

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito | Programa de Pós-Graduação

Eduardo Calais Pereira

A TUTELA INIBITÓRIA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

BELO HORIZONTE
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito | Curso de Pós-Graduação

Eduardo Calais Pereira

A TUTELA INIBITÓRIA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Projeto de pesquisa apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme.

BELO HORIZONTE
2013

EDUARDO CALAIS PEREIRA

A TUTELA INIBITÓRIA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, 30 de dezembro de 2013

Componentes da Banca examinadora:

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Titular)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professora Doutor Erico Andrade (Titular)
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Humberto Theodoro Junior (Suplemente)
Universidade Federal de Minas Gerais

Aos meus pais, irmãos e namorada:
luz, alegria, amor e motivação.
Minha verdadeira família que estimula e dá sentido a minha vida.

A Deus, em primeiro lugar, porquanto me permite a cada dia estar de pé e enfrentar todas as adversidades, vencer desafios e romper barreiras, dando-me força e confiança de que, no final, tudo terminará bem....

À minha mãe, por seu amor e carinho sem limites presentes diuturnamente em minha vida.

Ao meu pai, pelos ensinamentos e palavras de sabedoria nos momentos mais difíceis, iluminando sempre o meu caminhar.

Aos meus irmãos, Cíntia e Filipe, pelo companheirismo, amizade e entendimento por estar quase sempre indisponível em virtude da minha vida profissional e acadêmica.

À minha namorada, Izabella, pelo amor, paciência e tolerância ao aceitar e compreender minha ausência, para que pudesse dedicar-me a minha vida profissional e a este projeto.

Aos amigos, que entenderam meu sumiço, mas sempre me apoiaram.

Ao ilustre orientador, Doutor Fernando Gonzaga Jayme, professor e advogado exemplar, cujos ensinamentos desde os tempos de graduação na nossa Vetusta Casa de Afonso Pena foram essências para que este trabalho fosse possível. Obrigado por ter aceitado me conduzir nesta difícil empreitada.

Quando se trata de determinar o significado dessas normas, onde devemos procurar? Em sua fonte, evidentemente, ou seja, nas exigências da vida social. Aí reside a probabilidade mais forte de descobrir o sentido do Direito.

Benjamin N. Cardozo

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo central investigar e compreender o fenômeno da tutela inibitória e, em que medida, esse instituto pode influenciar a efetividade do processo. A tutela ressarcitória, historicamente colocada como principal meio de atuação da jurisdição, mostrou-se insuficiente para a proteção efetiva de determinados direitos, notadamente os não patrimoniais. Nesse contexto, a tutela inibitória constitui o único meio cabível para dar guarida a tais direitos, os quais, depois de violados, não poderão ser ressarcidos com qualquer importância pecuniária. Partindo de uma análise crítica, buscando refletir acerca dos pontos mais controversos inerentes ao tema, procedeu-se a uma investigação histórica, doutrinária, jurisprudencial, com o objetivo de delimitar questões mais controversas e que tem relevância para a busca da efetividade do processo. Analisando outros institutos no direito comparado, tais como o *référé*, na França, e as medidas autosatisfativas, na Argentina, buscou-se demonstrar diferentes caminhos que podem servir como meio para a construção tutela inibitória. O estudo se deu, também, no âmbito constitucional, investigando eventuais conflitos entre o direito à informação (notadamente jornalística) e direito à privacidade, intimidade, honra e imagem, no âmbito da tutela inibitória, levando em consideração o entendimento fixado pelo STF no julgamento da ADPF 130. Ao final, foram analisadas algumas teorias que tratam da efetividade do processo, a fim de demonstrar qual a contribuição da tutela inibitória para tanto. Pretende-se, assim, com o desenvolvimento do estudo, apresentar, com base na hipótese lançada, como a tutela inibitória tem papel essencial para que se aumente a efetividade do processo.

Palavras-chaves: Tutela inibitória. Direitos não patrimoniais. Efetividade do Processo.

