em nome deste equilíbrio na imposição da 'justa medida', Cândido Rangel Dinamarco acentua que nem sempre o devedor se subsume ao perfil do mau pagador, proposital, mas, ao contrário, e com freqüência, trata-se de devedor eventual, cujas circunstâncias lhe foram desfavoráveis, inclusive quando diz respeito à situação econômica num país instável, onde as regras do jogo instituídas no mercado financeiro mostram-se claramente desiguais.<sup>387</sup>

Na busca da proteção destes indivíduos é que a lei quer tratar com equilíbrio as relações jurídicas postas em juízo. Como a lei regula para o geral, por vezes resulta que os maus pagadores se beneficiem da situação.

---

<sup>385</sup> MARINONI, 1998, p. 114.

<sup>386</sup> DINAMARCO, 2000. p.307.

Entretanto, este fato por si só não justificaria o desequilíbrio das partes, uma vez que o objetivo do ordenamento jurídico não é o de abrigar os litigantes de má-fé, e tanto é que foi construído com base no princípio inverso – da presunção da boa-fé, autorizando ao julgador, sempre que possível, a estabelecer regras para a atuação da prestação jurisdicional de forma a atender os princípios da necessidade e do meio mais idôneo, evitando atingir, de maneira muito gravosa, a esfera jurídica do réu.

#### **8.8 A TUTELA INIBITÓRIA E OS ARTIGOS 461 E 461-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O ordenamento jurídico clássico, como é sabido, era especialmente voltado à proteção do direito patrimonial. As tutelas de urgência eram diretamente dirigidas à proteção dos direitos patrimoniais, o que se denota das tutelas inibitórias de forma pura adotadas pelo Código de Processo Civil.

O Mandado de Segurança, por sua vez, tinha uma abrangência um pouco maior no que diz respeito à extensão destes direitos, mas era [e continua sendo], instrumento com âmbito de atuação restrito às relações entre entidades públicas e os indivíduos. Somente após a adoção do Mandado de Segurança Coletivo passou a abranger os entes coletivos para resguardar também interesses supra-individuais da ameaça ao direito ou de sua lesão, porém, sempre dirigido contra o ente público.

Luiz Guilherme Marinoni faz o seguinte questionamento:

---

<sup>387</sup> Ibid., p.308.

É difícil compreender a razão pela qual o Código de Processo Civil só estabeleceu tutelas inibitórias antecipadas nos casos de interdito proibitório (art. 932 do CPC) e nunciação de obra nova (art. 936, II, do CPC). Ora, se o legislador processual previu a necessidade da multa para dar efetividade aos preceitos emitidos *initio litis*, é porque ele estava ciente de que a prevenção requer tutela antecipada mais multa.

Por qual motivo, então, teria o Código deixado de criar uma ação preventiva genérica, à semelhança do mandado de segurança preventivo? Qual a razão que teria levado o legislador de 1973 a esquecer-se de estabelecer uma verdadeira ação preventiva contra o particular?<sup>388</sup>

No entanto, a história recente do processo civil conviveu com esta dicotomia até que a Constituição Federal, promulgada em 1988, adotasse princípios básicos a tutelar direitos diversos, constituindo-se na concretização da transposição do país a um Estado de Direito. O inciso XXXV, de seu art. 5.º, eliminou as barreiras do acesso à Justiça, com a seguinte frase: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”<sup>389</sup> Por sua vez, e como consequência, os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil passaram a tratar do cumprimento da obrigação nos termos estipulados, seja de fazer seja de não fazer e de entregar coisa, respectivamente, resultando em mitigação da importância dada pelo Direito clássico à tutela ressarcitória, inclusive porque a conversão em perdas e danos somente ocorrerá nos casos em que se torne impossível o cumprimento na forma específica ou, se assim optar o credor, conforme se extrai do § 1.º do art. 461<sup>390</sup>.

Resta, porém, descobrir se existem normas infraconstitucionais ou até que ponto são necessárias, a servirem de aporte à tutela inibitória, inclusive à inominada, e especialmente quando se trata de proteção a direitos não patrimoniais.

---

<sup>388</sup> MARINONI, 1998, p. 70.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 30

<sup>390</sup> CPC. Art. 461: “[...] § 1º: A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.”

Pode-se afirmar que a relação entre a tutela inibitória e os direitos estabelecidos nos referidos artigos do CPC é estabelecida, tanto porque autorizam a tutela inibitória antecipada [§ 3º do art. 461], quanto porque abrigam a determinação de multa imposta pelo juízo [§ 4º, do art. 461] para o caso de descumprimento da obrigação, seja comissiva seja omissiva.

Basta lembrar que no passado próximo a tutela cautelar inominada foi adotada como instrumento para proteção dos direitos da personalidade, por causa da persistência da prática forense e diante da ausência de consistência do artigo 287 do Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, inexistindo, para concluir, qualquer outro meio razoável a ser adotado.

O termo “tutela específica” inserto nos arts. 461 e 461-A, do Código de Processo Civil mantém íntima relação com a obrigação nos termos estipulados, sem, contudo, converter-se em perdas e danos, salvo opção do credor ou caso se torne impossível o cumprimento na forma específica, distinguindo-se do resultado prático equivalente ao do adimplemento, que poderá ser efetivado por terceiro às expensas do devedor.

Percebe-se um misto efeito derivado da sentença na tutela específica [mandamental e executiva *lato sensu*], resultando na imediata efetivação dos meios indiretos ou de coerção, sem novo processo, nos termos do § 5.º, art. 461, por força da execução *lato sensu* e da sentença mandamental [que emite ordem ao devedor], sabendo-se que sua inobservância se afigura desobediência à autoridade estatal que enseja a aplicação de medidas coercitivas.

Marcelo Abelha Rodrigues afirma:

Dentre todas as inovações do art. 461, trazidas pela reforma de 1994, destaca-se sua localização no capítulo referente à sentença e à coisa julgada, que tornava adequada a posição do legislador ao quebrar o binômio *processo de condenação-processo de execução*,

permitindo que a execução do provimento condenatório nessa modalidade de obrigação fosse feita na mesma relação processual, dotando o juiz de poderes inquisitórios para impor mecanismos sancionatórios e medidas de apoio para tornar concreta, ali mesmo, naquela relação processual, a tutela específica concedida.<sup>391</sup>

Torna fácil, então, verificar o rompimento com o princípio tradicional da *nulla executio sine titulo*, como também com o princípio da tipicidade de execução, no qual a atividade jurisdicional se encontra adstrita à forma ditada pela estrutura do procedimento executivo.

Luiz Guilherme Marinoni assim descreve:

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.

Ora, se a sentença deve *conceder a tutela específica*, ou *determinar* as providências que assegurem o resultado prático equivalente, não há como imaginar-se que é necessária a ação de execução. Note-se, aliás, que se o juiz pode, de ofício, impor a multa ou determinar as medidas do § 5º. do art. 461, é porque a efetivação da tutela não requer um processo de execução.<sup>392</sup>

As formas de execução das obrigações de fazer ou não fazer estabelecidas nos artigos 621 a 628 e 632 a 638 e 644 e 645 do CPC, que tratam das execuções, se bem que possam ter sua utilização reduzida, podem ser compatibilizadas, inclusive porque a reforma do artigo 632 do CPC passou a abrigar a execução de obrigação de fazer ou não fazer fundada em título extrajudicial.<sup>393</sup>

Há que se lembrar, também, que ainda que os artigos em comento façam expressa menção às obrigações de fazer, de não fazer ou de entregar coisa,

---

<sup>391</sup> JORGE; DIDIER JR.; RODRIGUES, 2003, p. 203.

<sup>392</sup> MARINONI, 1998, p. 72-73.

<sup>393</sup> *Ibid.*, p. 73.

com conotação de origem negocial, também abrange os deveres legais, tais como *de abstenção, tolerância, permissão ou prática de fato ou ato*, que compreendem os direitos concernentes à vida, à integridade física, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade de uma pessoa.<sup>394</sup>

De outra banda, não só na decisão antecipatória, mas também na sentença de mérito, de acordo com o pedido do autor, a tutela inibitória pode resultar em provimento mandamental, ou executiva *lato sensu*.

Nessas obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, o juiz prolatará a sentença mandamental, remetendo uma ordem para o demandado, que deverá ser obedecida, uma vez que, *contrario sensu* haveria afronta à autoridade estatal ou, casualmente, resultaria em crime de desobediência.<sup>395</sup>

Por outro lado, há sujeição ao pagamento da multa em qualquer fração, seja horária seja diária, até que se cumpra a ordem judicial, resultando, em eficiente medida de persuasão.

Cabe ao devedor sujeitar-se à ordem judicial, com a conseqüente extinção do processo, ou, caso persista no descumprimento do *decisum*, dará azo a que se inicie a execução *lato sensu*, com a aplicação das *medidas necessárias* enumeradas no § 5.º do art. 461 e no § 3.º do art. 461-A, para a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento.

A eventuais obstáculos que poderiam ser levantados “à tese de que o art. 461 constitui a fonte normativo-processual da tutela inibitória”, Luiz Guilherme Marinoni responde da seguinte forma:

---

<sup>394</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 48

<sup>395</sup> TALAMINI, 2003, p. 186-197.

Em outras palavras, um espírito menos afeito à importância do princípio constitucional da efetividade poderia argumentar que o art. 461 só permite a tutela das obrigações *stricto sensu*, deixando sem resposta, v.g., os direitos da personalidade.

Se este argumento pudesse ser levado a sério, a tutela dos direitos difusos e coletivos, que também se vale das normas que falam apenas em obrigações (art. 83 do CDC; art. 11 da Lei da Ação Civil Pública), estaria irremediavelmente comprometida.<sup>396</sup>

Anote-se que a interpretação da norma deve ser efetivada “em função da unidade sistemática da ordem jurídica”. Não é diferente quando se interpreta o art. 461, especialmente porque foi introduzido por força de novas necessidades e, “como é óbvio, de acordo com o espírito que a presidiu.”<sup>397</sup>

Na verdade, não há como não se vislumbrar na *ratio*, no fim do art. 461 (interpretação teleológica), a intenção da tutela de direitos que não poderiam ser adequadamente protegidos a partir de uma interpretação excessivamente comprometida com o tecnicismo da linguagem jurídica, que não é, como se sabe, a linguagem da lei, não só porque a lei é o fruto do trabalho de pessoas de diversas formações – o que não autoriza supor que a norma tenha que refletir uma tomada de posição científica – , mas também porque a lei não é dirigida exclusivamente aos juristas.<sup>398</sup>

---

<sup>396</sup> MARINONI, 1998, p. 74. Marinoni prossegue, fazendo anotar trecho de autoria de Barbosa Moreira, neste sentido: “Note-se, aliás, que Barbosa Moreira, ao escrever o ensaio ‘A tutela específica do credor nas obrigações negativas’, em época em que a única norma que o socorria era o art. 287, não teve qualquer dúvida em enumerar, sob o *nomem iuris* de obrigações negativas, os deveres de abstenção: ‘d) correspondentes aos direitos absolutos, quer reais (exemplo: dever de não penetrar em imóvel alheio sem licença do proprietário), quer da personalidade (exemplo: dever de não usurpar o nome de outrem); e) correspondentes a direitos subjetivos públicos (exemplos: dever da Administração de não exigir tributo não previsto em lei, de não demitir funcionário estável senão em virtude de sentença judicial ou mediante processo administrativo em que se lhe assegure ampla defesa); f) impostos para a salvaguarda de ‘interesses coletivos’ ou ‘difusos’ (exemplo: dever de não perturbar o equilíbrio ecológico; de não pôr em circulação notícias inverídicas).” (Ibid.)

<sup>397</sup> MARINONI, 1998, p. 74.

<sup>398</sup> Ibid., p. 74-75. Conclui Marinoni: “Não há dúvida de que as modificações há pouco tempo introduzidas no Código de Processo Civil – todas elas marcadas pelo princípio da efetividade – tiveram por fim conferir ao jurisdicionado um processo efetivo e adequado, capaz de assegurar de forma concreta – e não meramente formal – os seus direitos. É completamente descabido, assim, pensar que o legislador ter-se-ia preocupado com a tutela das obrigações de fazer e de não fazer, esquecendo-se dos direitos da personalidade, que, apesar da sua alta relevância, não eram adequadamente tutelados [...]. Buscar uma tutela jurisdicional adequada aos direitos da personalidade e, mais do que isto, encontrar o fundamento normativo-processual da tutela preventiva do art. 461 são deveres da doutrina que se preocupa com a efetividade da tutela dos direitos e, por consequência, com uma sociedade mais justa e harmônica.” (Ibid., p.75-76).

Por certo que a interpretação literal da lei, especialmente quando se trata de direitos garantidores da personalidade, não se coaduna com o Direito moderno, como também põe em risco a determinação legal que coíbe uma lei infraconstitucional de limitar preceitos de ordem Constitucional.

Cabe, então à doutrina encontrar a tutela jurisdicional que comporte os direitos da personalidade, como também “encontrar o fundamento normativo-processual da tutela preventiva” estabelecida no artigo 461<sup>399</sup> e no artigo 461-A do Código de Processo Civil.

## 8.9 A TUTELA DO FAZER E A TUTELA DO NÃO FAZER

É tão viável a tutela do fazer quanto o é a tutela do não fazer. Uma análise menos acurada do termo inibitória pode levar a crer que seria o caso de tão somente admitir-se a inibição da ação do demandado. Não é este o entendimento mais correto, de acordo com a melhor semântica. A tutela inibitória não só coíbe o ato, como também obriga à tomada de determinadas ações.

Araken de Assis diz:

[...], *de lege data*, através da medida antecipatória fundada no art. 461 do CPC ou, se for o caso, no art. 84, § 3º., da Lei 8.78/90, e na suposição de que o obrigado não tenha praticado ofensa ao dever de abstenção, ou cuidando-se de *facere* de consumação duradoura, ou para fazê-la cessar e a evitar-lhe a repetição, o direito pátrio outorga tutela específica aos deveres negativos.<sup>400</sup>

Eduardo Talamini faz a seguinte observação:

---

<sup>399</sup> MARINONI, 1998, p.76.

<sup>400</sup> ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 2. Ed. São Paulo: RT, 1995. p. 384.

Entre os deveres de não fazer, é usual a distinção entre *tolerar* e *abster-se*. Pelo dever de tolerância, o sujeito é obrigado a suportar atos alheios de interferência na sua esfera jurídica, ficando-lhe vedado adotar condutas de reação (ex: servidão de passagem). Já o dever de abstenção implica a proibição da prática de atos que afetem a esfera jurídica alheia (ex: dever de não ofender a honra de outrem). Ambos recaem na imposição de um 'não agir' (pode-se dizer que no *tolerar* está embutido o dever de se *abster* de atos de defesa contra a interferência alheia) e submetem-se ao mesmo regime de tutela. A distinção não tem maior relevo prático, senão para melhor visualizar a multiplicidade de situações que envolvem deveres de não fazer.<sup>401</sup>

Quando o art. 461 autoriza ao juiz “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, não se está exigindo do autor do pedido, pleito que determine alternativamente uma ou outra obrigação, tampouco que o faça solicitar somente o que se pode chamar de obrigação originária.<sup>402</sup>

É óbvio que é possível pedir apenas o cumprimento da obrigação derivada sob pena de multa, deixando-se de lado a obrigação originária, ou até mesmo solicitar-se a tutela da obrigação derivada mediante o uso das medidas executivas do § 5º. do art. 461, quando já se estará (nesta última hipótese) fora do âmbito da tutela inibitória e dentro do círculo da tutela de remoção do ilícito.

Na verdade, pouco importa, em termos de tutela jurisdicional, se a obrigação é originária ou derivada; o único ponto que tem relevo, quando se trata de optar por uma inibitória negativa ou por uma inibitória positiva, é a adequação concreta da espécie de tutela jurisdicional solicitada.<sup>403</sup>

Observe-se que o importante é alcançar o fim buscado. Negativa ou positiva; originária ou derivada, a tutela inibitória deve ser concedida, sempre que a natureza e o fim da demanda o permitir, por ser instrumento a conservar a integridade do direito da parte, ou, no mínimo, evitar o quanto possível, sua total violação.

---

<sup>401</sup> TALAMINI, 2003, p. 149. O autor observa, outrossim: “Inúmeros direitos da personalidade implicam deveres de não fazer. Cumpre a cada sujeito de direito abster-se da prática de atos que afrontem indevidamente a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem alheias. (Ibid.).

<sup>402</sup> MARINONI, 1998, p. 104.

<sup>403</sup> Ibid., p. 104-105.

## 8.10 A TUTELA INIBITÓRIA E A TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

Não parece ser controversa a afirmativa de que a tutela inibitória visa a prevenção do ilícito atuando sobre a vontade do réu, a ponto de fazer convencê-lo a praticar ou não um ato “para que o ilícito não se verifique, não se repita ou não prossiga.”<sup>404</sup>

A inobservância, porém, de um fazer ou um não fazer dá azo a que seja determinada a remoção da situação de ilicitude, ainda que haja necessidade de “ajuda dos auxiliares da justiça – ou determinando-se a terceiro um fazer”, a exemplo da determinação judicial de destruição de uma obra construída em lugar proibido ou em casos em que necessite de força policial, sempre com o intuito de remoção do ilícito.<sup>405</sup>

Eduardo Talamini classifica a remoção do ilícito com uma espécie da classificação *lato sensu* da *sanção restitutória* a qual, segundo o autor, “[...] tem em mira a obtenção de resultado igual (*rectius*: o mais próximo possível) ao que teria, caso a norma violada houvesse sido respeitada.”<sup>406</sup>

Sugere, então, como subespécies:

a obtenção tardia da conduta ativa devida ou;

os resultados que com a conduta ativa tardia ela se teria – quando isso ainda fosse possível e estivesse revestido de interesse para o titular do direito; e

---

<sup>404</sup> MARINONI, 1998, p. 117.

<sup>405</sup> Ibid., p. 117.

<sup>406</sup> TALAMINI, 2003, p. 182.

a cessação da conduta ativa indevida de caráter continuado (inclusive mediante medidas repressivas diretas) e (ou) o desfazimento de conseqüências da conduta indevida (ex. destruição de obra indevida).

Nos vários exemplos que podem ser citados, a título de tutela de remoção do ilícito como fechamento de indústria, retirada de nome comercial, apreensão de mercadoria confeccionada de forma ilegal, instalação de determinado equipamento, seja por terceiro ou pelo réu etc., estar-se-á sempre tratando de tutela executiva e não mandamental.

Aliás, torna-se necessário frisar a flagrante diferença entre esta e a tutela inibitória: “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.”<sup>407</sup>

São diferentes, portanto, referidos institutos, mantendo similitude tão somente no que atine à questão do dano, pois, para nenhuma delas, ele se faz necessário. Transgredido um “comando jurídico”, a questão de ter havido ou não dano não interessa a nenhuma dessas tutelas. A existência de lesão não diz respeito a elas.<sup>408</sup>

Deve-se dar a importância necessária à compreensão exata da distinção entre o ilícito e o dano. À tutela de remoção do ilícito, assim como à tutela inibitória não interessa o cometimento de dano, não importando, por conseqüência, adentrar a questões atinentes à culpa ou ao dolo. No entanto, a identificação entre as duas tutelas ora comentadas encerra-se exatamente neste aspecto.

---

<sup>407</sup> MARINONI, 1998, p. 117.

## 8.11 OS MEIOS DE COERÇÃO E DE SUB-ROGAÇÃO

Malgrado a significativa atenuação do princípio que envolve a segurança jurídica, é certo que ela vigora ao lado dos princípios da efetividade e tempestividade que regem o Direito moderno, especialmente quando se trata de respeitar a esfera jurídica do réu.

A doutrina, no entanto, traz diferentes e interessantes enfoques quando enfrenta a questão atinente aos meios de coerção autorizados pela legislação que trata das obrigações [arts.461 e 461-A].

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina definem as duas formas de execução como: “meios executivos diretos (ou de sub-rogação) e indiretos (ou de coerção)”, designando a tutela jurisdicional executiva como “resultado”, no primeiro caso, e como “meios tendentes à sua execução”<sup>409</sup>, no segundo.<sup>410</sup>

*Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman*, entre outros doutrinadores, entendem que a execução forçada em seu sentido estrito só se dá através de meios de sub-rogação.<sup>411</sup> No entanto, conforme se insere da anotação da lavra de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, ambos admitem as medidas coercitivas como forma de execução.<sup>412</sup>

---

<sup>408</sup> Ibid., p. 117-118.

<sup>409</sup> WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 141. Os autores explicam seu pensamento da seguinte forma: Humberto Theodoro Júnior. *Processo de execução*, n. 5, p. 40, “afirma que no conceito do direito processual civil, os meios de coação não integram o quadro das medidas executivas propriamente ditas, muito embora, uma parte da doutrina costume apelá-la de execução indireta”. Pensamos, no entanto, que mesmo os meios executivos indiretos podem ser considerados forma de manifestação da tutela jurisdicional executiva, na medida em que visam, ainda que mediatamente, a obtenção de um resultado favorável ao exeqüente. Atente-se que pelo menos sob o prisma ‘funcional’ as medidas coercitivas podem ser consideradas executivas, pois, como chega a afirmar *Francesco Carnelutti*, ‘as medidas coercitivas podem servir para a mesma finalidade que a execução, ou seja, em definitivo, obter a restauração da ordem jurídica violada’ (ob. cit., n. 61, p. 290).” (Ibid.).

<sup>410</sup> Ibid., p. 141.

<sup>411</sup> CARNELLUTI, 2000; LIEBMAN, 1968 apud WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 141.

<sup>412</sup> WAMBIER; MEDINA, op. cit. p. 141.

Luiz Guilherme Marinoni intitula a forma de execução das obrigações de fazer e não fazer e de entregar coisa, de “execução indireta”, denominando-a de ação sincrética, porquanto ausente a necessidade de formular ação de execução.

Segundo Eduardo Talamini, na prática não há ordem hierárquica entre meios de coerção e sub-rogação. A opção pela alternativa entre tutela específica e resultado prático correspondente varia de caso a caso, dependendo das condições que se apresentam no momento da decisão. Para ele deve ser observado o princípio da máxima efetividade da tutela jurisdicional e princípio do menor sacrifício do réu.<sup>413</sup>

Luiz Guilherme Marinoni, ao se referir ao princípio da congruência, afirma o seguinte:

Se os arts. 461 do CPC e 84 do CDC excepcionam a regra da congruência entre o pedido e a sentença, isto decorre da tomada de consciência de que a tutela jurisdicional deve proporcionar, na medida do possível, a tutela específica dos direitos, evitando-se, principalmente nos casos de direitos não patrimoniais, a insatisfatória saída pela via da técnica ressarcitória. A doutrina brasileira, aliás, tem afirmado, parafraseando conhecida máxima de Chiovenda, que a idéia central que está na base das normas de que nos ocupamos é proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica precisamente aquela situação final que ele tem o direito de obter.<sup>414</sup>

O referido autor entende que ao juiz cabe a tarefa de converter uma obrigação em outra se necessário para atender a situação final, objeto de uma obrigação, conferindo “ao autor a tutela específica da obrigação originária ou um resultado prático equivalente ao do inadimplemento.”<sup>415</sup> Justifica-se, assim, o “poder”, do juiz, de deixar “de atender ao pedido formulado pelo autor, que pode ser

---

<sup>413</sup> TALAMINI, 2003, p. 284.

<sup>414</sup> MARINONI, 1998, p. 122.

<sup>415</sup> Ibid.

de tutela específica da obrigação originária ou de um outro resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

Eduardo Talamini adverte, por sua vez, acerca da distinção entre a atenuação do princípio da congruência e sua aplicação literal, diz que a congruência *formal* teria cedido espaço à congruência *material*,<sup>416</sup> explicando o seguinte:

Estas constatações permitem verificar a exata dimensão da atenuação que sofre o princípio da congruência entre o pedido e o provimento concessivo da tutela. O pedido do autor é vinculante para o juiz –e, nesse ponto, vigora o princípio da congruência –, no que tange à tutela mediata: a obtenção do resultado específico. A flexibilidade instaurada pelo regime *ex art. 461* concerne aos mecanismos da tutela imediata (a eficácia do provimento – mandamental e executiva *lato sensu*; os instrumentos de realização concreta de tais eficácias). Não se trata, de todo modo, de novidade absoluta em nosso sistema processual civil. Fenômeno semelhante ocorre com as ações cautelares (conservativas) e possessórias, em que a exigência de adstrição do provimento ao pedido limita-se à consecução do bem de vida pleiteado (resguardo do resultado útil do processo, no primeiro caso; proteção da posse sobre determinado bem, no segundo) –, podendo o juiz, para tanto, adotar providências processuais que nem mesmo foram requeridas.<sup>417</sup>

Constata-se, portanto, o aporte da amenização sobre o princípio da congruência atrelado ao pedido e o provimento que concede a tutela. Sucede que o pedido do autor torna-se vinculante para o magistrado no que se refere à tutela mediata, cujo bem vital é ter o resultado específico, incidindo aí o princípio da congruência em sua plenitude.

O autor depreende, então, que a atenuação dada pelos arts. 461 e 461-A, refere-se aos instrumentos da tutela imediata, que é a eficácia do provimento, ou seja, para o exato atendimento à pretensão do autor, o juiz deverá lançar mão das medidas necessárias e associar as eficácias mandamental e executiva *lato sensu* sem sujeição do pedido imediato do autor. Destarte, a supressão do princípio

---

<sup>416</sup> TALAMINI, op.cit., p. 404.

<sup>417</sup> Ibid., p. 286-287.

da congruência entre o pedido imediato e o provimento que defere a tutela específica visa o fornecimento da correspondência entre a tutela jurisdicional e o pedido mediato.<sup>418</sup>

Também abre a possibilidade de conter na decisão a multa ou medida de coerção atípica, determinando-se, ainda, diligência para obtenção de resultado prático equivalente, desde que esteja consignado que a coerção deixará de existir quando alcançar o resultado prático equivalente, ou em caso em que este resultado estiver numa fase avançada de forma que desfazê-la seria desproporcional ao cumprimento específico.<sup>419</sup>

Diz, por outra, que entre as várias possibilidades não há impedimento, para iniciar com apenas uma medida, quer a mandamental quer a sub-rogação, e mais adiante se utilize outra, quando frustrada a primeira opção. Deferida a tutela específica, antecipatória ou em sentença de mérito, encontra-se implícita neste ato decisório a implementação de todas as técnicas tendentes à sub-rogação, porquanto desnecessário estarem expressos, na decisão, todos os meios utilizáveis para alcançar o resultado específico. Deduz-se, então, que, imediatamente, o provimento terá *eficácia executiva lato sensu e mandamental*, nada obstante uma dessas eficácias tenha potencial para produção de efeitos, mas deixe de se consolidar.<sup>420</sup>

Luiz Guilherme Marinoni fala em conversão de uma obrigação em outra, contanto que atinja o objetivo final, ou seja, que se conceda uma tutela que implique um resultado que esteja na própria obrigação originária.<sup>421</sup>

---

<sup>418</sup> Ibid., p. 405-406.

<sup>419</sup> TALAMINI, op.cit., p. 285.

<sup>420</sup> Ibid., p. 404.

<sup>421</sup> MARINONI, 1998, p. 124.

Eduardo Talamini, de outro lado, afirma que as transmudações não configuram que tenha havido a sub-rogatória de uma obrigação para outra diversa, ou que se tenha convertido de uma obrigação à outra, mas que o que se modifica é a diversidade de expedientes instrumentais para um mesmo fim.<sup>422</sup>

Ambos os autores ora em destaque referem-se ao exemplo clássico de um pedido de antecipação da tutela, com base no artigo 84 do CDC, em que o demandante pleiteia a cessação das atividades da empresa ré, dada a ofensa ao meio ambiente causada pela poluição. Nesse caso, se for suficiente a instalação de um filtro, ou seja, caso bastar esta providência para resolver o problema, esta será a solução pela qual deverá optar o juiz, porque não se pode esquecer do princípio de menor atingimento possível da esfera jurídica do réu.<sup>423</sup>

Conclui-se, então, que a idéia central é o atingimento do fim, mas para tanto, devem ser utilizados tão somente os meios necessários. No exemplo da empresa, o objetivo é de manutenção de seu funcionamento, não só porquê, com base no art. 620 do CPC, deve-se atingir o mínimo possível a esfera jurídica do réu, mas também porque implica numa questão mais ampla, qual seja, a questão social, a exemplo do princípio da preservação da empresa, envolvendo emprego, geração de riquezas etc., cabendo ao juiz decidir com o devido equilíbrio entre os princípios da máxima efetividade da tutela jurisdicional e do menor sacrifício do réu.

---

422 TALAMINI, op. cit., p. 286-287.

## 8.12 A CUMULAÇÃO DE PEDIDOS NA TUTELA INIBITÓRIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DE PEDIDO INIBITÓRIO CUMULADO COM PEDIDO RESSARCITÓRIO

É certo que a urgência na concessão da tutela inibitória é tão plausível que são muitas as vezes em que o pedido de antecipação da tutela inibitória é formulado no processo de conhecimento inibitório. Há casos, entretanto, em que o próprio processo cognitivo de tutela inibitória pode ser trabalhado independente de concessão de tutela de urgência (antecipatória), bastando, pela evidência do direito em discussão, o julgamento antecipado da lide neste aspecto.

É verdade, por outra, que o direito processual atual não mais se esconde sob o manto do formalismo, e, por isso mesmo, admite a relativização do binômio direito-processo, da relativização das formas no princípio da instrumentalidade do processo, na flexibilização do princípio da congruência, na execução indireta ou *lato sensu* etc.

Qualquer questionamento, então, que contrarie esta nova situação processual, obrigaria a admitir o retrocesso do Direito, porque hoje há prevalência dos princípios da tempestividade e da efetividade da prestação da tutela jurisdicional, em relação à segurança jurídica.

Dessa forma, não existe óbice a que o autor pleiteie tutela inibitória cumulada com pedido de ressarcimento de dano, por exemplo, tampouco que o juiz conceda uma ou outra antecipadamente. Pode-se, outrossim, cumular pedidos de tutela inibitória de urgência ou de remoção do ilícito etc..

Nota-se que não há dúvida sobre a possibilidade de o autor pedir a instalação de equipamentos para que a poluição seja contida e, para a hipótese desta alternativa não se mostrar adequada ou possível, a cessação das atividades ou a paralisação das máquinas da indústria demandada. Note-se que atualmente nada impede que esses

---

<sup>423</sup> MARINONI, 1998, p. 124-125.

pedidos assumam a forma de ordem sob pena de multa, ou que em primeiro pedido assumam natureza mandamental e o segundo, executiva (tutela de remoção do ilícito). O que se deseja demonstrar, na verdade, é que assim como é possível a cumulação de pedidos inibitórios, é também viável a cumulação de um pedido inibitório com um pedido de remoção do ilícito.<sup>424</sup>

A necessidade imperiosa de distinção entre o ilícito e o dano fez entender que para a apuração do perigo de ilícito não há prova de dano a ser feita. Basta a prova do risco do ilícito. Já para a apuração do dano, há que haver a prova de sua existência, como também a mensuração da culpa ou do dolo, conforme o caso.

Por este motivo é que Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o réu pode contestar apenas o dano que a ele é imputado e não o ilícito.”<sup>425</sup> Neste passo, quando se tratar de cumulação de pedidos, deve-se admitir que não há qualquer impedimento para o julgamento antecipado do pedido inibitório, adiando-se o julgamento quanto ao pedido de ressarcimento, caso haja necessidade de dilação probatória para a apuração do dano e eventual culpa.

Por óbvio, uma vez que não faz qualquer sentido aguardar a dilação probatória na apuração do dano, quando a tutela inibitória já se encontra apta a ser concedida. Este pensamento contraria o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, inclusive porque à inibitória interessa o impedimento da realização do ilícito. Caso a demora na prestação da tutela jurisdicional se dê em decorrência de excesso de formalismo, acabará por levar a mais uma situação de dano consumado, restando tão somente mais um ressarcimento.

---

<sup>424</sup> MARINONI, 1998, p. 137-138.

<sup>425</sup> MARINONI, 1998., p. 138.

O que importa é a prestação da tutela jurisdicional tempestiva e efetiva, de maneira que os princípios constitucionais se encontram à disposição para tal atuação.

### **8.13 TUTELA INIBITÓRIA, TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR**

A confusão que se estabelece entre a tutela inibitória, a tutela antecipada e a tutela cautelar merece melhor apreciação. Cada um dos três institutos referidos possui objetivo definido e delimitado, podendo ser trabalhados em conjunto, porém, cada qual para o fim a que se destina.

A ação inibitória é ação de cognição, não havendo impedimento em que sejam antecipados seus efeitos a título de tutela antecipada inibitória, porém, ambas não se identificam. É sabido que a tutela cognitiva visa estabelecer o contraditório em toda a sua plenitude, através da cognição exauriente, enquanto que a tutela antecipada, mesmo que em casos em que antes inexistam pressupostos para sua concessão, deva, também, ser concedida somente após uma cognição exauriente, em regra geral, pode ser concedida após simples cognição sumária.

Ademais, a ação de cognição pressupõe uma sentença final, que vai decidir sobre o direito material invocado, ou seja, uma decisão que ponha fim ao processo; enquanto que a decisão que diz respeito à tutela antecipada, denominada interlocutória, trata acerca da antecipação dos efeitos da sentença, atingindo antecipadamente determinados fins que formarão objeto da sentença de mérito, com respeito ao direito material invocado, no intuito de efetivar a prestação da tutela jurisdicional cujo fator tempo lhe pode ser fatal.

A tutela antecipada não põe fim ao processo, mas decide questão incidente, de forma provisória, ou seja, somente a decisão trãnsita em julgado na ação de cognição inibitória convalidará a antecipação de seus efeitos concedida em sede de decisão interlocutória.<sup>426</sup>

Sérgio Cruz Arenhart afirma: “Ponto inicial, digno de atenção especial, refere-se ao reconhecimento de que a tutela inibitória não é espécie do gênero tutela de urgência e, muito menos, tipo especial de medida cautelar.”

Ovídio Baptista da Silva afirma: “[...] tudo o que é cautelar tem sentido preventivo, mas nem tudo o que é preventivo será, *ipso facto*, cautelar.”<sup>427</sup>

O resultado da confusão estabelecida na Itália e no Brasil entre a tutela cautelar, a tutela antecipatória e a tutela preventiva, obrigou a que a doutrina estabelecesse a distinção entre estes institutos, o que fez com que a tutela de urgência passasse a ser um “instrumento alternativo ao procedimento comum”,<sup>428</sup> lembrando, de certo, a que a Itália ainda resiste à tutela antecipatória.

Assim, se alguns admitiram o uso do art. 700 como fundamento da tutela preventiva, isto ocorreu em razão das necessidades concretas de tutela, e não a partir da verificação da existência de um princípio geral de prevenção albergado neste artigo.<sup>429</sup>

Lembra Luiz Guilherme Marinoni que a confusão estabelecida entre os institutos deriva de conceituações italianas arcaicas, dado que, embora tenha sido precursora da tutela inibitória [levada a cabo até os dias de hoje, via tutela cautelar, art. 700], a doutrina italiana não admite ainda a tutela de conhecimento inibitória, tampouco admite de forma expressa a tutela antecipada inibitória,

---

<sup>426</sup> ARENHART, 2000, p. 112.

<sup>427</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 32.

<sup>428</sup> MARINONI, 1998, p. 61.

<sup>429</sup> Ibid.

conforme comentários anteriores, porque lá só se admite a tutela cautelar inominada [artigo 700 do Código de Processo Civil italiano], seja para garantir a eficácia da sentença, seja para antecipar direitos.

É que o Código de Processo Civil italiano não possui norma similar àquela que está posta no art.461 do nosso Código, e assim não possui instrumentos processuais que possam abrir ensejo a uma 'ação inibitória' capaz de atender a qualquer situação de direito substancial dela carecedora. O Código de Processo Civil italiano não dá ao juiz o poder de ordenar sob pena de multa, e aí pode ser lembrada a idéia sustentada pela doutrina italiana clássica no sentido de que a imposição de multa antes que uma norma houvesse sido violada implicaria em restrição ao direito de liberdade (?!).<sup>430</sup>

Lembre-se que na Itália, com exceção de hipóteses tipificadas na lei, somente pode ser prestada a tutela inibitória com base na norma do art. 700 do CPC, similar à do art. 798 do CPC brasileiro, porque o ordenamento jurídico italiano é desprovido de meios específicos e eficazes para a proteger determinados direitos, especialmente aqueles referentes à personalidade.

Bem, é certo, então, que a tutela cautelar visa assegurar a viabilidade da execução de eventual sentença favorável no processo principal. A tutela cautelar é também um instrumento do processo, assim como a tutela antecipada, porém, visa exclusivamente, a atender a viabilidade do processo, jamais a antecipar efeitos da sentença [tutela antecipada], nem tão pouco atender o direito material invocado, através de sentença definitiva de mérito atinente ao direito material invocado [tutela inibitória].

Flávio Cheim Jorge; Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues, assim se referem à diferenciação entre tutela final e tutela antecipada:

---

<sup>430</sup> MARINONI, 1998, p.232.

A distinção entre provimentos antecipatório e final, como é intuitivo, não diz respeito ao conteúdo que encerram, pois aquele visa exatamente antecipar efeitos somente obtidos após este; o provimento antecipatório, portanto, abrevia o tempo para a obtenção de efeitos materiais inicialmente alcançáveis apenas com o provimento final – sentença ou acórdão. Aquele será fundado, no mais das vezes, em cognição sumária; este, em exauriente, conforme célebre distinção de Kazuo Watanabe.<sup>431</sup>

Tutela final é aquilo que se pretende do Poder Judiciário – tutela jurisdicional, resultado prático favorável, obtível pela técnica condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva – alcançada em nosso sistema, em regra, após o trânsito em julgado da sentença.

Exatamente porque a tutela cautelar é sempre dependente de um processo principal, por ter como escopo o atendimento ao processo e não ao direito material, não possui o poder de “satisfazer o autor ou exaurir a sua (a do autor) procura pelo Poder Judiciário.”<sup>432</sup>

Com isto, obtém-se a tutela antecipada inibitória por via de tutela cautelar inominada, mas se obriga a dar continuidade ao processo principal, mesmo que o objeto perseguido lhe tenha sido concedido.

A respeito deste “processo principal” é de se anotar que na Itália, por não ser aceita a “tutela cautelar satisfativa”, mesmo ponto controvertido que havia no Brasil, ora superado pelas tutelas específicas, o ordenamento jurídico de lá passou a trazer, como ação principal da “tutela cautelar inibitória”, a ação declaratória, passando a assumir “caráter genuinamente inibitório”.<sup>433</sup> Fatores resultantes da inadmissão das *astreintes*, como também da ausência de conhecimento, e do reconhecimento da tutela mandamental no ordenamento jurídico italiano.

---

<sup>431</sup> JORGE; DIDIER JR.; RODRIGUES, 2003, p. 7.

<sup>432</sup> MARINONI, op. cit., p. 233.

<sup>433</sup> “A partir de determinado momento o art. 700 do CPC italiano – fundamento da tutela cautelar atípica – tornou-se também a raiz da tutela inibitória sumária atípica que, muito embora satisfativa de uma pretensão de direito material, passou a ser seguida de uma ação meramente declaratória, apenas para o juízo sumário poder ser transformado em juízo definitivo”. (Ibid., p.195).

No Brasil, entretanto, não há motivo para confusão entre a tutela inibitória e a tutela cautelar, porque enquanto a tutela antecipada inibitória visa “impedir a prática do ilícito”, a tutela cautelar “visa garantir a efetividade da tutela (final) que se destina a reparar um direito que já foi violado.”<sup>434</sup>

Pode-se identificar as duas situações no exemplo abaixo onde, numa situação entre particulares, um clube social queira impedir o ingresso do sócio ou do filho deste em suas dependências, subtraindo-lhe o título, com fundamento no estatuto do clube que prevê a exclusão do sócio em caso de haver mais de três mensalidades em atraso.