ABSTRACT

This dissertation is mainly aimed to investigate and understand the phenomenon of prohibitory injunction and on what extent, the institute may influence the effectiveness of the lawsuit. The compensatory injunction, historically placed as the principal means of performance of the jurisdiction, proved to be insufficient for the protection of some rights, notably the non-material ones. In this context, the prohibitory injunction is the only appropriate means to provide protection to those rights, which once violated, may not be compensated by any monetary amount. From a critical analysis, to reflect the most questionable points of this subject, proceeded to a historical, doctrinal, jurisprudential investigation, in order to delimit the most controversial issues that are relevant to the effectiveness of the lawsuit. Analyzing by comparative law other institutes, such as *référé*, in France, and self-satisfactory measures, in Argentina, sought to demonstrate the different ways that can serve as a means for the construction of the prohibitory injunction. The study also took place on constitutional scope, investigating possible conflicts between the right to information (particularly journalistic) and the right to privacy, intimacy, honor and image on prohibitory injunction scope, taking into consideration the understanding set by STF on the judgment of ADPF 130. At the end, it was analyzed some theories of effectiveness of the lawsuit, in order to demonstrate the contribution of prohibitory injunction for that. It is intended thus, on the development of this study, to present, based on the considered hypothesis, how the prohibitory injunction plays the essential role to increase the effectiveness of the lawsuit.

Keywords: Prohibitory Injunction. Non-material rights. Effectiveness of the lawsuit.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	- Artigo
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CPC	- Código de Processo Civil
CR/88	- Constituição da República / 1988
ONG	- Organização Não Governamental
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TUTELA JURISDICIONAL PREVENTIVA	13
2.1 Evolução histórica do tratamento concedido à tutela preventiva no Brasil.....	13
2.2 Garantia constitucional de acesso irrestrito à justiça (Art. 5º, XXX da CR/88) e o princípio geral da prevenção (tutela jurisdicional preventiva).....	17
2.3 A tutela declaratória.....	20
2.4 A tutela cautelar	20
2.5 A condenação para o futuro	22
2.6 Tutela inibitória e o direito comparado. O sistema das tutelas diferenciadas na França e na Argentina (<i>référé</i> e medidas autosatisfativas).....	23
2.6.1. <i>O sistema do référé francês</i>	23
2.6.1.1. <i>Linhas gerais</i>	23
2.6.1.2. <i>Análise dos tipos legais</i>	25
2.6.2. <i>As medidas autosatisfativas do Direito argentino</i>	27
2.6.3. <i>Reflexos do référé e das medidas autosatisfativas na tutela inibitória</i>	28
3 A TUTELA INIBITÓRIA	32
3.1 Considerações iniciais	32
3.2 Fundamentos.....	34
3.2.1. <i>Substanciais</i>	34
3.2.2. <i>Processuais</i>	35
3.3 Pressupostos	38
3.4 Espécies.....	39
3.5 A tutela inibitória e a defesa dos direitos não patrimoniais	41
3.6 Tutela inibitória antecipada	43
3.7 A <i>astreinte</i> e os outros meios de coerção	45
3.7.1. <i>A tutela inibitória e a exceção ao princípio da congruência</i>	47
3.8 Da (im)possibilidade da revisão do valor da <i>astreinte</i> – uma análise da jurisprudência do STJ	48
3.8.1. <i>Introdução</i>	48
3.8.2. <i>1ª corrente: possibilidade da redução do valor da multa</i>	51

<i>3.8.3. 2ª corrente: impossibilidade (ou mitigação das possibilidades) de redução do valor da multa</i>	52
<i>3.8.4. Análise crítica dos posicionamentos do STJ</i>	54
3.9 Execução provisória da astreinte	56
3.10 A relevância da prova indiciária em sede da tutela inibitória	61
<i>3.10.1. Ata notarial como meio de prova na tutela inibitória</i>	62
4 SENTENÇA E A TUTELA INIBITÓRIA – CONSIDERAÇÕES SOBRE A CLASSIFICAÇÃO CHIOVENDIANA E A SENTENÇA MANDAMENTAL E EXECUTIVA	66
5 A TUTELA INIBITÓRIA E A POSSÍVEL COLÍSIÃO DE PRINCÍPIOS	69
5.1 A liberdade de informação e o direito à intimidade, a privacidade, a honra e a imagem	71
5.2 A colisão de direitos e princípios e o julgamento da ADPF 130 pelo STF	73
6 A TUTELA INIBITÓRIA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO	79
7 PERSPECTIVAS DA TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO	85
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS	92

1 INTRODUÇÃO

Não é contemporânea a ideia de que o processo, como meio idôneo de realização do direito material, deve proporcionar ao particular “tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir”¹.

Todavia, desde o momento em que a jurisdição passou ao monopólio do Estado, vedando-se a autotutela, essa função estatal de “dizer o direito” diante de um caso concreto esteve sempre atrelada a uma natureza reparatória, isto é, focalizada na reparação das lesões causadas aos direitos subjetivos dos cidadãos.

Ocorre que o processo civil, uma vez visto como direito fundamental do cidadão, deve ser estruturado com o objetivo de propiciar a devida tutela dos direitos, o que significa dizer que ele não pode se exaurir meramente em um aspecto reparatório, principalmente quando se trata de direitos não patrimoniais.