Suponha que seja início de férias de verão e o filho menor esteja, então proibido de freqüentar o clube. Antes do advento da tutela antecipada, cabia ao autor da demanda pugnar pela tutela cautelar inominada, invocando o art. 5º, incisos XXXV [“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”] e LIV [“Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”].

Não obstante, após o advento da tutela antecipada, pode o mesmo pedido ser efetivado [inclusive, com base na mesma fundamentação constitucional], bastando invocá-la no mesmo processo principal, visando a tutela cognitiva inibitória, para ver garantido o direito do filho, de freqüentar o clube supramencionado, porque aquele verão não retorna.

Por isso, a tutela antecipada se fará presente no intuito de evitar lesão a direito de freqüentar o clube, enquanto se discute em juízo, em processo inibitório de cognição exauriente, a legitimidade do estatuto que prevê, unilateralmente, a cassação do sócio, por ausência de pagamento de mensalidade.

---

<sup>434</sup> MARINONI, 1998, p. 233.

### 8.13.1 Tutela Inibitória e Tutela Inibitória Antecipada

Mais precisamente no que concerne à diferenciação entre tutela inibitória e tutela inibitória antecipada, é de se ver que ambos os institutos são absolutamente inconfundíveis, embora se autorize a utilização dos dois procedimentos simultaneamente, porque sendo a tutela inibitória voltada para o futuro, não serão raras as vezes em que haverá necessidade de invocar a tutela inibitória antecipatória para que se garanta a efetividade da tutela cognitiva, ou seja, sempre que houver relevante fundamento e justificado receio de ineficácia do provimento final, a tutela inibitória deverá ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

A tutela inibitória antecipada encontra-se instalada no § 3º. do art. 461 do CPC, nos seguintes 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.”

Trata-se, como se pode ver, de tutela inibitória, quando se busca a tutela final, e de tutela inibitória antecipada, quando se quer antecipar seus efeitos, através de uma cognição sumária.

Flávio Cheim Jorge; Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues tratam da diferenciação entre tutela final e tutela antecipada da seguinte forma:

A distinção entre provimentos antecipatório e final, como é intuitivo, não diz respeito ao conteúdo que encerram, pois aquele visa exatamente antecipar efeitos somente obtidos após este; o provimento antecipatório, portanto, abrevia o tempo para a obtenção de efeitos materiais inicialmente alcançáveis apenas com o provimento final – sentença ou acórdão. Aquele será fundado, no

mais das vezes, em cognição sumária; este, em exauriente, conforme célebre distinção de Kazuo Watanabe. Tutela final é aquilo que se pretende do Poder Judiciário – tutela jurisdicional, resultado prático favorável, obtenível pela técnica condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva -, alcançada em nosso sistema, em regra, após o trânsito em julgado da sentença. Tutela antecipatória é aquela que concede à parte o resultado prático que ele procura obter da tutela final, antes do momento inicialmente projetado para tanto<sup>435</sup>.

Da tutela antecipada, propriamente dita, tanto daquela estabelecida no artigo 273, quanto da estatuída no § 3º. do art. 461, já se tratou nos itens 4 e 6, onde se pôde perceber que, demonstrado o *fumus boni iuris*, ou seja, a probabilidade do ilícito, como também o “justificado receio de ineficácia do provimento final”, ela deve ser concedida.

Tratar-se-á, outrossim, no item 7.20.2 e seguintes, da questão atinente à relativização do procedimento de execução, demonstrando-se ter ficado relegado a um momento da história, o princípio da *nulla executio sine titulo*, porque a distância entre execução e cognição ficou estreita, dando azo à execução indireta relegando a forma do instituto da execução a casos cada vez mais específicos ao procedimento executivo.

Volta-se rapidamente ao assunto, porque diretamente relacionado com a tutela inibitória antecipada.

Conforme já salientado antes, mais do que qualquer identificação com a tutela cautelar, a tutela inibitória antecipada possui, sim, identidade, com a tutela jurisdicional executiva.

A situação era nebulosa dada a tradição na doutrina de que a tutela de execução seria corolário lógico da tutela cognitiva, induzindo a que só a sentença trânsita em julgado no processo de cognição daria azo à efetivação da execução,

---

<sup>435</sup> JORGE; DIDIER JR.; RODRIGUES, 2003, p. 7.

porque não se pode afirmar que a execução provisória leve a cabo a antecipação dos efeitos da sentença. Primeiramente porque o art. 587 é taxativo quando determina que ela só se dará “quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”, levando à insofismável conclusão de que antes da sentença não se cogita em execução provisória. Em segundo lugar e, sem esgotar o rol de dificuldades, far-se-á em autos apartados ou por carta de sentença, dado que o processo seguirá para o Tribunal respectivo, com a demora inerente ao sistema.

Desde Chiovenda há uma preocupação acerca da ineficiência da execução provisória. Luiz Guilherme Marinoni a deduz da seguinte forma:

Chiovenda, nas suas *Instituições*, mostra-se preocupado com a execução provisória da sentença, mais precisamente com a possibilidade de execução da sentença na pendência do recurso interposto contra a decisão do Tribunal que julgou a apelação. Esta seria, segundo o grande mestre italiano, uma das hipóteses em que ‘pode ocorrer a figura duma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade’. Para Chiovenda, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade conduziria a uma figura ‘anormal’, ou a uma ‘ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica’.<sup>436</sup>

Esta preocupação de Chiovenda, entre outras, envolvendo a execução provisória tem procedência. Não se pode afirmar que a probabilidade de risco de modificação da sentença procedente esteja mais explícita numa decisão final ou numa decisão interlocutória que decide pela concessão da tutela inibitória antecipada, porque, enquanto a primeira se baseia em cognição exauriente, a segunda, salvo exceção, tem espeque em cognição sumária, ainda que os requisitos exigidos para a concessão de uma tutela antecipada sejam extremamente rigorosos.

No entanto, as preocupações seguem outro horizonte, porque trata-se de institutos os quais, muito embora mantenham certa identidade no que toca a

seu fim, possuem requisitos extremamente diferentes, inclusive quanto ao momento, lembrando-se que a execução provisória exige uma decisão final anterior, e para a concessão da tutela inibitória antecipada basta uma decisão interlocutória, dependendo da urgência do caso.

Em interpretação ao caso em comento, no que se refere à necessidade de uma decisão para que se dê início a uma execução (provisória ou definitiva), Luiz Guilherme Marinoni afirma:

Não nos interessa, entretanto, neste momento, descobrir a razão pela qual a sentença condenatória abre as portas da execução forçada, mas sim o fato de que a execução forçada sempre foi correlacionada com a declaração da existência do direito do credor.<sup>437</sup>

No que tange, ainda, à necessidade de uma declaração do direito, anterior à execução, Liebman, em seu ensaio *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, em época em que a “doutrina clássica admitia as chamadas ‘declarações com predominante função executiva’<sup>438</sup>, já indicava momentos em que a execução poderia ser efetivada:

É certo que a doutrina clássica admitia as chamadas ‘declarações com predominante função executiva’, onde estava inserida a executividade *ope legis* da sentença. É importante não esquecer, com efeito, que Liebman, no seu conhecido e já distante ensaio *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, havia advertido para as hipóteses em que o efeito característico da condenação pode ser produzido sem a (ou antes da) obtenção da ‘*piena certezza di quella che può considerarsi la causa sostanziale dell’esecuzione*’: ‘*Se è vero che normalmente l’applicazione della sanzione presuppone l’accertamento di un diritto ad una prestazione rimasto inadempito,*

---

<sup>436</sup> MARINONI, 1998, p. 144.

<sup>437</sup> MARINONI, 1998, p. 144. O autor acrescenta: “A necessária precedência da sentença condenatória em relação à execução resulta da suposição de que a cognição, ou o conhecimento da existência do direito afirmado pelo credor, deve anteceder a execução. Isto porque a execução não poderia se dar sem a declaração da existência do direito do credor, ou seja, sem a verificação de que tal direito realmente existe. Note-se que Liebman deixa claro que uma das finalidades da tutela condenatória é ‘proporcionar a evidência de um direito existente e não satisfeito.’” (Ibid.)

<sup>438</sup> Ibid.

*è anche vero peraltro che questo accertamento à un presupposto político, ma non giuridico, e che il nesso tra i due atti, reciprocamente autonomi, può venir meno quando la lege, por esigenze pratiche ben note, vuole anticipare l'effetto esecutivo senza attendere il raggiungimento della piena certezza di quella che può considerarsi la causa sostanziale dell'esecuzione, ed è quindi indotta a contentarsi di um determinato grado di probabilità della sua sussistenza. Così, e solo così, si spiegano quelle figure di provvedimenti che la dottrina chiama accertamenti com prevalente funzione esecutiva, nei quali l'effetto caratteristico della condanna si produce senza o prima che sai raggiunto l'accertamento'*<sup>439</sup>

Em conclusão à idéia de Liebman, Luiz Guilherme Marinoni diz:

As 'declarações com predominante função executiva', porém, sempre constituíram exceções à busca da 'piena certezza di quella che può considerarsi la causa sostanziale dell'esecuzione' Basta lembrar que chiovenda, justamente o processualista que criou esta categoria, ao tratar do tema nas suas *Instituições*, deu o seguinte título ao primeiro item da seção dedicada à sua análise: 'Executoriedade e definitividade da sentença condenatória em geral. *Ação executória anormal.*' A qualificação 'anormal' é bastante forte para evidenciar que a doutrina tradicional jamais pensou em transigir com a ideologia da busca da verdade.<sup>440</sup>

Vale lembrar mais uma vez que a preocupação da doutrina clássica era com a segurança jurídica, deixando para segundo plano, a efetividade da tutela.

Porém, com a tutela inibitória antecipada não se vislumbra referido equívoco, uma vez que os mecanismos jurídicos advindos com a modernização do processo encontram-se à disposição para os casos em que houver risco de predominar a segurança jurídica em detrimento da integralidade do direito.

---

<sup>439</sup> Ibid., p. 144-145.

<sup>440</sup> MARINONI, 1998, p. 145.

## 8.14 A JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA

O raciocínio anterior leva a induzir à ocasião oportuna para a concessão da tutela inibitória antecipada. Esta ocasião se dará sempre que houver receio de ameaça de lesão a direito, antes da decisão final na tutela inibitória de cognição. Há grande viabilidade, outrossim, de sua concessão se dar antes da oitiva do réu, em casos que possam retardar a concessão, além do que seu prévio conhecimento pelo réu muitas vezes pode obstar seu cumprimento. Luiz Guilherme Marinoni especifica:

É preciso perceber, na linha do que inclusive já decidiu a Corte Constitucional italiana, que a tutela de urgência constitui um componente essencial e ineliminável da tutela jurisdicional, nos limites em que é necessária para neutralizar um perigo de dano irreparável.<sup>441</sup>

Caberá, então, ao julgador a árdua tarefa de analisar o momento ideal de sua concessão, ou seja, se liminarmente, se após a justificação prévia com a presença do réu, ou mesmo se após a contestação, uma vez que sua concessão vai depender especialmente da verossimilhança dos fatos alegados e da averiguação acerca da real necessidade do provimento.

Explica Eduardo Talamini:

A audiência de justificação tem por finalidade conceder ao autor que requereu a antecipação de tutela a oportunidade de demonstrar o risco de danos e(ou) a plausibilidade do direito afirmado, nos casos em que o juiz não reputou viável, desde logo a concessão ou o indeferimento da medida. É sessão presidida pelo juiz, em que se produzem provas orais, para fins de *cognição sumária*. Oralidade, imediação, concentração e sumariedade material são seus principais atributos. Sua finalidade exige que sua designação se dê sempre na data mais próxima possível.<sup>442</sup>

---

<sup>441</sup> Ibid., p. 152. Em sua digressão acerca do assunto, o autor fala: “Proto Pisani, aliás, discorrendo sobre a tutela dos direitos não patrimoniais, afirma que a Corte Constitucional, através desta decisão, conferiu relevância constitucional ao princípio chiovendiano de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão.” (Ibid.).

<sup>442</sup> TALAMINI, 2003, p. 406.

É sabido, então, que ao órgão jurisdicional é permitido diferir a oitiva do réu,<sup>443</sup> não implicando, entretanto, em afronta ao princípio do contraditório, visto que, em havendo necessidade para não frustrar a medida, estar-se-á tão somente procedendo a um adiamento de sua oitiva, no intuito da efetivação da prestação jurisdicional, e, pelo óbvio o contraditório se formará no decorrer da demanda, sendo viável, inclusive, a revogação da medida em casos em que, estabelecido o contraditório, o juízo se convença de eventual equívoco quando da concessão da tutela.

Acerca deste assunto, Joel Dias Figueira Júnior afirma o seguinte:

[...] o legislador estabeleceu requisitos diversos para as diferentes formas de tutelas antecipatórias; enquanto no art. 461, § 3º. do CPC, contentou-se com a *relevância do fundamento da demanda somado ao justificado receio de ineficácia do provimento final*, no art. 273, *caput*, exigiu a demonstração de *prova inequívoca para formar no magistrado um juízo de verossimilhança*. Por isso, nesse último regime de antecipação de tutela (genérica), em princípio, não se faz mister a realização de audiência de justificação prévia, enquanto no anterior (tutela específica) talvez afigure-se necessária, em razão das particularidades do caso em concreto.<sup>444</sup>

Luiz Guilherme Marinoni descreve que o *Bundesverfassungsgericht* alemão, ainda que admita a “tese da efetiva proteção de direitos que correm risco de serem lesados pode exigir a concessão da tutela sem um completo esclarecimento da matéria de fato”, demonstra apreensão atinente ao risco de invasão da esfera jurídica do réu, quando da ausência de sua oitiva em justificação prévia, sendo, pois,

---

<sup>443</sup> MARINONI, 1998, p. 153. Acerca desta possibilidade, o autor assim deduz: “Não teria sentido conclusão diversa, uma vez que o Estado, ao conceber a tutela antecipatória, conferiu ao cidadão uma via destinada a permitir a efetiva tutela do direito que ainda não teve condições de ser evidenciado, sem se importar com o momento em que a necessidade de tutela pode surgir, até porque seria ilógico pensar-se que o autor só tem direito à adequada tutela jurisdicional após o réu ter sido ouvido. Além disso, a boa doutrina, ao analisar a questão da tutela *inaudita altera parte* em face do princípio constitucional do contraditório, tem entendido que o contraditório pode ser diferido quando não há outra forma de se tutelar de forma efetiva o direito do autor.” (Ibid., p.152).

<sup>444</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, 2002, p. 115-116.

contrário à derrogação do princípio geral de audiência prévia, com exceção de casos em que resulte indispensável a dispensa de sua oitiva, para a concretização da tutela. O mesmo pensamento vige na Corte Constitucional italiana, a qual, declarando não haver legitimidade constitucional “do art. 2.450, terceira parte, do CC”, teria afirmado que “a tutela *inaudita altera parte*” ali prevista, “possui caráter interinal e, assim, não retira do interessado a possibilidade de fazer instaurar um juízo ordinário, com a garantia de um contraditório amplo”<sup>445</sup>

É de se ver, portanto, que tão somente o princípio da efetividade da tutela jurisdicional justifica a invasão na esfera jurídica do réu, obrigando a concessão da tutela, em determinados casos, derogando o princípio geral da audiência prévia, a título de exceção, para ver garantido o direito de quem tem razão.

A justificação prévia, outrossim, não deve ser descartada, porque há de servir para aqueles casos em que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não tenham tido força o suficiente para convencer o juiz em seu sumário conhecimento. Nesse caso, eventuais provas apresentadas em referida audiência, podem reforçar e esclarecer o pedido, e resultando, então, que este possa ser atendido, porque não se trata de privilégio do art. 461.

Egas Dirceu Moniz de Aragão diz o seguinte a respeito da justificação prévia:

[..] embora prevista apenas para situações disciplinadas no art. 461, bem pode ser aplicada também aos casos submetidos ao disposto do art. 273. Trata-se de natural corolário de velhas regras de hermenêutica, relacionadas à interpretação analógica ou à meramente extensiva ou construtiva. Além disso, para atingir os fins previstos na lei reputam-se naturalmente concedidos os meios a tanto necessários. Se o intuito da lei fosse o de limitar o emprego da justificação apenas aos fatos previstos no art. 461, por certo teria

---

<sup>445</sup> MARINONI, 1998, p 153-154.

feito esse esclarecimento para os casos regulados no art.273 (diria, por exemplo: 'desde que existindo prova documental inequívoca, se convença da verossimilhança'). Como não o fez, estima-se possível realizar justificação prévia também nas hipóteses relacionadas no art. 273.<sup>446</sup>

Por certo que a justificação prévia não se subsume aos arts. 461 e 461-A estendendo-se também ao art. 273, não importando a ausência de previsão expressa neste último.

Além da questão atinente à interpretação analógica referida por Egas Dirceu Moniz de Aragão, acrescente-se o fato de que vigora, em paralelo, o princípio da livre apreciação da prova pelo juiz estabelecido no art. 131<sup>447</sup> do Código de Processo Civil, especialmente em razão da espécie de tutela a ser concedida.

No que concerne à motivação de seu convencimento, a qual que deverá ser obrigatoriamente referida na sentença, dúvida não há de que não terá o julgador dificuldade para relacioná-la, porque a tutela antecipatória, seja a dos arts. 461, 461-A seja a do art. 273, é instrumento hábil a proteger o direito do autor, necessitando que ao julgador sejam dados os instrumentos necessários à sua realização, com a maior segurança possível, porquanto ela já foi objeto de comentário deste estudo. Do *outro lado da moeda* existe o direito, também constitucional de defesa do réu, como também o direito de sofrer o menor prejuízo possível, quando em situação de submissão ao direito do autor.

Entendendo, então, o juiz haver necessidade da justificação prévia para o justo equilíbrio das partes, deverá, sem sombra de dúvida, aplicar referido instituto, sem medo de errar.

---

<sup>446</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia*. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 241-242.

<sup>447</sup> Art. 131. "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

## 8.15 O PRINCÍPIO DA PROBABILIDADE

Viu-se até então que, em havendo probabilidade da prática de um ilícito pelo réu, independente do dano, a tutela inibitória antecipada, de forma liminar ou através da justificação prévia, deve ser concedida.

Por outro lado, sabe-se que haverá necessidade de utilização das regras de hermenêutica quando o juiz tenha que decidir através da interpretação analógica, extensiva ou conclusiva, apoiando-se em textos legais contidos no Código de Processo Civil, e em outros institutos.<sup>448</sup>

Admitindo-se esta regra no caso presente pode ser encontrado um obstáculo na concessão da tutela inibitória antecipada, quando se depara com o disposto no § 2º do art. 273, diz que: “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, embora o art. 461 seja silente a este respeito.

O § 2º do art. 273 descarta a possibilidade da concessão da tutela, inclusive a inibitória antecipada, caso haja probabilidade de “causar um dano irreversível ao réu.”<sup>449</sup>

José Eduardo Carreira Alvim situa a probabilidade na “zona entre a mera possibilidade e a certeza,<sup>450</sup> afirmando:

No juízo de deliberação que desenvolve, ao sopesar os argumentos das partes – onde residem os “prós” e os “contras” da pretensão – estará o juiz adentrando os domínios da verossimilhança quando sentir que o seu raciocínio está pendendo pela supremacia dos

---

<sup>448</sup> MONIZ DE ARAGÃO, op. cit., p. 241-242.

<sup>449</sup> MARINONI, 1998, p.156.

<sup>450</sup> ALVIM, J. E. C., 1997, p. 135.

motivos favoráveis sobre os desfavoráveis. Na teoria de *Malatesta*, estará no primeiro grau de probabilidade (verossimilhança), que poderá progredir para o provável (às secas) e alcançar o probabilíssimo. A grande dificuldade enfrentada pelo juiz está na formulação desse juízo *inaudita altera parte*, pois se conhece os motivos do autor (pela inicial), apenas intui os motivos do réu (não citado), e qualquer falha nessa intuição pode revelar um fundamento disforme da realidade.<sup>451</sup>

Diante do princípio da probabilidade, então, pode-se admitir que eventual prejuízo irreversível ao réu pode constituir um óbice à concessão da tutela inibitória antecipada. Luiz Guilherme Marinoni discorda deste pensamento, aduzindo o seguinte:

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.<sup>452</sup>

O autor afirma que o “princípio da probabilidade consagra a própria lógica da tutela antecipatória contra o *periculum in mora*”, sugerindo que na “tutela antecipatória fundada em *periculum in mora* estará sempre em jogo um direito provável que pode ser lesado.”<sup>453</sup>

José Eduardo Carreira Alvim substitui os termos *periculum in mora* e *fumus boni iuris* por relevância do fundamento e receio de ineficácia e qualifica de “*subjetiva*” a probabilidade com base na idéia de que é referida a um conjunto, dependente de “conhecimentos pessoais ou do fim a que se propõe na sua determinação”. No entanto, afirma que após fixado o conjunto, ela passa a ser

---

<sup>451</sup> Ibid., p. 135-136.

<sup>452</sup> MARINONI, 1998, p.157.

<sup>453</sup> MARINONI, 1998.

“*objetiva*”, “enquanto se infere da freqüência do evento univocamente determinada.”<sup>454</sup>

Conclui-se que exatamente em virtude do “aspecto subjetivo da relevância, o que é relevante para um juiz pode não ser para outro e que a “probabilidade não é própria da *relevância* ou o próprio *receio*, senão um juízo de valor capaz de revelar a sua existência (ou inexistência) no caso concreto.”

Uma idéia é aquela segundo a qual o perigo do ilícito deve prevalecer sobre eventual risco de dano ao réu, pelo fato de que o direito do autor não pode ser quantitativa ou qualitativamente inferior à eventual probabilidade de dano irreversível ao réu. Outra, de forma contrária, é aquela segunda a qual na equalização do princípio da proporcionalidade, deve-se ater ao fato de que a invasão da esfera jurídica do réu é protegida por vários princípios, inclusive constitucionais, e, portanto, que caso haja probabilidade de a irreversibilidade da tutela concedida ocasionar dano ao réu, deve-se manter a situação de forma favorável a ele.

É de se ver, portanto, que de um lado tem-se o autor que necessita de uma tutela de urgência, e, de outro lado, o réu, que tem direito de se ver protegido em sua integridade, bem como seus bens e, portanto, caberá ao juiz equacionar os “valores” em jogo e suas eventuais conseqüências, para decidir de conformidade mais próxima possível às boas regras inseridas no ordenamento.

Ainda que dilemas desta ordem convivam com o Direito, não se pode perder de vista o avanço trazido pelas tutelas antecipadas, como também, e especialmente, no que tange à inibição do ilícito antecipadamente, em ação de cognição exauriente.

---

<sup>454</sup> ALVIM, J. E. C., 1997, p. 134.

## 8.16 A FUNGIBILIDADE DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA

Do mesmo modo que o juiz não fica adstrito ao pedido da tutela inibitória final, como visto anteriormente, no concernente aos meios de impedir ou remover o ilícito, não há vinculação, pelo juiz, ao pedido da tutela inibitória antecipada, “podendo conceder tutela diversa da solicitada, quando mais adequada, em vista do princípio da efetividade ou do princípio da necessidade, à situação concreta posta nos autos.”<sup>455</sup> O mesmo fundamento encontrado para a fungibilidade da própria tutela inibitória final se dá para embasar a fungibilidade da tutela inibitória antecipada, conforme admite Luiz Guilherme Marinoni:

O autor pode pedir uma tutela inibitória antecipada que não tenha o mesmo conteúdo da tutela 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 guarde 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.<sup>456</sup>

Observe-se, pois, que, assim como ocorre com a tutela inibitória final, o objetivo é inibir o ilícito. A forma com que vai ser executada a ação própria para tanto, vai ser definida pelo juiz, atendendo sempre ao “equilíbrio” entre o direito do autor e o direito do réu [lembrando que este último deve sofrer o menor prejuízo possível], resultando na “justa medida”.

---

<sup>455</sup> MARINONI, 1998, p. 159.

<sup>456</sup> Ibid.

### 8.17 MODIFICAÇÃO E REVOGAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA

No início do presente trabalho foram apontadas posições que dizem respeito ao Direito, à Moral e à Justiça, no item 1, onde se pôde perceber as divergências entre os estudiosos trazidas por Ronald Dworkin,<sup>457</sup> pelo fato de alguns entenderem que a divergência acerca do Direito seria sobre as questões de “fato” e outros que se trataria de questões de “direito”. Referiu-se, outrossim, à posição de doutrinadores que entendem pela inexistência de “soluções exatas” no âmbito do Direito, mas tão somente um elenco de “soluções corretas”,<sup>458</sup> como também que o Direito não seria exatamente uma “ciência”, mas “prudência”.<sup>459</sup>

Pois é de se anotar que o julgador forma seu juízo na apreciação da solução mais “correta” para o caso posto, especialmente quando decide pela concessão e ou pela revogação da tutela concedida. Eduardo Talamini afirma:

[...] para que o sistema jurídico possa operar – inclusive no que concerne à efetivação da isonomia, do controle dos atos estatais, da inafastabilidade da tutela, da segurança e certeza jurídicas –, há de se pressupor que, idealmente, há uma única solução correta.<sup>460</sup>

Eros Roberto Grau fala de um “juízo de legalidade” utilizado pelo juiz quando da aplicação de “conceitos indeterminados”<sup>461</sup> Eduardo Talamini, por sua vez, na esteira do pensamento de Eros Roberto Grau, entende que, na “revogabilidade dos provimentos emitidos no exercício de ‘poder genérico’” pelo juiz não incide a discricionariedade, nem juízo de oportunidade ou de conveniência, afirmando o seguinte:

---

<sup>457</sup> Ver nota 12.

<sup>458</sup> Ver nota 39.

<sup>459</sup> Ver nota 40.

<sup>460</sup> TALAMINI, 2003, p. 397.

<sup>461</sup> GRAU, 1995 apud TALAMINI, 2003, p. 397.

O reconhecimento da ausência de discricionariedade nas hipóteses em exame é também relevante para a definição do grau de estabilidade dos atos judiciais nesses casos. Como não se trata de provimentos emitidos mediante mero juízo de oportunidade e conveniência, tampouco é atividade discricionária sua revogação ou alteração pelo órgão que os emitiu. Dependerá, sempre, da superveniência de elementos novos, que justifiquem a modificação do ato originário. Exceto nas hipóteses legalmente autorizadas de retratação (art. 471, II; ex: arts. 523, § 2º, e 529), obsta-se a pura e simples revisão pessoal de entendimento pelo juiz, quando não amparada em aspectos novos dentro do processo.<sup>462</sup>

Pensa o autor que o juiz, quando da revogabilidade de uma medida, não analisa os fatos anteriores, optando pela oportunidade e conveniência, mas, sim, atua diante de novos “fatos”, novos “dados probatórios”, não incidindo, assim, atividade discricionária do juiz.

Veja-se que por isso faz parte do texto legal a ordem de que a decisão da modificação ou revogação da medida liminar deva ser fundamentada, embora autorizada a revogação ou modificação a qualquer tempo. É o que diz o § 3º do art. 461; “a medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

Luiz Guilherme Marinoni afirma:

O que importa, neste momento, não é saber se a tutela inibitória antecipada pode ser modificada ou revogada em razão da interposição de agravo de instrumento; nesse caso não há dúvida alguma sobre a possibilidade de modificação ou de revogação da tutela.<sup>463</sup>

Não se nega, por outro lado, a natureza provisória da tutela antecipada. Por conta das idéias acima demonstradas, ela só prevalecerá enquanto novos fatos probatórios não autorizarem sua revogação ou modificação, atentando-

---

<sup>462</sup> TALAMINI, 2003, p. 398.

<sup>463</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. op. cit. p. 160.

se sempre aos princípios da efetividade da tutela jurisdicional, como também da menor onerosidade, economia etc.

Luiz Guilherme Marinoni alerta:

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 a 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.<sup>464</sup>

Se a justificação que permitiu ao juiz a concessão da tutela não o convence mais após cognição própria, não há que ser mantida ou manter inalterada, inclusive, repise-se, em razão de seu caráter provisório.<sup>465</sup>

#### **8.18 A EFICÁCIA DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA NA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA**

Outra discussão relevante diz da questão atinente à manutenção ou não da eficácia da tutela inibitória antecipada, no caso de improcedência do pedido. É que a doutrina, embora em sua maioria seja assente no que se refere à necessidade da manutenção da medida, enquanto pendente de julgamento o processo, em casos em que o risco de sua insubsistência decretada pelo juiz faça perecer o eventual direito da parte que recorreu, outra parte da doutrina não a admite ou a admite em casos em que o juiz o faça expressamente.

Luiz Guilherme Marinoni justifica que cabe ao juiz perceber a necessidade de sua manutenção, ainda que declare a improcedência do pedido final,

---

<sup>464</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. op. cit., p. 161.

<sup>465</sup> Ibid. O autor complementa que: "Assim, por exemplo, se o juiz verificar, em virtude de prova trazida nos autos com a contestação, que a tutela inibitória antecipada não deveria ter sido

pois, do contrário, poderia o juiz estar obrigando a uma “conversão” do provimento para tutela ressarcitória, ante a efetivação do dano em razão da declaração de ineficácia da tutela inibitória antecipada, e afirma o seguinte:

É certo que, em princípio, o julgamento de improcedência deve implicar o desaparecimento da tutela antecipatória, já que a afirmação de que o direito não existe é suficiente para descalçar a tutela antecipatória de um dos seus pressupostos fundamentais, que é exatamente o *fumus boni iuris*.<sup>466</sup>

Em apoio expresso à doutrina expendida por Luiz Guilherme Marinoni e, portanto, entendendo também pela manutenção da eficácia da liminar quando o caso o exigir, José Eduardo Carreira Alvim expressa seu pensamento da seguinte maneira: “A cessação dos efeitos do provimento antecipatório pode, em alguns casos, não provocar maiores traumas na vida do direito subjetivo material, mas noutros, pode aniquilá-lo; tudo depende das circunstâncias.”<sup>467</sup>

Ovídio Baptista da Silva também favorável à manutenção da eficácia da medida sempre que se afigurar viável e prudente, assim descreve:

Não se leva em consideração a circunstância de que a revogação prematura do provimento liminar, ou mesmo da medida cautelar concedida em sentença final cautelar, deixará o direito litigioso sem qualquer proteção assecurativa durante a tramitação dos recursos, em muitos casos extremamente demorada, de tal modo que a reforma da sentença, nos graus superiores de jurisdição, poderia deparar-se com uma situação de prejuízo irremediável ao direito somente agora reconhecido em grau de recurso. Para que situações desta espécie sejam evitadas, recomenda-se que o magistrado – sensível às circunstâncias especiais do caso concreto – disponha em sua sentença contrária à parte que obtivera a provisional, que esta medida liminar, não obstante a natureza do julgamento posterior divergente, conserve-se eficaz até o trânsito em julgado da sentença a ser proferida no juízo de recurso.<sup>468</sup>

---

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”

<sup>466</sup> MARINONI, 1998, p. 162.

<sup>467</sup> ALVIM, J. E. C., 1997, p. 204. O autor cita um fato experimentado pessoalmente na condição de juiz de 1º grau, no qual, em sede de mandado de segurança manteve a eficácia da liminar que garantia a um estudante a matrícula na universidade, embora tenha denegado o pedido, tendo o tribunal reformado a sentença com base no *fato consumado*.

<sup>468</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996. p. 124.

Eduardo Talamini, por sua vez, dissente desta corrente doutrinária, entendendo que é inadmissível manter a eficácia da tutela antecipada em caso de improcedência do pedido pelo juiz, fundamentando suas razões, entre outras, na idéia de que o próprio texto legal modificado pela Lei 10.352/2001, no inciso VII do CPC, teria sido mais uma exceção à regra geral do art. 520, porém, tão somente para os casos de confirmação da antecipação dos efeitos da sentença, admitindo sua manutenção até trânsito em julgado do recurso. Seguindo outro argumento, caberá ao tribunal competente para o julgamento do recurso “verificar a presença dos requisitos para a medida urgente – e não pela manutenção da tutela antecipada pelo juiz de primeiro grau, *que acabou de afirmar a ausência de um dos requisitos para tanto.*”<sup>469</sup>

À corrente doutrinária que se mostra refratária à manutenção e execução da medida, enquanto pendente de recurso, Luiz Guilherme Marinoni faz a seguinte crítica:

O que é curioso, porém, é que a mesma doutrina que não admite, em homenagem à defesa do réu, a execução imediata e completa da tutela antecipatória supõe ser ilógico manter-se a tutela sumária no caso de sentença de improcedência. Ninguém parece perceber que o desaparecimento da tutela que ampara o autor que teme sofrer iminente lesão pode tornar absolutamente inútil o julgamento de segundo grau. Ou seja, a doutrina não consegue enxergar que, se a execução imediata da tutela antecipatória pode, em alguns casos, não ter justificativa, também a revogação da tutela sumária, em determinadas hipóteses pode não ser a melhor solução.<sup>470</sup>

---

<sup>469</sup> TALAMINI, 2003, p. 362-363.

<sup>470</sup> MARINONI, 1998, p. 162. O autor acrescenta: Note-se que a afirmação de que o direito não existe não é inconciliável com a necessidade de manutenção da tutela. A declaração de que o direito não existe, no caso de tutela inibitória, não elimina a possibilidade de lesão iminente e, dessa forma, a completa frustração do escopo da própria tutela. Como a doutrina não trabalha com a lógica da tutela inibitória e, porque não se dizer, com a lógica da tutela dos direitos não patrimoniais, é natural que ela não perceba que é fundamental, em se tratando de tutela inibitória, a prevenção. Ora, se a sentença revoga a tutela inibitória antecipada, ela abre oportunidade para a lesão e, assim, retira qualquer chance de efetividade da tutela inibitória, restando verdadeiramente inútil o julgamento do tribunal. (Ibid., p. 163).

Por certo que enquanto pendente de recurso, a sentença que negou o direito do autor não deve necessariamente, implicar em reconhecimento da ineficácia da tutela inibitória antecipada, já que, caso o tribunal reforme a sentença de 1º. grau, o ilícito que se temia pode ter sido configurado no tempo que intermediou a sentença do juiz e a decisão do tribunal, restando ao autor a tutela ressarcitória. Portanto, diante da espécie e a conseqüente importância do direito tutelado, principalmente em se tratando de direitos não patrimoniais, cabe ao juiz equacionar da necessidade de manter íntegra a tutela inibitória antecipada, enquanto pendente de julgamento.

Em síntese, a manutenção da eficácia da tutela inibitória antecipada quando da declaração de improcedência do pedido, de regra, não pode ser descartada, pois pode-se levar o demandante ao risco de ter que se ver com o instituto do ressarcimento, caso a previsibilidade de reforma da sentença se confirme.

#### **8.19 TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA NAS AÇÕES DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA**

Questão que cerca a dificuldade criada pelo órgão julgador é aquela que alude à possibilidade de concessão de tutela antecipatória nas ações declaratórias. Inclua-se no rol de dificuldades a antecipação da tutela inibitória antecipada nesta espécie de ação, como também nas ações constitutivas.

O argumento do órgão julgador diz que não se pode antecipar uma declaração [nos casos de tutela declaratória] ou uma constituição de determinado direito [nos casos de tutela constitutiva].

Não obstante, são os efeitos fáticos resultantes da sentença que se antecipam e não a declaração ou a constituição do direito, através da tutela sumária, como, por exemplo, quando o demandante pede pela não-inscrição de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito, quando discute a declaração de inexistência de débito.

Cândido Rangel Dinamarco não vê qualquer impedimento na concessão de tutela antecipada, seja qual for a espécie de ação e entende que o art. 461 do CPC deve ser interpretado em consonância com o art. 83 do CDC que admite todas as espécies de ações para a tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e de não fazer e afirma: “Falar em todas as espécies de ações significa incluir as espécies de tutela que se obtém no processo de conhecimento (constitutiva, condenatória ou meramente declaratória e também a tutela executiva e a cautelar.”<sup>471</sup>

Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar a dificuldade na admissão, pela doutrina e jurisprudência, da tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva e, na mesma linha de raciocínio de Cândido Rangel Dinamarco, destaca:

É preciso que fique claro, porém, que a questão da tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva não exige que se indague, necessariamente, a respeito da possibilidade da antecipação da declaração ou da constituição, ou sobre a viabilidade da tutela antecipatória apresentar-se, nestas ações, em termos de declaração ou constituição sumária.

Aliás, o que entra em jogo, em termos de tutela inibitória, é algo absolutamente mais simples, ou seja, a possibilidade de o juiz inibir a prática de uma conduta contrária à declaração ou à constituição que se persegue por meio de ação de conhecimento.<sup>472</sup>

---

<sup>471</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 154.

<sup>472</sup> MARINONI, 1998, p. 164-165.

É que a natureza da tutela inibitória concedida no curso das ações declaratória e constitutiva permanecerá preventiva, não tendo que entender qualquer caráter cautelar nesta decisão. Segundo o autor antes citado: “A tutela inibitória fundada em cognição sumária não é cautelar, pois esta última não se destina a prevenir o ilícito, mas sim a garantir a efetiva reparação do direito”.<sup>473</sup>

José Eduardo Carreira Alvim, ao tratar do assunto em comento, afirma, por outro lado, que não há qualquer impedimento ao juiz, em declarar *initio litis* a veracidade de um documento ou uma constituição de servidão, por exemplo, uma vez que tratar-se-á sempre de decisão provisória e destaca o seguinte: “[...] em princípio, qualquer que seja a natureza da ação, existe, em tese, a possibilidade de antecipação de tutela, de dar, ou de fazer ou não fazer, tudo dependendo do caso concreto.”<sup>474</sup>

Veja-se que a classificação das tutelas conforme o resultado que surte à parte resolve a questão, tornando mais fácil o entendimento acerca da concessão da tutela antecipada, seja inibitória, seja ressarcitória etc..., com base em sua cognição, ou seja, se sumária, vai se tratar sempre de tutela antecipada, em relação ao pedido principal coincidente com a espécie, se exauriente, estar-se-á

---

<sup>473</sup> Ibid., p. 165. O autor acrescenta: “A confusão que poderia ser feita entre a tutela inibitória (nas ações declaratória e constitutiva) e a tutela cautelar certamente decorreria do fato de que a doutrina clássica, ao tratar da tutela sumária urgente, não toma em consideração a qualidade dos seus efeitos, mas apenas a sua limitação no tempo, sugerindo que toda tutela sumária contra o *periculum in mora* é cautelar.” (Ibid., p. 165). [...] Diz ainda: “Não é mais possível, porém, classificar-se as tutelas com base em critérios que não respondam efetivamente às relações entre o processo e o direito material; as tutelas, sejam finais ou provisórias, devem ser classificadas de acordo com os resultados que proporcionam aos consumidores do serviço jurisdicional. Assim, por exemplo, se a tutela sumária tem conteúdo ressarcitório, ela é ressarcitória antecipada; da mesma forma, e por igual razão, se a tutela inibitória é concedida com base em cognição sumária, ela conserva a sua natureza, devendo ser classificada como inibitória antecipada. A tutela inibitória concedida no curso das ações declaratória e constitutiva não tem caráter cautelar; tem, isto sim, natureza nitidamente preventiva. Ora, não é porque a tutela inibitória pode ser concedida na ação declaratória ou na ação constitutiva que ela perderá sua natureza preventiva para se transformar em tutela cautelar.” [...] “As tutelas, sejam finais ou provisórias, devem ser classificadas de acordo com os resultados que proporcionam aos consumidores do serviço jurisdicional. Assim, por exemplo, se a tutela sumária tem conteúdo ressarcitório, ela é ressarcitória antecipada; da mesma forma, e por igual razão, se a tutela inibitória é

tratando da tutela final, confirmatória ou não da tutela antecipada, eventualmente concedida no início ou no decorrer da ação. Leva-se em conta, na concessão da tutela inibitória antecipada, o fato do direito alegado ter possibilidade de ser verdadeiro e se realizar na futura sentença final da ação de cognição exaustiva.

## **8.20 A EXECUÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA – MULTA**

O artigo 461 do CPC abre espaço em seu § 4º. para a imposição da multa em razão de eventual descumprimento da obrigação, positiva ou negativa. O § 2º. do artigo em comento expressa a viabilidade de cumulação entre a multa e eventuais perdas e danos, revolucionando o conceito da execução em sua forma típica.