Ora, se o Estado veda, em regra, a autotutela, certo é que cabe a ele fornecer aos particulares os mecanismos de proteção que se assemelhem, o mais próximo possível, daquilo que lhes fora expropriado. Em outras palavras, a tutela concedida pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, deve aproximar, ao máximo, daquele resultado que seria obtido com o respeito espontâneo ao direito.

Com a promulgação da Constituição da República, em 5 de outubro de 1988, uma série de direitos e garantias do cidadão foram solidificados, notadamente por meio do art. 5º que trata dos “direitos e deveres individuais e coletivos”. Dentro desse dispositivo constitucional, para os objetivos deste trabalho, merece destaque o inciso XXXV, uma vez que preceitua a garantia irrestrita de acesso à justiça ao estipular que nenhuma lesão ou ameaça ao direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Destarte, a tutela jurisdicional dos direitos deve ter como escopo, além da reparação ao direito já lesado, a prevenção de atos contrários a ele. Mas como seria o meio adequado para essa tutela preventiva? Não obstante a própria Carta Constitucional já prescrever, desde 1988, a necessidade dessa tutela de prevenção, certo é que não existia, no âmbito processual civil, meio adequado para tanto, excetuando-se os restritos casos de mandado de segurança preventivo, nunciação de obra nova e interdito proibitório.

¹ “ Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi a un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire” (CHIOVENDA *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 29 e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21).

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e das Leis nº 8.952/1994 e nº 10.444/2002 não havia previsão de um procedimento que garantisse uma tutela inibitória atípica, isto é, que pudesse ser utilizada em diversas situações. Todavia, com tais leis, criou-se um substrato legal que possibilita a efetivação da tutela inibitória – individual e coletiva - como meio eficaz de prevenir a ocorrência de atos contrários ao direito e, conseqüentemente, potenciais danos.

Realidade intransponível para aqueles que militam na advocacia, bem como para aqueles que se destinam ao estudo do Direito Processual Civil, constitui o novo Código de Processo Civil em votação perante a Câmara dos Deputados. No texto colocado em votação, foram destinados alguns dispositivos para o tratamento da tutela inibitória, tratando inclusive de temas polêmicos, os quais serão futuramente analisados neste trabalho. Conquanto não se possa definir quando e qual será o texto final desse possível novo Código de Processo Civil, não se pode tapar os olhos para as disposições sugeridas e que estão sendo objeto de apreciação pelo Poder Legislativo.

Levando em consideração o mencionado arcabouço normativo brasileiro vigente e vindouro, bem como a garantia constitucional a uma tutela jurisdicional preventiva, o presente trabalho monográfico versará sobre esse novo modelo processual que tem por prioridade a tutela específica e preventiva do direito individual e coletivo. Para tanto, será realizada uma análise histórica desse instituto no Direito brasileiro, bem como de suas características principais, a fim de dimensionar a relevância da tutela preventiva para o desenvolvimento de um processo realmente efetivo. Ademais, não se furtará a uma análise constitucional do tema, notadamente envolvendo eventuais conflitos de direitos e princípios atinentes ao instituto aqui investigado.

2 TUTELA JURISDICIONAL PREVENTIVA

2.1 Evolução histórica do tratamento concedido à tutela preventiva no Brasil

Não obstante o desenvolvimento recente de estudos² que tratem mais proficuamente da tutela inibitória, não há dúvida de que, desde meados do Séc. XV, já se falava, ainda que de forma incipiente, desse assunto. Destarte, muito importante se mostra a análise histórica do instituto em comento, para que se possa elucidar dúvidas que até hoje afligem os operadores do Direito.

Desde as primeiras Ordenações do Reino, o direito pátrio já aceitava a ideia de uma tutela inibitória, vez que se cogitava a possibilidade de coerção como meio de obter a abstenção pretendida.

Nas Ordenações Afonsinas (1446 - 1521), criaram-se as ações cominatórias (Livro II, Título LXXX, §6º) – processos de preceitação, ações de preceito cominatório ou ainda embargos à primeira -, prevendo que “a parte, que se teme ou receia ser agravada, se pode socorrer dos Juizes da terra, implorando seu Officio, per que mandem prover como lhe non seja feito tal agravo”. O §8º da mesma norma, previu, ainda, que, depois de concedida a ordem de segurança, nas hipóteses em que exista violação da ordem judicial, o magistrado estaria autorizado a restituir as coisas ao seu *status quo ante*, assegurando a aplicação de uma pena ao ofensor. Por outro lado, quando a ofensa recaía sobre a pessoa do próprio requerente, havendo desprezo ao mandamento judicial, cabia contra o defensor punição áspera, nos termos o §9º. Salienta-se, ainda, que em todos esses casos exigia-se demonstração de uma causa verossímil, justa e razoável como requisito para o deferimento do pedido (§§ 8º e 9º).