É conhecido o fato de que a multa na tutela específica subsume-se a um mecanismo indutivo para exercer influência psicológica sobre o demandado, no intuito de fazer com que ele realize a conduta prescrita na ordem mandamental. Por este motivo, não possui caráter ressarcitório, tampouco compensatório ou mesmo indenizatório, podendo, tranqüilamente, ser cumulada com perdas e danos, conforme autoriza o § 2º. do art. 461.<sup>475</sup>

A viabilidade na cominação de multa na decisão interlocutória ou na sentença de mérito conferiu força auxiliar de grande relevância para a satisfação de

---

concedida com base em cognição sumária, ela conserva a sua natureza, devendo ser classificada como inibitória antecipada". (Ibid., p.165-166).

<sup>474</sup> ALVIM, 2003, p. 130-131.

<sup>475</sup> TALAMINI, 2002, p. 233.

ordem mandamental, não se admitindo a deferência pelo demandado. Ademais o desrespeito à ordem judicial fere a dignidade e o atributo de *imperium* do Estado.<sup>476</sup>

Observe-se que a questão que se refere à relativização do binômio conhecimento-execução, amplamente defendida por doutos doutrinadores não via suporte técnico em nosso ordenamento jurídico até então, pois o processo de execução do ordenamento brasileiro adotou a tradição dos sistemas de origem romano-germânica, ou seja, a execução direta.

Nota-se, outrossim, que antes da modificação do artigo 461, as obrigações de fazer e de não fazer tinham que, obrigatoriamente, se ater às modalidades consagradas nos artigos 632 a 645 do Código de Processo Civil, visto que imperava o princípio da tipicidade das formas,<sup>477</sup> onde não cabia qualquer elasticidade, ainda que fosse para aproximar, na dose certa, o direito material do processo, dada a tradição do sistema de origem romano-germânico adotado pelo nosso ordenamento.

### 8.20.1 A Execução Direta

Nos sistemas de origem romano-germânica as medidas de sub-rogação aplicadas pelo juiz na execução direta formam procedimentos estanques, diferenciados e autônomos entre si, onde são agrupadas de acordo com a natureza da prestação em razão do conteúdo, das obrigações de dar, de fazer e de não fazer.<sup>478</sup>

---

<sup>476</sup> CARPENA, 2003, p. 194.

<sup>477</sup> MARINONI, 1998, p.185.

<sup>478</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 25.

Por isso, formado o título judicial depois de proferida sentença condenatória, o direito refletido no título executivo é correlato a uma obrigação de dar quantia, entregar a coisa, fazer ou não fazer, que por sua vez corresponderia ao processo executivo por quantia certa, execução para a entrega de coisa e a execução de fazer e não fazer.<sup>479</sup>

Analisando a *causa petendi*, nos processos de execução, observa-se que a *causa petendi* próxima é o título executivo, que visa a individualização do pedido, porquanto o objeto da ação de execução é o direito que está estampado na cártula e a *causa petendi* remota subsume-se ao não-cumprimento da obrigação consubstanciada no título, autorizando, então, o aforamento da ação de execução, cuja alegação deve estar contida na petição inicial, como elemento incorporado na causa de pedir.<sup>480</sup>

Por isso no sistema processual de execução, o devedor não é citado para apresentar sua defesa, mas para adimplir a obrigação incorporada no título executivo. Do contrário sofrerá as conseqüências da constrição judicial de seu patrimônio, sem cogitar de sua aprovação ou não.<sup>481</sup>

É de notar que a execução em sentido *lato* tem início com o próprio adimplemento da obrigação, evolui para a efetivação do direito com a sentença constitutiva, alcançando os atos de pressão psicológica e de documentação e, por fim, encerra-se com a execução forçada. Entretanto, no sentido estrito e de técnica processual, somente a última hipótese é considerada execução.<sup>482</sup>

Esta execução forçada está prevista de forma abstrata na lei, que se amolda ao caso concreto quando há situação de resistência a cumprir alguma

---

<sup>479</sup> MARINONI, op. cit., p.185.

<sup>480</sup> PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. 2001, p. 93.

<sup>481</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada. Controle de admissibilidade*. 1998, 2. ed., p. 25.

<sup>482</sup> DINAMARCO, 2000, p. 103.

prestação pretendida por outros. Tal dispositivo abstrato resolve-se *prima facie*, mediante sujeição do devedor e seu patrimônio ao órgão jurisdicional. Portanto, preenchidos os requisitos reclamados pela lei, substituirá o devedor, independente de sua vontade, e efetivará o resultado que o direito material exigia, através de sentença constitutiva ou medidas de constrição judicial sobre seu patrimônio.<sup>483</sup>

### 8.20.2 A Tutela Inibitória e o Princípio da Tipicidade

Em nome da segurança jurídica, com o intuito de evitar eventuais “abusos” nas decisões dos juízes, como também em razão da propalada garantia da liberdade individual, o princípio da tipicidade das formas executivas era consagrado no Código de Processo Civil e garantia que somente por meio das modalidades executivas estabelecidas na lei era autorizada a invasão à esfera jurídica do demandado e, portanto, somente as formas de execução regradas no Livro II do Código de Processo Civil eram autorizadas, atingindo, inclusive as obrigações de fazer e não fazer, como também de entregar coisa, estabelecidas neste Livro II, tudo consoante se pôde observar no tópico imediatamente anterior, que trata da execução direta.

Em 1954, Carlo Furno justificou o pensamento clássico acerca da tipicidade das formas:

A impossibilidade de recorrer diretamente à via executiva e a necessidade conseqüente de obter um título executivo judicial através de um processo de conhecimento se explicam facilmente pela existência de uma situação jurídica substancial caracterizada pelo elemento de incerteza. Com base nesse segundo pressuposto, dada a necessidade de se eliminar a incerteza sobre a situação

---

483 DINAMARCO, 2000, p. 103

jurídica substancial, a ação não pode ser exercitada senão em via declaratória, a fim de que o antecedente lógico-jurídico da execução, que é a aptidão da ação para ser exercida *in executivis*, encontre sua base na declaração e sua realização na criação do título que condiciona a instauração da via executiva.<sup>484</sup>

A “segurança jurídica” era então, a justificativa para a necessidade da formação do título judicial antes de sua execução. Luiz Guilherme Marinoni destaca a ligação entre o princípio da tipicidade das formas e a necessidade de segurança jurídica.

Tal princípio, como é óbvio, tinha uma íntima relação com a necessidade de segurança jurídica, já que a necessária tipificação das modalidades executivas garante que a esfera jurídica do réu não será atingida senão através das formas executivas expressas na lei.<sup>485</sup>

Esta necessidade de segurança jurídica era priorizada, como já se disse, em detrimento da tempestividade e da efetividade do processo. Viu-se, porém, que aquelas formas de execução dispostas no Livro II do Código de Processo Civil não eram propícias a conceder efetivamente o direito, ao autor da ação, uma obrigação de fazer ou não fazer.

Entretanto, a tomada de consciência de que os procedimentos não podem ficar distantes do direito material, ou de que devem ser construídas tutelas jurisdicionais adequadas às diversas situações de direito substancial, obriga que seja abandonada a idéia de tipicidade das formas executivas.<sup>486</sup>

---

<sup>484</sup> FURNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. p. 190.

<sup>485</sup> MARINONI, 1998, p.185-186. Luiz Guilherme Marinoni alerta para o fato de que “a necessidade de se garantir a ‘liberdade individual’, está na base do princípio da tipicidade das formas executivas.” O autor cita Crisanto Mandrioli, referindo-se a ele como um dos maiores estudiosos da ‘esecuzione forzata in forma specifica’ na Itália, trazendo expressamente suas palavras: ‘il preciso riferimento alle forme previste dal código di procedura civile implica il riconoscimento della regola fondamentale dell’intangibilità della sfera di autonomia del debitore se non nei modi e com le forme tipicamente previste dalla legge processuale’. (Ibid.).

<sup>486</sup> Ibid., p.186-187. O autor traz o seguinte fato: “Para que o processo possa tutelar de forma adequada e efetiva as várias situações concretas, tornam-se imprescindíveis não só o procedimento, cognição e provimento adequados, mas também um amplo leque de modalidades executivas capaz de permitir ao juiz tornar efetiva a tutela jurisdicional nos vários casos que a ele são apresentados”

Porém, a idéia de que este princípio afastava cada vez mais o direito material do direito processual, os conceitos tiveram que ser revistos em nome da melhor efetividade da tutela jurisdicional, quebrando o dogma do princípio da *nulla executio sine titulo*.

Veja-se que o novo art. 461 do CPC deu amplitude de poderes conferidos ao juiz para a efetivação da tutela, acabando por relativizar o “princípio da tipicidade das formas executivas”<sup>487</sup>, levando em conta que, na tutela específica da obrigação de fazer e de não fazer, as ações de conhecimento e de execução se interagem, conferindo a tutela do direito nos próprios autos.

Esse princípio – antes da recente reforma do Código de Processo Civil – queria dizer que as formas de execução eram aquelas previstas e determinadas no Livro II do Código de Processo Civil, de modo que, tratando-se de execução de obrigação de fazer e de não fazer, não haveria como se fugir das modalidades expressamente consagradas entre os arts. 632 e 645 deste Código.<sup>488</sup>

A quebra ou a relativização deste princípio, especialmente no tocante à execução destas obrigações, se ainda restava qualquer dúvida quanto à necessidade ou não de instauração de ação de execução nas obrigações de fazer e não fazer ou de entregar coisa, foi dissipada com a nova redação dada ao art. 644 do CPC, pela Lei n.º 10.444, de 07.05.2002, onde “a sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo”.

---

[...]. “Tratando do princípio da concentração dos poderes de execução do juiz, Luiz Guilherme Marinoni assim define: “Hoje, na verdade, no caso de execução das obrigações de fazer e de não fazer, é exato falar-se em *princípio da concentração dos poderes de execução do juiz*. A tutela das obrigações de fazer e de não fazer é marcada por este princípio, pois o juiz, na fase executiva, tem a possibilidade de determinar as *medidas necessárias* para que seja obtida a tutela específica da obrigação ou de um resultado prático equivalente. (Ibid.).

<sup>487</sup> MARINONI, 1998, p. 185.

<sup>488</sup> Ibid.

É de se observar, portanto, que a necessidade de prestação efetiva da tutela induz à necessidade constante de releitura de valores. A maior aproximação entre o direito material e o direito processual, faz prevalecer esta necessidade, ainda que em detrimento da propagada “segurança jurídica”.

Tais considerações justificam a criação de mecanismos processuais a aproximarem o direito material do processo de maneira que realmente efetivem o direito no tempo certo. Por isso não se pode deixar de analisar as formas de execução indireta autorizadas pelo ordenamento jurídico atual.

### **8.20.3 A Execução Indireta**

Desde há muito, Pontes de Miranda já criticava a “dicotomia” ‘conhecimento-execução’, ao argumento de que “prende-se à época em que os processualistas não haviam classificado com rigor científico, as pretensões e ações.” Anota, outrossim, que esta diferença é de menor importância no “plano teórico e no plano prático.”<sup>489</sup>

Kazuo Watanabe, reverenciando a crítica feita por Pontes de Miranda, acrescenta que o “binômio ‘conhecimento-execução’” ainda persiste. Diz o autor que dois motivos existem para tanto: “De um lado temos o fio evolutivo e o encontro dos sistemas processuais. E de outro, a própria natureza das coisas e da atividade do juiz.”<sup>490</sup>

O autor cita Celso Neves que explica o aspecto referente à “própria natureza das coisas”, destacando as seguintes diferenças:

---

<sup>489</sup> WATANABE, 1987, p.26.

Não obstante a unificação europeia do processo executório, persistiria o binômio *conhecimento-execução*, por imperativo da própria natureza das coisas. Lá, opera o juízo; aqui, a realização prática de suas conseqüências. Lá, a lide – na terminologia carneluttiana – é de pretensão resistida; aqui, de pretensão insatisfeita. Lá, opera-se a certeza quanto à *res deducta*; aqui, realiza-se o interesse do litigante<sup>491</sup>.

De fato, as tutelas de execução previstas no Livro II do Código de Processo Civil nunca bastaram a satisfazer efetivamente o direito do autor, especialmente em tempo hábil, quando se trata de obrigações de fazer e de não fazer. A necessidade premente de um instituto que relativizasse o binômio cognição-execução, tornou-se factível através das inovações inscritas nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC.

Kazuo Watanabe trata da necessidade de pleno convencimento pelo juízo ao conceder a tutela jurisdicional a que está destinado. Não se fixa, porém, ao pensamento praticamente superado, de que a “justiça” só seria alcançada com a cognição plena, declinando o seguinte:

Resulta ela (a importância da cognição) muito mais da própria natureza da atividade do juiz, que para conceder a prestação jurisdicional precisa, na condição de terceiro que se interpõe entre as partes, conhecer primeiro das razões (em profundidade, ou apenas superficialmente, ou parcialmente, ou definitivamente, ou em caráter provisório: tudo isso se põe no plano da técnica de utilização da cognição) para depois adotar providências voltadas à realização prática do direito da parte. E decorre também da intensa utilização que o legislador dela faz para conceber procedimentos diferenciados para a melhor e efetiva tutela de direitos.[...] “Há direitos evidentes e não evidentes e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria.”<sup>492</sup>

---

<sup>490</sup> WATANABE, 1987, p.26.

<sup>491</sup> Ibid., p. 26.

<sup>492</sup> WATANABE, 1987, p.26-36.

Os “direitos evidentes” referidos no texto fizeram trazer exemplos doutrinários e práticos neste sentido e, finalmente a própria letra da lei desmistificou referido conceito, quando passou a autorizar esta execução concomitantemente à cognição, a título de tutela antecipada, sempre que requisitos lógicos preestabelecidos se fizessem presentes.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

A tutela antecipatória rompe com o princípio da *nulla executio sine titulo*, fundamento da separação entre os processos de conhecimento e de execução. Frise-se que a doutrina clássica concebia três formas de processos: i) conhecimento (que objetiva verificar a procedência da alegação realizada pelo autor, e assim somente pode ser finalizado após ter concedido às partes ampla oportunidade de alegação e produção de provas); ii) execução (que supõe um título executivo judicial ou extrajudicial ou um direito já declarado, visando a sua realização concreta; por exemplo: sentença condenatória ou cheque); e iii) cautelar (destinado a assegurar o processo de conhecimento ou o processo de execução, e deste modo não tendo o objetivo de realizar o direito – satisfazer o autor). Resumindo: *não era possível a realização de um direito antes de ele ter sido declarado no processo de conhecimento. A execução exigia, como pressuposto, o título executivo; e a sentença condenatória constitui título executivo* (ver art.584, I, CPC).<sup>493</sup>

Os institutos referidos tomam forma de acordo com as novas perspectivas processuais, deixando de prevalecer a idéia clássica de que ao processo de conhecimento caberia tão somente conhecer e declarar o direito, enquanto ao processo de execução, concretizá-lo, no sentido de que, enquanto não esgotado o conhecimento do direito do autor, através de cognição exauriente, não se poderia falar em execução. Esta idéia sugeria que a relativização do “binômio conhecimento-execução” macularia o princípio do contraditório, desprotegendo, assim, a esfera jurídica do réu.

---

<sup>493</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p.239.

Entretanto, a coisa julgada deixou de ser pressuposto da execução no processo cuja sentença possua cunho condenatório porque a realidade atual não mais permite uma fronteira intransponível entre tutela cognitiva e execução.

O Direito moderno demonstra que este “binômio conhecimento-execução” realmente não mais se afigura conveniente, ante a necessidade imperiosa de fazer antecipar a execução de um Direito, não importando que seja através de uma cognição sumária.

Afirmam Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni que mais do que a necessidade de demonstrar esta quebra na regra da *nulla executio sine titulo*, sua observação visa “*evidenciar que a tutela antecipatória possui muito mais identidade com a tutela jurisdicional executiva do que com a tutela cautelar.*”<sup>494</sup>

## 8.21 A MULTA E A INDENIZAÇÃO PELO DANO

O art. 461, § 4º do CPC dispõe que poderá o juiz, na tutela antecipatória ou na sentença, “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

Thereza Arruda Alvim diz que a “suficiência e compatibilidade nada mais é do que a adequação, ou seja, que haja a possibilidade, com fixação de multa, de a obrigação vir a ser cumprida.”<sup>495</sup>

Muito embora possua natureza coercitiva, a multa ou *astreinte* quando executada, resulta num valor em pecúnia que deve ter um destino e não há

---

<sup>494</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 242.

<sup>495</sup> ALVIM, T. A. A tutela específica do art. 461, do CPC. n. II. RePro 80, 1995. p. 109.

unanimidade neste aspecto quando se denota que cada país que adota as *astreintes* dá um destino diferente a elas.

O que se pode perceber de pronto pelo § 4º do art. 461 do CPC é que no Brasil adotou-se a tese de que a multa reverte-se ao patrimônio do autor e não ao Estado, não havendo, desta feita, qualquer empecilho quanto a sua cumulação com eventual indenização pelo dano consumado, cujo embasamento se prende no fato de que a multa possui natureza coercitiva, enquanto que a indenização por danos visa restabelecer o patrimônio do autor na parte lesada.

João Calvão da Silva afirma:

A sanção pecuniária compulsória não tem, pois, natureza indenizatória, sendo independente da existência e da extensão do dano resultante do não cumprimento pontual e do desrespeito ou do não respeito no tempo devido da condenação que reforça.<sup>496</sup>

Porém, a doutrina brasileira dissente a este respeito, ou seja, acerca de ser este o melhor destino das *astreintes*. Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, afirma que, por pretender-se principalmente a “efetividade das decisões do juiz” – é permitido a ele concedê-la de ofício – mantendo-se relação direta com a “capacidade do Estado para tutelar efetivamente os direitos” e, por outro lado, quando se trata de direito patrimonial, há a respectiva indenização por perdas e danos, não surtindo o mesmo efeito quando o que está em jogo é o direito não-patrimonial, dada a insuficiência de indenização em pecúnia para a tutela desses direitos.<sup>497</sup>

Eduardo Talamini constata a concepção da doutrina [desde antes do advento da reforma de 1994], entendendo que a multa se reverte em benefício do

---

<sup>496</sup> SILVA, João Calvão. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 410.

<sup>497</sup> MARINONI, 1998, p. 178-179.

autor<sup>498</sup> e sugere que na hipótese em que a “parcela da multa [...] excedesse a equivalência em dinheiro”, este excedente se destinasse ao Estado, e não ao autor.<sup>499</sup>

Em outros países que adotam as *astreintes*, observam-se destinações diferentes dos valores resultantes da multa. O direito alemão, por exemplo, destina cem por cento de seu resultado ao Estado, por entender que a função da *astreinte* é reprimir a violação da autoridade do Estado.<sup>500</sup> E o descumprimento da sentença mandamental expedida pelo Estado faz com que seja ele o destinatário da multa.

Eduardo Talamini, referindo-se ao direito francês, segundo o qual a multa também é revertida ao autor, se bem que naquele país tenha-se concebido o instituto, desde o início, sem caráter indenizatório, lembra:

Mesmo no direito francês, na medida em que se afirmou o caráter coercitivo da multa, afastando-se de sua origem indenizatória, multiplicaram-se críticas contra sua destinação ao credor – a ponto de projetos de lei já haverem vinculado, sem sucesso, a destinação total ou parcial da multa ao Estado.<sup>501</sup>

Na Alemanha, de outro lado, as *astreintes* não cabem em qualquer ação. Lá se cuida em primeiro lugar das obrigações personalíssimas, excluindo as obrigações que podem sujeitar-se à execução forçada e a algumas que, ainda que infungíveis, “não admitem coação ou adimplemento”, como as que “são marcadas por particulares qualidades de natureza artística ou científica.” De outro lado, há uma hierarquia de imposições sancionatórias pelo juízo, tornando necessário que se aplique por primeiro a sanção pecuniária, nos termos do §§ 888 da ZPO alemã,

---

498 TALAMINI, 2003, p. 264.

499 Ibid., p. 267.

500 MARINONI, op .cit. p. 168.

501 TALAMINI, op. cit., p. 264.

relegando a medida que impõe a prisão somente para os casos em que é impossível utilizar-se da multa ou em casos que não a comporte.<sup>502</sup>

O direito português, por sua vez, adotou uma solução intermediária “determinando que a ‘sanção pecuniária compulsória’, reverta, em partes iguais, para o autor e para o Estado.” Anota-se destaque textual de Luiz Guilherme Marinoni, neste aspecto: “Com efeito, segundo o art. 829-A, n. 3, do Código Civil português, ‘o montante da sanção pecuniária compulsória’ destina-se, em partes iguais, ao credor e a Estado.”<sup>503</sup>

Como referido, na França como no Brasil, a *astreinte* reverte-se ao credor. Aliás, naquele país, a situação a esse respeito tornou-se mais pacífica depois de reiteradas decisões resultantes dos tribunais, delineando-se com clareza o caráter coercitivo das *astreintes*. Através da Lei 91.650/91, a França deixou evidente a forma de sua atuação e seu caráter, visando garantir a execução das decisões judiciais, autorizando expressamente sua cumulação com a pena pecuniária.<sup>504</sup>

Afirma Luiz Guilherme Marinoni:

É sabido que os tribunais franceses confundiram, por muito tempo, a *astreinte* com o ressarcimento do dano. Somente em 1959 a Corte de Cassação francesa colocou fim a essa antiga confusão, que foi definitivamente sepultada com a já mencionada Lei 72-226, de 5 de julho de 1972.

A *astreinte* tem por fim forçar o réu a adimplir, enquanto que o ressarcimento diz respeito ao dano. É evidente que a multa não tem qualquer relação com o dano, até porque, como acontece na tutela inibitória, pode não haver dano a ser indenizado.<sup>505</sup>

<sup>502</sup> MARINONI, 1998, p. 168. Com referência a Alemanha, Luiz Guilherme Marinoni explica: “O §§ 890 aplica a mesma técnica sancionatória às obrigações de não-fazer e, especificamente, às obrigações de se abster de determinada atividade e de consentir que uma atividade seja praticada.” (Ibid.).

<sup>503</sup> MARINONI, 1998, p. 180.

<sup>504</sup> Ibid., p. 168. O autor explica: “Na França, a partir de intenso movimento jurisprudencial, surgiu a Lei 72.226, de 5 de julho de 1972, que teve o mérito de ter fornecido um fundamento geral e preciso às *astreintes*. Atualmente, em vista da Lei 91-650, de 9 de julho de 1991, é possível dizer que o ordenamento francês traça com bastante precisão os contornos dessa figura, evidenciando as suas características e a forma de sua atuação. Deixa-se claro no primeiro artigo da Seção 6 – do Capítulo II da Lei 91-650 Deixa-se claro no primeiro artigo da Seção 6 – do Capítulo II da Lei 91-650, de 9 de julho de 1991 -, intitulada ‘L’astreinte’, que ‘tout juge peut, même d’office, ordonner une astreinte pour assurer l’exécution de sa décision’ (art. 33); e afirma-se, logo no artigo subsequente, que ‘l’astreinte est indépendante des dommages-intérêts’.”

<sup>505</sup> MARINONI, 1998, p. 172-173.

Não obstante as divergências de pensamento, o importante é lembrar que o objetivo da multa é completamente diferente daquele que trata da indenização pelo dano. Enquanto a multa visa obrigar o réu a cumprir a obrigação, a indenização tem o intuito de trazer a situação ao estado anterior através do ressarcimento, muito embora se reconheça sua limitação neste aspecto. Não obstante, dadas as diferentes naturezas entre si, não há empecilho à sua cumulação. Especialmente quando se trata de ação inibitória, há que se lembrar que o instituto da multa existe exatamente para que não seja preciso eventual reparação de dano ocasionado pelo seu descumprimento. Diz João Calvão da Silva “[...] a indenização respeita ao prejuízo que repara, mas não previne e não faz cessar o ilícito, fonte daquele que urge secar.”<sup>506</sup>

## **8.22 O VALOR ATRIBUÍDO A TÍTULO DE MULTA**

É certo que a multa visa convencer o demandado a cumprir uma sentença mandamental, uma vez que seu escopo é a efetividade do processo, insurgindo-se como necessário. Porém, deve haver critério parcimonioso para dosar a correta medida.

A menção que se faz ao critério de suficiência ou compatibilidade com a obrigação, como aspecto quantitativo da multa, ínsita no § 4.º do art. 461 do Código de Processo Civil, faz denotar que não há critério absoluto para estipular o *quantum* da multa. Apenas que deve ser aquele valor que demova o sujeito passivo da demanda da resistência em realizar o ato que deveria praticar, nada impedindo

---

<sup>506</sup> SILVA, 1987, p. 411.

que seu montante seja superior ao da obrigação violada. Significa que a multa varia de acordo com cada hipótese *sub judice*, sem que haja regra matemática para a sua aplicação, ciente, entretanto, de que o excesso ou o valor ínfimo devem ser evitados.<sup>507</sup>

De certo, a fixação de multa irrisória resultaria numa frustração da ameaça, enquanto que a cominação de pena muito elevada inviabilizaria a medida sujeitando o demandado a uma insolvência civil, e, conseqüentemente, tornaria impossível seu pagamento ou geraria expectativa de que a multa jamais lhe seria cobrada. Sem contar que poderia causar o enriquecimento ilícito do demandante em caso de sua execução e eventual quitação.

José Eduardo Carreira Alvim, no que diz respeito à periodicidade da multa imposta, demonstrou a seguinte opinião: “[...] 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.)” Acrescentou, de outro lado, que “a *mens legis* foi mesmo a multa diária, com o que se evita a eventual decomposição do seu valor, fixado por período diverso (semana, quinzena ou mês), para o caso de vir a obrigação ser satisfeita antes do termo final.”

508

Luiz Guilherme Marinoni manteve-se contrário ao pensamento de José Eduardo Carreira Alvim, afirmando que, em caso de “tutela inibitória, a ‘multa por dia de atraso [...]’ “ [atual art. 645] “só tem eficácia nos casos de tutela que tem por fim fazer cessar o ilícito, ou seja, nas hipóteses de ilícito continuado.” Porém, só caberia a imposição da multa em valor fixo quando se desejasse impedir a prática ou a repetição.<sup>509</sup>

---

<sup>507</sup> TALAMINI, 2003, p. 247-248.

<sup>508</sup> ALVIM, J. E. C. 1997, p. 171.

<sup>509</sup> MARINONI, 1998, p. 177.

Eduardo Talamini, em período posterior à última reforma, afirma que considerada a situação individual posta em juízo, ou seja, concretamente, na hipótese de urgência, os §§ 4.º, 5.º e 6.º, do art. 461 do Código de Processo Civil, autorizam a imposição de multa de periodicidade diária ou qualquer outra fração, assim como em hora ou outra unidade menor.<sup>510</sup>

Não há qualquer inviabilidade, outrossim, numa eventual progressão ou mesmo redução da multa antes cominada. A multa progressiva é admitida na doutrina, em casos de resistência ao cumprimento da ordem, principalmente nas obrigações de fazer, em face da implementação de sua eficácia, e nessa condição, impõe um aumento no decurso de tempo do descumprimento<sup>511</sup>. A alteração por inclusão do § 6.º, do artigo 461, do Código de Processo Civil, dada pela Lei n.º 10.444, de 07.05.2002, retirou qualquer dúvida nesse aspecto: “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.<sup>512</sup>

Veja-se, portanto, que a decisão que arbitra o valor da multa tem natureza provisória, permitindo sua alteração posterior, seja na antecipação da tutela específica, seja na sentença de mérito, caso eventualmente se torne exorbitante ou ínfimo, em razão de fatos supervenientes.<sup>513</sup>

---

<sup>510</sup> TALAMINI, 2003, p. 238-239. O autor destaca, entre outras coisas, que a periodicidade diária, somente é aplicável para os casos em que haja descumprimento continuado, aquele que se prolonga no tempo, sendo inviável a multa diária para aquelas obrigações que se realizam em ato único, porque impossível o cumprimento voluntário, por exaurimento da conduta ilícita.” Outrossim, não se justifica a multa diária, em casos em que, na obrigação de não fazer, a transgressão seja praticada em uma única oportunidade de incidência, na qual torna-se impossível a sua remoção ou seu desfazimento. Ele afirma ainda, que neste caso, mais condizente se faria a aplicação de multa com caráter preventivo, imposta somente uma vez e na hipótese de violação. Destaca também em outras palavras, que nas obrigações de não fazer continuadas, é perfeitamente possível a aplicação da multa diária, como, por exemplo, em caso de uso indevido da marca ou nome comercial, em que o demandado deve se abster do seu uso. (Ibid.).

<sup>511</sup> MARINONI, op. cit., p. 196.

<sup>512</sup> § 6.º do art. 461 do Código de Processo civil.

<sup>513</sup> CARPENA, 2003, p. 199.

Luiz Guilherme Marinoni, dando contorno ao assunto, assim se refere:

Para que a multa possa constituir uma autêntica forma de pressão sobre a vontade do réu, é indispensável que ela seja fixada com base em critérios que lhe permitam atingir seu fim, que é garantir a efetividade da tutela jurisdicional”.<sup>514</sup>

Veja-se que a multa que não serve para coagir é esvaziada de sua função. Tem-se como exemplo a multa cominatória do artigo 287 que remetia sua execução ao período posterior ao trânsito em julgado da sentença final antes de sua alteração pela lei 10.444/02, que acrescentou autorização para sua concessão em sede de tutela antecipatória.

O art. 461 do CPC, entretanto, deixa claro que não há óbice a que a multa possa exceder ao valor da prestação, porque “a tutela específica é imprescindível para a realização concreta do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, não faz qualquer limitação ao valor da multa.”<sup>515</sup> Conforme já afirmado anteriormente, evidentemente que o *quantum* a ser fixado deve ser suficientemente significativo no intuito de atingir seu objetivo, ou seja, coagir a adimplência da obrigação pelo réu, não se podendo perder de vista, de outro lado, suas condições econômicas, porque o desequilíbrio que levasse ao excesso de valor, neste aspecto, acabaria por tornar impossível seu cumprimento, ainda que quisesse o demandado, sem contar que o princípio de menor prejuízo à esfera jurídica do réu deve ser atendido.

No que concerne à sua progressão, conforme já referido antes, também há plena autorização ao juiz para utilizar-se desta flexibilidade, ainda que de ofício, para modificar a qualquer tempo, no curso do processo, sempre pelo fato de

---

<sup>514</sup> MARINONI, 1998, p. 174.

que a *astreinte* não possui o objetivo de punição, servindo apenas como coerção para o cumprimento de uma ordem judicial descumprida.<sup>516</sup>

### 8.23 ALTERAÇÃO DA MULTA E COISA JULGADA

Conforme se viu até então, para o atingimento do fim colimado, o juiz tem amplo poder para trabalhar a multa, seja no momento em que entender cabível, no seu valor, na sua progressão, sempre visando ao evidente equilíbrio que deve nortear referidas decisões.

Eduardo Talamini destaca o seguinte:

Parece não se tratar de ‘exceção’ à coisa julgada material ou ‘coisa julgada submetida à cláusula *rebus sic standibus*’. Aliás, nem mesmo é o caso de afirmar que as circunstâncias fáticas ensejadoras da alteração da multa estariam a caracterizar nova ‘causa de pedir’, distinta da que gerou a sentença, para assim afastar uma suposta coisa julgada material já estabelecida. Os elementos fáticos que balizam a definição e alteração da multa, sejam eles antigos ou supervenientes, não constituem nova *causa petendi*, pois nem integravam, propriamente, o núcleo da anterior causa do pedido de tutela relativa ao dever de fazer ou não fazer.<sup>517</sup>

O fundamento adotado pelo referido autor é o de que assim como o arbitramento da multa e sua alteração, não há reflexo também na coisa julgada na hipótese de não-cumprimento da decisão, pois a imutabilidade da coisa julgada incide sobre o provimento da pretensão e não sobre o valor da multa ou sobre sua imposição. A explicação é que a multa é considerada instrumento que fornece

---

<sup>515</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>516</sup> BARRÓS, Hélio José Cavalcanti. *Comentários à alterações do CPC: Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002*, 2002, 36-37.

efetividade ao principal [que transita em julgado], cuja multa constitui o seu acessório. Logo, fora do alcance da coisa julgada.<sup>518</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam que “nas ações executivas *lato sensu* e mandamentais julgadas procedentes ou improcedentes haverá declaração de existência ou inexistência do direito pleiteado,” lembrando, outrossim, que neste caso, “considerando que as medidas executivas [...] têm por fim a *realização do direito declarado*, não há que se falar, a respeito, em ocorrência de coisa julgada”, e que, portanto, “nada impede que, frustrada uma medida em particular (p. ex., a ordem, na ação mandamental), o juiz empregue uma outra medida executiva.”<sup>519</sup>

## 8.24 A EFICÁCIA DA MULTA EM CASO DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Deve-se perquirir o cabimento da manutenção da eficácia da multa quando a sentença final negar o direito do autor, como também o momento oportuno de sua execução.

Pelo fato da multa representar elemento intimidador com origem na afronta à decisão judicial não cumprida, Márcio Louzada Carpena entende que ela

---

<sup>517</sup> TALAMINI, 2003, p. 250.

<sup>518</sup> *Ibid.*

<sup>519</sup> WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 150. Os autores afirmam textualmente: Por isso, impõe-se, em relação a estas espécies de ação, que se visualize o fenômeno da coisa julgada relacionada à sentença que declara o direito separadamente dos atos executivos que realizarão o direito eventualmente reconhecido. Tal separação é relevante, pois o fato de se realizarem atos executivos nestas ações não fazem com que elas deixem de ser classificáveis também como declaratórias ou condenatórias, por exemplo. Assim, a sentença proferida nas ações executivas *lato sensu* e mandamentais não perdem, apesar de sua virtude de determinar, *hic et nunc*, a realização do direito nelas reconhecido, seu caráter declaratório. Pode ocorrer, diante disso, que o pedido formulado em uma ação executiva *lato sensu* seja julgado improcedente, e isto significará que o juiz declarará a inexistência do direito do autor. O mesmo fenômeno pode ocorrer em uma ação mandamental, por exemplo. Por isso que, julgada procedente ação mandamental, ocorre coisa julgada em relação a eventual ação declaratória movida posteriormente; caso a ação mandamental ainda não tenha sido definitivamente julgada, ocorrerá litispendência. (*Ibid.*, p.150-151).

deverá persistir ainda que a ação seja extinta desfavoravelmente à pretensão do autor. Ele justifica que o desrespeito à dignidade da Justiça e ao poder imperativo terá sido fato consumado.<sup>520</sup>

Luiz Guilherme Marinoni, de outro lado, afirma que não é justo que a multa mantenha sua eficácia quando a sentença seja desfavorável ao autor, pelos seguintes fundamentos:

Se nosso sistema confere ao autor o produto da multa, é completamente irracional admitir-se que o autor possa ser beneficiado quando a própria jurisdição chega à conclusão de que ele não possui o direito que afirmou estar presente ao executar (provisoriamente) a sentença ou a tutela antecipatória. Se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, é ilógico imaginar que o processo possa beneficiar o autor que tem qualquer razão apenas porque o réu deixou de adimplir uma ordem do Estado-juiz.<sup>521</sup>

Lembra ele ademais, que o fato de não se tornar exigível a multa em caso de improcedência, não faz motivo para eventual alegação de que retiraria seu caráter coercitivo.

O que atua sobre a vontade do réu é a ameaça do pagamento da multa; essa sim, 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'.<sup>522</sup>

Para o autor em comento, o que importa é a "finalidade coercitiva da multa." O fundamental é o receio do réu em ter que assumir, ainda que após o trânsito em julgado da sentença, o pagamento de quantia razoável. "É importante

---

<sup>520</sup> CARPENA, 2003, p. 199.

<sup>521</sup> MARINONI, 1998, p. 181-182.

<sup>522</sup> Ibid., p. 181-182. Em complemento a sua idéia, o autor afirma o seguinte: "No caso de tutela antecipatória ou de 'execução provisória da sentença', o réu certamente temerá ter que pagar a multa, não só porque é provável que o julgamento final acabe confirmando a tutela antecipatória ou a sentença, mas fundamentalmente porque ninguém pode ter segura convicção de qual será o 'último julgamento'." (Ibid.).

deixar claro que a multa cumpre seu papel através da ameaça que exerce sobre o réu.”<sup>523</sup>

Sérgio Cruz Arenhart, na mesma linha de raciocínio de Márcio Louzada Carpena afirma, por sua vez, que mesmo após a improcedência final da demanda, a multa provisória concedida em liminar é exigível, em razão da natureza e da finalidade da multa, cujo pressuposto é manter intacta a autoridade de uma decisão judicial. Diz, outrossim, é a natureza da multa, inclusive, que autoriza ao juiz de ofício, sua majoração, ou redução, sem a concordância dos sujeitos da relação processual, ainda que haja improcedência superveniente.<sup>524</sup>

Eduardo Talamini afirma que o que demonstra o caráter mandamental e executivo *lato sensu* do processo no art. 461 tem reforçado com a questão de que no próprio processo de conhecimento atuam os mecanismos subrogatórios, de imposição da ordem, acompanhada da multa.<sup>525</sup>

## 8.25 O MOMENTO EM QUE A MULTA SE TORNA EXIGÍVEL

Eis outro fator complicador no concernente à multa, que diz respeito ao momento em que ela se torna exigível, porquanto sua eficácia se dá a partir da sentença ou da concessão da tutela antecipatória. Porém, sua execução, ou sua exigibilidade, pelo que diz a quase maioria da doutrina, se dará após o trânsito em julgado da sentença.

---

<sup>523</sup> Ibid., p. 182-183.

<sup>524</sup> ARENHART, 2000, p. 200-201.

<sup>525</sup> TALAMINI, 2003, p. 194.

No que se refere à fixação da multa em sentença, não parece haver maiores complicadores. Luiz Guilherme Marinoni apresenta o seguinte quadro:

Fixada a multa na sentença, três são as hipóteses que podem ocorrer; i) a sentença não é impugnada através de recurso, quando a sentença e a multa passam a produzir efeitos após escoado o prazo recursal; ii) a sentença é impugnada através de recurso de apelação recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, e a sentença e a multa permanecem sem produzir qualquer efeito; e iii) a sentença é impugnada através de recurso recebido apenas no efeito devolutivo [...] quando a sentença e a multa passam a produzir efeitos imediatamente.<sup>526</sup>

O problema se fixa, então, quando ela é concedida em sede de tutela antecipatória. A posição de Cândido Rangel Dinamarco está entre aquelas que entendem que as multas: “só podem ser cobradas a partir da preclusão da sentença ou da decisão interlocutória que as concebe: antes é sempre possível a supressão das *astreintes* ou do próprio preceito pelos órgãos superiores.”<sup>527</sup>

Sérgio Cruz Arenhart, da mesma forma, entende que ela se torna exigível após a preclusão da sentença ou da decisão interlocutória que a estabeleceu, porque, em razão de eventual alteração da decisão pelo tribunal, o prazo de impugnação do *decisum* que fixou a multa deve ser respeitado. Após a sentença de mérito, a multa lá estipulada será executada com base em título judicial, o mesmo ocorrendo em caso de decisão interlocutória, determinando-se o *quantum* da multa por simples cálculo aritmético, cuja defesa em embargos estará restrita às questões elencadas no art. 741 do Código de Processo Civil.<sup>528</sup>

Para Luiz Guilherme Marinoni, como os efeitos da decisão que concede a tutela antecipada são imediatos e, sendo a multa atrelada à concessão da tutela antecipatória, ela “também passa a operar de imediato”. Lembra ele,

<sup>526</sup> MARINONI, 1998, p. 182-183.

<sup>527</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 158.

<sup>528</sup> ARENHART, 2000, p. 199.

outrossim, que em caso de agravo recebido com efeito suspensivo, a multa deixa de atuar enquanto pendente de julgamento.<sup>529</sup>

Eduardo Talamini mantém opinião idêntica à de Luiz Guilherme Marinoni, entendendo que, para a efetividade da tutela, a multa deve ser exigível de pronto, nos casos em que o recurso não tenha efeito suspensivo, justificando sua posição da seguinte forma:

[...] diante da eficácia imediata do provimento concessivo da antecipação, e não atribuindo o relator efeito suspensivo ao recurso, o crédito da multa é desde logo exigível. Contudo, em virtude do caráter provisório de sua imposição, a execução será igualmente 'provisória'(CPC, art. 588). O mesmo se aplica à multa fixada em sentença não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo. Fica afastada sua exigibilidade enquanto pender a apelação ou outro recurso com efeito suspensivo. Aliás, como se viu acima, nesse período não será sequer efetivada a ordem de cumprimento ao réu.  
530

Sérgio Cruz Arenhart afirmou, outrossim, que caberia ao juiz fixar a data de início da exigência da multa, deixando evidente sua convicção, àquela época, de que não seria dado ao juiz qualquer poder discricionário acerca de tornar exigível a multa antes da “preclusão da sentença ou da decisão interlocutória que a estipula.”<sup>531</sup>

Veja-se que a redação atual do artigo 644 do CPC determina que a sentença resultante das obrigações de fazer e não fazer se dará de acordo com o disposto no artigo 461 e só subsidiariamente de conformidade com o disposto no Capítulo III, concluindo, portanto, que atualmente nem o artigo 644 nem o artigo 461 determinam o momento da exigência da multa, ficando relegado à doutrina e à jurisprudência o ônus de entender cabível a execução da multa antes ou depois do trânsito em julgado da sentença.

---

<sup>529</sup> MARINONI, 1998, p. 181.

## 8.26 TÉCNICA PROCESSUAL DE APOIO – MEDIDAS NECESSÁRIAS

Com o intuito de convencer o sujeito da obrigação de dar, de fazer e de não fazer, que a melhor opção é o cumprimento do comando jurídico por sua própria decisão e atos, incorrendo na efetivação da tutela específica ou no resultado prático equivalente, o juiz pode adotar as medidas preconizadas pelo § 5.º, art. 461<sup>532</sup>, e autorizadas pelo § 3.º, art. 461-A, ambos do Código de Processo Civil, denominadas medidas de apoio, cujo rol – exemplificativo – menciona a multa por tempo de atraso incluída no § 5.º, art. 461, do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 10.444, de 07.05.2002, medidas que se concretizam pela busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividades nocivas, com reforço policial na eventual necessidade. Referidas providências são chamadas de “medidas de apoio” por Cândido Rangel Dinamarco, não constituindo elas próprias antecipação de tutela, mas sim de resguardo das decisões judiciais.<sup>533</sup>

José Eduardo Carreira Alvim afirma: “Muitas dessas medidas podem constituir objeto de uma ação distinta, inclusive cautelar com eficácia satisfativa, como sucede com a busca e apreensão e com o desfazimento de obras.”<sup>534</sup>

Luiz Guilherme Marinoni afirma, em síntese, que diante, então, das regras contidas nos artigos 461 [e 461-A instituído pela Lei 10.444/02], do Código de

---

<sup>530</sup> TALAMINI, 2003, p. 258.

<sup>531</sup> ARENHART, op. cit., p. 256.

<sup>532</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 158.

<sup>533</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 154.

<sup>534</sup> ALVIM, J. E. C., 1997, p. 181.

Processo Civil recebeu o juiz amplos poderes para a opção de aplicação de medidas executivas apropriadas aos diferentes fatos ocorrentes no mundo jurídico, concluindo-se pela admissão de um rompimento com o princípio da tipicidade executiva, que restringia as execuções ao preconizado no Livro II do Código de Processo Civil, e, no caso das execuções da obrigação de dar, fazer e não fazer àquelas expressas nos artigos 632 e 645 (Livro III) do mesmo diploma legal.<sup>535</sup>

Referido princípio tinha o escopo de segurança jurídica – em detrimento da tempestividade –, para assegurar ao executado a forma de execução sem causar surpresa, e na forma prevista na lei. Todavia, para adequar-se à realidade, reunindo de forma efetiva o direito processual e o direito material, não há outra forma que não uma flexibilização no princípio da tipicidade do modo de execução. A nova dinâmica com que o processo deve tutelar efetiva e adequadamente as hipóteses concretas, porém, deve trazer maior atenção ao que diz respeito ao *procedimento-cognição e provimento adequado*, aliados à diversidade de execução, visando a efetividade da tutela jurídica para as pretensões dos jurisdicionados.<sup>536</sup>

Tal idéia leva a crer que o legislador preferiu abandonar a linha tradicional, em nome da amplitude da tutela jurisdicional priorizando a tutela dos direitos. Assim, vê-se que nas obrigações de entregar (instituídas no artigo 461-A, pela Lei 10.444/02), de fazer e de não fazer, está-se de acordo com o *princípio da concentração dos poderes de execução do juiz*, porque o juiz na fase executiva possui a discricionariedade para ditar as *medidas necessárias* para dar efetividade à tutela específica ou o resultado prático equivalente. Não poderia ser diferente, então, a situação que autoriza o juiz, ao conceder a tutela específica pleiteada, a prestá-la

---

<sup>535</sup> MARINONI, 1998, p. 185. A referência ao art. 461-A não consta da obra do autor que é anterior à edição da Lei 10.444/02.

de forma efetiva, levando-o a utilizar-se de todos os meios processuais disponíveis e previstos na norma jurídica,<sup>537</sup> ainda que indiretamente, como no caso de medidas não nominadas no § 5º do artigo 461.

Eis, inclusive, o fundamento para a fixação da multa pelo juiz *ex officio*, ou seja, ainda que o autor não a pleiteie na petição, não correspondendo este fato à eventual exceção ao princípio da congruência entre o pleito e a decisão interlocutória ou final. A *causa petendi* é o resultado específico, e ao ser acolhido o pedido, o juiz fica autorizado ao arbitramento da multa, como também a emitir ordem para cumprimento de outras medidas necessárias, sempre com o fim de atender a efetividade da tutela jurisdicional, que não se confunde com a pretensão.<sup>538</sup>

### 8.26.1 Medidas Necessárias e Frustração da Multa

Consoante se viu no decorrer do estudo, a imposição da multa, seu caráter coercitivo e o poder do juiz de proceder à sua majoração etc..., podem não ter o poder de demover o réu de sua resistência. Nestes casos e sempre que haja possibilidade, é dado ao juiz, através do § 5º. do artigo 461, adotar medidas necessárias para a consecução do direito pugnado.

Se a multa aplicada nas decisões específicas antecipadas ou sentença de mérito da obrigação de fazer, de não fazer e de entregar coisa for insuficiente para eliminar a resistência do devedor a cumprir o que foi determinado, é conferida ao juiz, a adoção das medidas de apoio.

Se a multa não atingiu seu objetivo, é possível ao juiz, tratando-se de tutela inibitória antecipada ou final, determinar uma medida que seja idônea para prevenir o ilícito. Assim, por exemplo, se a multa não foi

---

536 MARINONI, 1998, p. 185-186.

537 *Ibid.*, p. 186-187.

538 TALAMINI, 2003, p. 244-245

suficiente para impedir que uma determinada fábrica prosseguisse com sua atividade poluidora, o juiz poderá determinar a interdição da fábrica, requisitando o auxílio de força policial.<sup>539</sup>

É de se reiterar, outrossim, que o rol das medidas necessárias é tão somente exemplificativo, fato que se torna claro quando se lê do texto do § 5º. do art. 461, a denominação “tais como” e logo em seguida procede à textualização de algumas delas.

Eduardo Talamini explica:

Provavelmente, é muito maior a quantidade de medidas subrogatórias que com base nessa regra serão usadas nos casos concretos. Mas a adoção de meios atípicos de indução psicológica, [...], não pode ser ignorada. Há casos em que a multa vai revelar-se insuficiente ou inadequada, sendo concebível recorrer a outras formas de pressão – por exemplo, a divulgação diária em veículos de comunicação de nota emitida pelo órgão jurisdicional, informando ao público que o réu está descumprindo ordem judicial. Tais mecanismos, a exemplo da multa, poderão ser utilizados mesmo quando se trate de dever de natureza fungível.<sup>540</sup>

Veja-se, então, que o legislador não teve qualquer intenção de esgotá-las, autorizando o juiz a utilizar-se das medidas que entender convenientes e adequadas, como nomeação de fiscal ou interventor [poder de nomear terceiros e, inclusive quando se tratar de obrigação fungível, de executar a obrigação em substituição ao devedor] ou qualquer outro expediente<sup>541</sup> processual compatível com a situação concreta ocorrente, contanto que estejam em consonância com os princípios gerais da proporcionalidade e da razoabilidade, de tal forma que a medida seja correspondente ao fim buscado, causando o menor sacrifício possível ao réu.

---

<sup>539</sup> MARINONI, 1998, p. 187.

<sup>540</sup> TALAMINI, 2003, p. 269.

<sup>541</sup> Ibid, p. 269/270.

Ao analisar a questão tocante ao equilíbrio necessário ao juiz, quando da concessão das “medidas necessárias”, Luiz Guilherme Marinoni assim discorre:

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 conseqüências ‘desmedidas’ ao demandado.<sup>542</sup>

---

<sup>542</sup> MARINONI, 1998, p. 188.

## 9 A SENTENÇA DA TUTELA INIBITÓRIA

Não foram raras as vezes em que este trabalho considerou a total ausência de auto-suficiência da sentença condenatória extraída de um processo de cognição para tutelar direitos evidentes. É sabido, outrossim, que a sentença condenatória é pressuposto de uma futura e eventual execução forçada, porque seu delineamento exsurge da *iurisdictio*, no tempo do direito romano<sup>543</sup>, quando a condenação proferida pelo juízo concedia direito à parte vencedora, de, através da autotutela, executar este direito, resultando na forma estanque em que se enxergava o binômio cognição-execução até bem pouco tempo

É compreensível, então, o porquê da resistência à flexibilização até os dias de hoje, do princípio da *nulla executio sine titulo*.

Nesta questão fixa-se a necessidade de construção de uma tutela que atenda, de maneira efetiva, aos direitos absolutos, especialmente àqueles concernentes à personalidade, de modo que a prioridade à prevenção do ilícito seja

---

<sup>543</sup> ARENHART, 2000, p.167. Da nota do autor, que faz menção a Pietro Bonfante e Ihering, respectivamente, se extrai o seguinte delineamento acerca desta era romana: “Vai daí que diversamente do que ocorre no direito moderno (onde muitos ainda enxergam nos direitos reais uma obrigação passiva universal), para o direito romano os direitos absolutos não eram tutelados pela *actio* ou pela *condemnatio*. A tais direitos se outorgava o instrumento da *vindicatio*, forma de interdito que não se incluía na *iurisdictio* romana, sendo exercício de *imperium*. Diversamente do que ocorria na *iurisdictio*, com os interditos não se postulava a declaração (*ascertamento*) de um direito, ‘ele era ao contrário um preceito hipotético com o qual não se intimava um juiz a condenar, como nas fórmulas, mas diretamente à parte de obedecer, quando os fatos alegados fossem verdadeiros.’ Era exercício de *imperium*, pois ao magistrado (praetor) concedia-se, como agente público que era, o poder de emitir ordens. E tal ordem era consentida, mesmo sem a declaração da existência do direito, pois, via de regra, tratava-se da tutela de direitos evidentes, que, portanto, prescindiam de sua declaração. Cabe menção aqui, às palavras de Ihering, que afirma que ‘a idéia antiga de que um direito evidente e incontestável implica a autorização para realizar por meio de uma execução privada, e que é por consequência dado ao vencedor, e não ao poder do Estado, realizar o julgamento, em uma palavra, a idéia de *execução privada legal*, antítese da nossa *execução judiciária atual*: – esta idéia, digo eu, está na base do sistema de procedimento em questão. O Pretor não executa ele mesmo por meio de seus auxiliares, mas ele autoriza o requerente a tornar-se senhor (*duci jubere*) da pessoa do devedor, da criança, do escravo, a se pôr na posse de seus bens.. Esta autorização se faz, em regra geral, sob a forma de uma proibição endereçada ao adversário de se opor em resistência a este ato de justiça privada, no modo de um interdito proibitório.’” (Ibid., p.167-168).

tão evidente quanto o direito protegido, a ponto de relegar para a história a tutela que visa o ressarcimento.

Com suporte na construção doutrinária italiana acerca do assunto, Luiz Guilherme Marinoni afirma o seguinte:

O estudo da tutela inibitória, em outras palavras, constitui momento oportuno para se refundar a temática da 'tutela jurisdicional dos direitos' ou precisamente para se propor uma classificação das tutelas que corresponda às diferenças entre as várias necessidades do direito material.<sup>544</sup>

Propõe, então, o precursor da tutela inibitória brasileira um estudo acurado acerca desta quarta classificação doutrinária, reconstruindo uma classificação mais aparelhada à necessidade da efetiva prestação da tutela jurisdicional. Vê-se, porém, que a tendência da doutrina tem sido a de admitir a classificação quinária das sentenças, incluindo, no conceito clássico trinário, as sentenças mandamentais e as sentenças executivas, sempre visando a efetividade e a tempestividade do processo, ressaltando a devida importância da instrumentalidade do processo como mecanismo imprescindível para atender o direito material pugnado pelo demandante.

Quando diz que o art. 461 se encontra apto à tutela do direito da personalidade, Sérgio Cruz Arenhart é de opinião que de referida tutela exsurge não somente a sentença condenatória, mas também a mandamental e a executiva *lato sensu* dizendo: "Realmente apenas o art. 461 do Código de Processo Civil está apto a tutelar adequadamente o direito à vida privada, outorgando-lhe tutela efetivamente preventiva."<sup>545</sup>

---

<sup>544</sup> MARINONI, 1998, p.431.

<sup>545</sup> ARENHART, 2000, p.167. O autor dispõe ainda, o seguinte: "Observa-se, da singela dicção do dispositivo, ser ele realmente capaz de veicular tutelas não somente condenatórias, mas

Luiz Guilherme Marinoni, aparelhando a idéia da efetivação da tutela de acordo com o princípio chiovendiano, diz:

Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC, ao admitirem o emprego da multa na sentença e na tutela antecipatória, viabilizam a tutela mandamental final e a tutela mandamental antecipatória, as quais permitem uma tutela preventiva adequada e efetiva.

O fato de o Código de Processo Civil só admitir a ‘execução provisória’ da sentença em hipóteses excepcionais não impede, como já foi dito acima, que a tutela possa ser efetivamente prestada, ainda que o juiz já esteja em condições de proferir a sentença; neste caso, havendo ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’, isto é, justificado receio de que o ilícito possa ser praticado, repetido ou continuar, torna-se possível o que denominamos de ‘tutela antecipatória final’.<sup>546</sup>

Ao tratarem da “coisa julgada”, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, afirmam: “O objetivo das ações executivas *lato sensu*, bem como das ações mandamentais – que podem, [...] ser incluídas entre as ações executivas *lato sensu* – assim, é sempre a obtenção do bem devido”<sup>547</sup> e alertam:

[...] duas questões distintas se colocam ao intérprete, em tais espécies de ação: uma diz respeito à declaração judicial do direito do autor ao bem devido, decisão esta que, fundada em cognição plena e exauriente, restará acobertada pela coisa julgada; outra diz respeito à decisão judicial que determina as medidas executivas a serem realizadas, e neste caso a decisão poderá ou não ser modificada, e isto normalmente se dará à luz das exigências do caso concreto. Por isso, pode-se dizer que, em princípio, *a decisão judicial proferida em relação às medidas executivas pode ser alterada pelo juiz*.<sup>548</sup>

É de se anotar, portanto, que cada vez mais se aproxima o direito material do direito processual - inclusive no que concerne à sentença, que o juiz pode modificar e ou adequar no que se refere às medidas executivas para a melhor proteção do direito material – tudo por força da premente necessidade atual.

---

especialmente mandamentais e executivas *lato sensu*. De outra parte, também permite a proteção provisória do direito ameaçado de lesão (§ 3º. do art. 461 do Código de Processo Civil). Concebe, ademais, a realização *in natura* da pretensão exposta.” (Ibid., p.111).

<sup>546</sup> MARINONI. 1998, p. 257.

<sup>547</sup> WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 157.

Acerca dos resquícios de separação entre o direito material e o direito processual, Luiz Guilherme Marinoni destaca: “[...] é possível dizer que a concepção de que o processo deveria ser estudado à distância do direito material foi a responsável pela idéia de que bastaria um procedimento único para a tutela de todas as situações conflitivas concretas.”<sup>549</sup> Nem se poderia dizer, também, que a tutela inibitória teria alguma identidade com a tutela de condenação para o futuro, porque esta tutela admite a possibilidade de ver o direito violado, entendendo-se que “a condenação para o futuro, embora prestada antes da violação do direito, é concedida para a hipótese do direito ser violado, [...]”<sup>550</sup>

Sérgio Cruz Arenhart, em alinhamento com o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni faz o seguinte comentário, quando justifica a necessidade de um tutela voltada à proteção dos direitos inerentes à personalidade:

Quanto aos direitos absolutos (ou finais, na definição de Satta) jamais poderiam ser enquadrar – como de fato não se enquadram – na forma de tutela ofertada pela sentença condenatória. Os direitos da personalidade, envolvendo, via de regra, prestações de fazer ou não fazer, vêm-se, por óbvio, inadequadamente tutelados pela via da ação condenatória. Isto porque não constituem tais direitos qualquer forma de relação obrigacional, ‘ma costituiscono dei semplici dovere inerenti a una situazione giuridica finale, della quale sono in certo modo il riflesso’. Devem, pois, ser tutelados como exercício de direito absoluto, e não de obrigação – tal como costuma a doutrina tratar os direitos da personalidade – com todas as implicações daí decorrentes.<sup>551</sup>

São infinitos os motivos que autorizam a busca da regulação da tutela específica ao atingimento da tutela jurisdicional adequada de tal forma a

---

<sup>548</sup> WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 157.

<sup>549</sup> MARINONI, 1998, p. 259.

<sup>550</sup> Ibid., p. 216.

<sup>551</sup> ARENHART, 2000, p. 176.

atrelar às três sentenças clássicas, a sentença mandamental e a sentença executiva.<sup>552</sup>

## 9.1 A SENTENÇA MANDAMENTAL

É de conhecimento geral que Pontes de Miranda foi o precursor da conceituação da sentença mandamental no Brasil, sendo certo, outrossim, que a doutrina brasileira é renitente à sua aceitação ao lado das sentenças clássicas definidas na divisão trinária,<sup>553</sup> quais sejam, declaratória, constitutiva e condenatória.

A doutrina jamais discutiu de forma adequada a questão da sentença mandamental. Parte da doutrina estabeleceu uma ligação entre a teoria da ação mandamental e a sentença do mandado de segurança, ou, o que é pior, entre a tutela mandamental e o seu único destinatário que seria apenas o agente público.<sup>554</sup>

Para melhor avaliar a idéia de Pontes de Miranda acerca da sentença mandamental, transcreve-se texto de sua lavra:

Na sentença mandamental, o ato do juiz é junto, imediatamente, às palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito imediato. Não é mediato, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é incluso, como o ato do juiz na sentença constitutiva. Na sentença mandamental o juiz não constitui: ‘manda’. Na transição entre o pensamento da sentença condenatória e o ato da execução, há intervalo, que é o da passagem em julgado da sentença de condenação e o da petição da ação *iudicati*. Nas ações executivas de títulos não-judiciais, essa imediatidade desaparece, de modo que o ato prima; ainda que se tenha de levar em conta o elemento condenatório, a ação é executiva. Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e valor);

---

<sup>552</sup> MARINONI, 1998, p. 217.

<sup>553</sup> MARINONI, 1998, p. 349-350.

<sup>554</sup> *Ibid.*, p. 350.

tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato e que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, se pode pedir que dispense o 'mandado'. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a solução final é ato da parte (solver o débito). Ou o juiz forçando.<sup>555</sup>

Consignada, então, a idéia de sentença mandamental da insígnia de seu mentor, e porque há que se convir que o momento processual atual exige a revisão dos poucos conceitos atinentes a este instituto e, mais, a uma união de esforços pela doutrina para tentar decifrar as incógnitas que o envolvem, admite-se que o esforço de Pontes de Miranda não foi em vão, embora Ovídio Baptista da Silva – quando em comento à sentença mandamental, tenha concluído em determinada época:

Nenhuma dessas duas tarefas é fácil, podendo-se mesmo dizer que, no estágio atual do direito brasileiro, não existe um parâmetro seguro que nos possa indicar os limites possíveis para as ações mandamentais, bem como seria igualmente precária e insegura qualquer tentativa de encontrar o elemento conceitual que as torna diversas das condenatórias.<sup>556</sup>

Luiz Guilherme Marinoni, por seu turno, quando trata das sentenças mandamentais insiste na necessidade da descoberta científica dos novos critérios que devem ser utilizados para a obtenção de uma categoria de sentenças que mais se coadunem com a realidade processual atual e afirma o seguinte:

Se a classificação trinária é reflexo das idéias que vigoravam à época do surgimento da teoria de Chiovenda, é necessário que se proponha uma nova classificação das sentenças, ou ao menos diversos critérios para ulterior aprofundamento e surgimento de uma classificação das tutelas que esteja de acordo com os valores do direito processual atual.

<sup>555</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1, p. 211.

<sup>556</sup> SILVA., Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo Civil*. Porto Alegre: Fabris, 1990. v. 2, p.259.

Se a tutela jurisdicional não é apenas a sentença, mas verdadeiramente o conjunto de meios de que dispõe o direito processual para atender adequadamente às disposições do direito substancial, o que importa verificar, quando se pensa em uma nova classificação das tutelas, é a repercussão que a tutela jurisdicional efetivamente tem no plano do direito material.<sup>557</sup>

Este aspecto é fundamental para o entendimento e admissão das novas formas de sentenças a serem traçadas, porque reflete a questão relativa à tentativa necessária de nova aproximação entre o direito material e o direito processual, porém, sem confundi-los.

Na exata proporção em que o direito material precisa ser resguardado, deve estar apta a tutela jurisdicional a ser prestada, e, caso não se identifique com as sentenças clássicas admitidas pela doutrina, por ser evidente que um quarto pilar na estrutura das sentenças deve ser levantado.

Portanto, a nova tendência em associar o direito material e o direito processual visando a tutela jurisdicional dos direitos faz sobressair a tutela específica a qual reúne as ações, rompendo com a tradicional *nulla executio sine titulo* e com o princípio da tipicidade de execução, dando azo à sentença executiva *lato sensu*, e especialmente sinalizando a possibilidade de anuência e aderência à tese de que a sentença mandamental predomina como forma de classificação da tutela inibitória.

A sentença mandamental é preponderante, mas não única. Ada Pellegrini Grinover, também no intuito de proceder à devida revisão das sentenças clássicas resultantes do processo de conhecimento, busca uma resposta acerca da natureza da sentença do artigo 461 do CPC:

---

<sup>557</sup> MARINONI, 1998, p. 397/405.

Não há resposta a essa indagação na visão tradicional, que classifica o processo de conhecimento e as sentenças nele proferidas em meramente declaratórias, condenatórias e constitutivas, uma vez que a sentença condenatória, por definição, demanda um processo de execução separado. Somente se poderia dizer que a sentença do art. 461, quando aplicadas as medidas sub-rogatórias previstas em seu § 5º., é de natureza condenatória, mas atípica, pois os atos executórios são praticados no próprio processo de conhecimento. O que nada mais é do que reconhecer a existência de sentenças condenatórias imediatamente executivas ou, em outras palavras, de sentenças executivas *lato sensu*.<sup>558</sup>

Sérgio Cruz Arenhart afirma que o “provimento estabelecido no art. 461 do Código de processo Civil” traz a possibilidade de ser emitida uma sentença mandamental ou executiva *lato sensu*, conforme o caso, destacando o fato de que não cabe outra sentença senão a mandamental nos casos das obrigações de fazer ou não fazer, por tratar-se de obrigação infungível, só podendo ser cumprida pelo demandado.<sup>559</sup>

Referindo-se à natureza da decisão que determina o fazer ou o não fazer sob pena de multa e segundo conceito de que a sentença mandamental ordena, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a sentença neste caso, nada tem de condenatória, mas é puramente mandamental. O argumento que explica sua idéia, além de outros, é aquele segundo o qual ela dá uma ordem para o cumprimento da obrigação, ou seja, manda, sob pena de multa, enquanto a sentença condenatória “abre a oportunidade para o uso dessa força.”<sup>560</sup>

---

<sup>558</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer: reforma do código de processo civil*. Coordenação de Sávio Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 261-262.

<sup>559</sup> ARENHART, 2000, p. 177. Proto Pisani é defensor da idéia de que a obrigação de não fazer é sempre infungível e por isso seu caráter mandamental. (Ibid., p.186).

<sup>560</sup> MARINONI, 1998, p. 358.

Importa, então, a reformulação de uma conceituação de classificação das tutelas tendo em vista o direito material que a elas adere, tomando “em consideração, os problemas que são próprios à tutela civil dos direitos.”<sup>561</sup>

Para melhor tomada de consciência a respeito, passa-se a distinguir as tutelas inibitória, ressarcitória e reintegratória.

---

<sup>561</sup> Ibid., p. 410.

## 10 DIFERENCIAÇÃO ENTRE TUTELAS INIBITÓRIA, RESSARCITÓRIA E REINTEGRATÓRIA

A distinção entre a tutela inibitória e a tutela ressarcitória não possui maiores complicadores, uma vez que a primeira tem por escopo prevenir o ilícito, enquanto a tutela ressarcitória como sugere seu próprio nome se encarrega de ressarcir o dano praticado. Luiz Guilherme Marinoni afirma:

A tutela ressarcitória, em princípio, seria a simples tutela que responde a um direito pecuniário equivalente ao valor do dano sofrido, ou ainda a tutela alternativa à tutela específica, vale dizer, a tutela que visa a ressarcir o autor em pecúnia pela impossibilidade da tutela na forma específica.<sup>562</sup>

No que concerne à diferenciação entre a tutela ressarcitória e a tutela reintegratória, há que se esclarecer, por primeiro, que a tutela ressarcitória necessita do cometimento do dano, que, por sua vez, implica em apuração de culpa ou dolo, exigindo, outrossim, o nexó entre a pessoa e o dano. A ausência, entretanto, destes requisitos faz prescindir a condenação a um ressarcimento. A tutela reintegratória independe de culpa ou dolo, pois seu objetivo é extinguir a situação ilícita posta, não havendo necessidade de “valoração do comportamento de quem impede tal resultado.”<sup>563</sup>

No que se refere à tutela reintegratória, no entanto, a problemática é um pouco mais significativa. A tutela reintegratória surgiu no direito italiano, com o desdobramento do art. 2.058 do CC italiano e causou muita polêmica, porque era confundida com a tutela ressarcitória. No entanto, trata-se de diferentes tutelas, já que na tutela reintegratória, ao contrário da tutela ressarcitória, não se aventa de culpa ou dolo, pois seu escopo é eliminar uma situação antijurídica, independente do

---

<sup>562</sup> MARINONI, 1998, p. 412.

ato ter causado dano, sendo, portanto, suficiente, a transgressão de uma norma jurídica.<sup>564</sup>

Nesse aspecto, há que se reconhecer que a confusão estabelecida, especialmente na Itália, acerca do assunto tem origem na ausência de perfeita distinção entre o ilícito e o dano, porque o ilícito diz com a reintegração, enquanto o dano diz respeito ao ressarcimento. Luiz Guilherme Marinoni afirma: “o ilícito liga-se à tutela reintegratória, enquanto o dano deve ser objeto da tutela ressarcitória.” A tutela reintegratória ou de remoção do ilícito visa eliminar a situação de ilicitude, restaurando a condição anterior ao ato contrário ao direito, ou o retorno ao que deveria estar reinando, se a norma não fosse violada. Diz-se tutela de remoção do ilícito porque reintegra o direito que foi usurpado, sem o consentimento do agente causador do ilícito.<sup>565</sup>

Tome-se como exemplo o caso de medida judicial que determina o fechamento de uma indústria construída em local vedado pela norma ambiental, caso em que a tutela dirige-se contra a causa do dano e não à lesão do meio ambiente. Igualmente, quando determina que se retire um anúncio de publicidade que caracteriza concorrência desleal, é a tutela de remoção do ilícito, e não do dano.<sup>566</sup>

Esta tutela difere da tutela ressarcitória específica porque nesta, além de restabelecer-se a situação precedente ao dano, há que se restituir o estado das coisas que existiria, se o dano não tivesse ocorrido. Isto porque se exige uma efetiva tutela ressarcitória do dano, proporcionando o resultado equivalente à

---

<sup>563</sup> MARINONI, 1998, p. 412-413.

<sup>564</sup> Art. 2058 do Código Civil italiano: “Risarcimento in forma specifica, qualora sai in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore.”

<sup>565</sup> MARINONI, op. cit., p. 412-413.

<sup>566</sup> MARINONI, ARENHART, 2003, p. 465.

situação que existiria caso o dano não fosse praticado. No caso da distinção entre tutela inibitória que tenha a função de evitar a continuação do ilícito e tutela reintegratória que tenha por escopo eliminar a continuação de um ilícito, há que se anotar que a tutela inibitória tanto pode estimular o réu a cessar a prática do ilícito ou mesmo a removê-lo mediante aplicação da *astreinte*. Contudo, a inibitória não elimina por si só o ilícito, enquanto que a tutela reintegratória extingue a situação de ilícito independente da vontade do agente e, portanto, é uma tutela repressiva.<sup>567</sup>

Toma-se como exemplo do referido acima, o caso de pedido de instalação de instrumento essencial para estancar a poluição ao meio ambiente. Caberá tutela inibitória se for pleiteada a instalação de filtro pelo próprio agente poluidor com incidência de multa. No entanto, tratar-se-á de reintegratória caso o autor requeira que um terceiro estranho à lide a faça. **(apague este texto entre parentes)**

Já foi dito antes e não é demais repetir que o princípio de menor prejuízo à esfera jurídica do réu, para evitar gravame desproporcional ou excessivo ao demandado, deve ser levado em consideração, assim como o princípio da necessidade que sugere o princípio do meio mais idôneo e aquele que defende a menor restrição possível. O exemplo da indústria que causa poluição, pode ser aqui consignado, entendendo-se que, se for suficiente a instalação de material para eliminar a poluição, desnecessária será sua interdição. Do mesmo modo, se o equipamento pode ser instalado sem que haja paralisação da atividade da indústria, em nome do princípio da menor restrição possível, desta forma será efetivado o trabalho.

---

<sup>567</sup>MARINONI, 1998, p. 412-413.

A possibilidade de fungibilidade entre a tutela inibitória e a tutela reintegratória, é aceitável. Na eventual ocorrência de um ilícito que não permita a espera do tempo necessário à efetivação da ordem inibitória, justifica-se a concessão da tutela reintegratória e, da mesma forma, o inverso. Tal fungibilidade poderá se dar, inclusive, quando na instrução probatória restar demonstrado que uma técnica processual é suficiente para evitar ou eliminar a continuação de um ilícito.<sup>568</sup>

Antevê-se, ainda, a possibilidade da tutela ressarcitória na forma específica. Luiz Guilherme Marinoni diz que a dificuldade deste entendimento se dá pelo fato de que há uma idéia no meio jurídico segundo o qual, tratando-se de responsabilidade extracontratual, a forma de ressarcimento do dano dar-se-ia em pecúnia tão somente, e refuta esta construção do imaginário jurídico, afirmando:

O ressarcimento, contudo, pode dar-se não só através de pecúnia, mas igualmente com a prestação de uma coisa ou de uma atividade que resulte adequada, em vista da situação concreta, para eliminar as conseqüências danosas (portanto, o dano) do fato lesivo.<sup>569</sup>

---

<sup>568</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. op. cit. p. 427.

<sup>569</sup> Ibid. p. 431.

## 11 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como foco o efetivo acesso à Justiça, com destaque na tutela inibitória, medida legítima de prevenção do ilícito, a qual permite perceber a proximidade entre o direito e sua evidente proteção.

É secular o interesse e luta constantes dos doutrinadores no sentido de dar efetividade ao processo, com o intuito de obter uma “ordem jurídica justa”.

Oskar Von Bülov já disse de *lege data*:

a ciência processual civil tem, ainda, um longo caminho a percorrer para alcançar o progresso obtido em outros campos do direito. Para isto, é conveniente, antes de tudo, o estímulo de uma investigação dogmática livre. Ainda jazem na penumbra as mais importantes e básicas idéias processuais, obscurecidas por uma construção conceitual inadequada e uma errônea terminologia; ambas, herança recebida do direito medieval e conservada com a maior fidelidade e constância.<sup>570</sup>

Giuseppe Chiovenda, por sua vez, plantou idéia contemporânea e importante para o Direito atual, no entendimento de que o processo deve dar àquele que tem razão tudo aquilo que tem o direito de conseguir<sup>571</sup>, e, levando em conta a efetividade e a tempestividade buscadas no processo moderno, referida expressão tem conseguido espaço real no ordenamento jurídico brasileiro.

Somente estas duas idéias ora consignadas traduziriam a sede da doutrina em praticar, efetivamente, o princípio da estabilização social. Já não era, portanto, sem tempo, que o Direito brasileiro passasse a se preocupar com o processo de maneira que atinja o direito material invocado em sua plenitude.

Luiz Guilherme Marinoni e Kazuo Watanabe, precursores das medidas de urgência trazidas para o âmbito do direito positivo desde as reformas de

---

<sup>570</sup> BÜLOV, 2003, p. 3.

1994, nunca desistiram de insistir nas idéias já propagadas por Guisepe Chiovenda, Oskar Von Bülov e reforçadas por vários doutrinadores brasileiros a exemplo de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e tantos outros doutrinadores de estirpe.

Não contente com o que vê posto no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina, assim como também a jurisprudência, lutam para que haja uma verdadeira “revolução” nos conceitos clássicos de sentença, especialmente aquele que admite tão somente sua classificação trinária [declaratórias, constitutivas e condenatórias], para colocar um quarto pilar em sua estrutura exatamente para atender a real necessidade de incluir as medidas específicas e sumárias no novo ordenamento que se impõe com as reformas. Para tanto, há necessidade de encontrar, na “penumbra” referida por Oskar Von Bülov, os pressupostos e estruturas específicas para as novas medidas.

Conforme destacado no presente trabalho, ainda que a tutela inibitória se traduza numa tutela de cognição exauriente, pode-se afirmar, em poucas palavras, que o ordenamento jurídico brasileiro finalmente admitiu uma tutela de prevenção eficiente, não só porque impede a prática do ilícito, mas também porque admite esta coibição efetiva e tempestivamente, através da tutela inibitória antecipada, da cominação de multa e de demais medidas necessárias à sua consecução.

Este instituto efetivamente vem atender o princípio constitucional do acesso à Justiça, porque ao Direito não deve interessar o ressarcimento – aquele instituto único a fazer-se valer o demandante após ver seu direito ofendido por ausência de uma ação genuinamente preventiva.

---

<sup>571</sup> MARINONI, 1998, p. 18.

Foram vários os percalços para sua admissão, bastando lembrar que o artigo 798 do CPC sempre serviu de “escapatória” para o atendimento dos direitos evidentes e urgentes, não se podendo, porém, perder de vista suas conseqüências, inclusive o fato de obrigar a que fosse impetrada uma ação principal, ainda que desprovida de utilidade e ou absolutamente desvirtuada do fim colimado.

Para a admissão da tutela inibitória de cognição exauriente, outrossim, o problema se fixava na dificuldade de separar o ilícito do dano, uma vez que a construção doutrinária a esse respeito - resquício do Direito medieval - não enxergava a possibilidade de contenção do ilícito, mas tão somente a reparação do dano, cujo ilícito, em regra, é pressuposto.

Pôde-se ver, no entanto, que os véus têm sido descortinados para acolher institutos mais propícios ao efetivo Direito, especialmente quando se trata dos direitos da personalidade, os quais foram sempre preteridos em favor do direito patrimonial. Tanto é assim que o instituto da tutela inibitória sempre existiu em nosso Direito em sua forma pura, mas para proteger o patrimônio, a exemplo dos casos de interdito proibitório e de mandado de segurança, resultado da política da burguesia que imperava antes.

É certo que mais importante que a proteção dos direitos patrimoniais é a defesa dos direitos absolutos, incluídos aí os direitos da personalidade. O patrimônio material de um homem pode ser reconstruído; no entanto, o patrimônio imaterial representado pelo caráter que pode ser ofendido indevidamente não se refaz com o simples ressarcimento do dano em pecúnia, conforme se pode concluir das correntes ações visando indenização a título de dano moral numa tentativa ingrata e derrotada de “satisfazer” psicologicamente seu direito violado, através de uma pecúnia.

Não existe mais espaço no ordenamento jurídico, especialmente em razão do princípio constitucional do acesso à Justiça, para o “contentamento” pela doutrina e pela jurisprudência com o instituto da reparação.

Por estes motivos a tutela inibitória se sobressai como a única capaz de manter íntegro o direito que se teme ver violado.

Embora o caminho seja ainda extremamente árduo – até porque exige que sejam revistos conceitos estanques, inclusive no que se refere à necessidade de reaproximar cada vez mais o direito material do direito processual - a doutrina e a jurisprudência possuem interesse em sua continuidade e, por certo, redundará em um Direito mais condizente com as necessidades modernas.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: parte geral. 7ª edição. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 7ª edição. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

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

ALVIM, Thereza Arruda. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direitos autorais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito civil: teoria geral das obrigações**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**, 19ª edição. São Paulo: Forense, 1999.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Ação e condições da ação**. RePro n.º 96, Sentença Civil, Revista dos Tribunais, 1994 [s.l.].

\_\_\_\_\_. **Sentença civil**: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. v. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** – influência do direito material sobre o processo. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BERMUDES, Sergio. **A Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Forense, 1989.

RODRIGUES, 1998.

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

BORGES, Nelson. **Considerações sobre direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Juruá, 2000, [s.l.].

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. 31ª edição.

BÜLOV, Oskar Von. 1890-1968. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN Editora, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituzioni di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1961.

CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**: de acordo com a Lei no. 10.444, de maio de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de derecho procesal civil**. Tradução espanhola da 3. ed. Madrid: Réus, 1922. Tomo 1.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v.1.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Konfino, 1947.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Execução civil**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Execução Civil**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. São Paulo: dialética, 1998.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação** – enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FRIGNANI, Aldo. **L'injection nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1974.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela preventiva das liberdades: habeas corpus e mandado de segurança**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 22, abr./jun.1981.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução e prefácio de João Baptista Machado. 2. edição. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Versão condensada pelo próprio autor. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. v. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Liminares no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LAZZARINI, Alexandre Alves. **A Causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável**. v. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 5. edição. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACEDO, Silvio de. **Noções preliminares de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_ e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil**: princípios fundamentais. v. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tendências contemporâneas do direito processual civil**. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 31, p. 199, jul./set. 1983.

MÜLLER, Mary Stela e CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e padrões para teses, dissertações e monografias**. 4. ed. Londrina: UEL, 2001.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código civil e legislação processual em vigor**. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária [s.d].

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 2ª edição. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. v. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PARIZATTO, João Roberto. **Novas alterações do CPC 2002**. Leme: Edipa, 2002.

PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fatto illecito** - inibitoria e risarcimento. Padova: Cedam, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo 1.

RAGAZZI, José Luiz. **Tutela antecipada nas relações de consumo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. 4. ed. anotada, revisada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAPISARDA, Cristina. **Inibitoria. Digesto delle discipline privatistiche**. v. 9. 1993 [s.l.]

RAPISARDA, Cristina e TARUFFO, Michele. **Inibitoria: azione**. v. 17. Enciclopedia Giuridica Trecanni.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

RICCI, Edoardo. **Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália**. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 7.

SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil**. 3 volumes. Sérgio A. Fabris Editor, [s.d.] [s.l.].

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e Execução na tradição romana canônica**. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Racionalismo e tutela preventiva em processo civil**. RT 801/40.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa: CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Leud, 1995.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional: a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. Coordenação de Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. La revista general de Legislacion y Jurisprudencia. Madrid: Instituto editorial Réus, 1952.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: processo de execução**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

\_\_\_\_\_. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.