Nessa mesma linha de ideias, as Ordenações Manuelinas (1521 - 1603), em seu Livro III, Título LXII, §§5º a 7º, fizeram expressa previsão à autoridade do juiz para impor medidas que não permitissem o menosprezo das decisões.

Tratamento semelhante, porém mais conciso, foi dado às ações cominatórias nas Ordenações Filipinas (11/01/1603 – 01/01/1917) (Livro III, Título LXXVIII, §§5º e 6º).

Acerca da tutela preventiva nas Ordenações Filipinas, Arenhart faz a seguinte constatação:

² Nesse sentido, merecem destaques os autores José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart.

Interessante observar que o entendimento dominante em relação às Ordenações Filipinas era no sentido de que a prova da ameaça necessária para a concessão do mandado, poderia ser feita mesmo como apenas uma testemunha, portanto de forma absolutamente sumária (Ordenações Filipinas, Livro I, Título XXIV, §17), o que indica efetivamente a preocupação com a cognição sumária da ação e a busca de mera verossimilhança como requisito para concessão da ordem.³

Até esse momento, cumpre asseverar, todavia, que as ações cominatórias eram o resultado da junção de outras duas, uma de natureza possessória (interdito proibitório) e outra pessoal (ação de preceito cominatório). Em razão disso, restringiu-se o uso dessas ações cominatórias às hipóteses relacionadas à matéria possessória, o que não possibilitou serem aplicadas para tutelar as obrigações de fazer e não-fazer.

O Regulamento 737, de 1850, acabou por reduzir, ainda mais, a aplicação das ações cominatórias ao deixar de prevê-las para as questões ligadas à matéria comercial, o que acarretou, posteriormente, mediante o Decreto 763, de 1890, a restrição do uso de tais ações às causas civis, com base nas Ordenações Filipinas.

Na era dos Códigos Estaduais, as ações cominatórias continuaram com tratamento semelhante ao que lhes fora concedido pelas Ordenações e pelo Regulamento 737. Todavia, merecem destaques os diplomas legais dos estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo, porquanto previam o cabimento da ação cominatória em separado da ação possessória.

Salienta-se, entretanto, que, não obstante tais previsões, ainda não era clara a distinção entre a ação de natureza possessória e de natureza pessoal, motivo pelo qual ambos os institutos eram assimilados a uma única figura.

O Código de Processo Civil de 1939, influenciado pelos digestos estaduais, previu os dois mecanismos de formas separadas, uma ação cominatória (arts. 302 a 310) para as obrigações de fazer e não-fazer, e outra para a possessória. Com a edição desse diploma legal, notadamente pelo seu art. 302⁴, abriu-se a oportunidade para o real desenvolvimento da tutela inibitória. O mencionado código permitiu a utilização da ação cominatória para qualquer hipótese em que uma pessoa pudesse exigir da outra a prática de um fazer ou não-fazer. Além disso, o art. 303⁵ concedia ao magistrado a possibilidade de fixação de multa em caso de descumprimento do preceito.

³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 214-215.

⁴ Art. 302. A ação cominatória compete:
(...)

XII – 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.

⁵ Art. 303. O autor, na petição inicial, pedirá a citação do réu para prestar o fato ou abster-se do ato, sob a pena contratual, ou a pedida pelo autor, si nenhuma tiver sido convencionada.

Com esse substrato legal, estava montada a base normativa necessária ao desenvolvimento da tutela inibitória. Contudo, privilegiando a condição do réu e sua liberdade, entendia-se que a multa prevista no art. 303 somente poderia incidir após o trânsito em julgado da sentença. Dessa maneira, em que pese a estrutura legal ser apta a propiciar uma tutela preventiva, tal interpretação conduziu a total ineficácia da ação cominatória.

Acerca desse assunto, a lição de Barbosa Moreira demonstra de forma clara o que levou a inadequação da ação inibitória do CPC de 1939:

A ação cominatória foi vítima de certa jurisprudência mal avisada que, contra os votos da melhor doutrina, interpretou o código de 1939 como se a multa cominada ao devedor pelo inadimplemento só começasse a incidir após o trânsito em julgado da sentença final, ou – variavam as fórmulas liberalizantes – após a nova citação do réu vencido. Assim se concedida a este uma segunda oportunidade, degradando-se em tutela condenatória comum, *sancionatória*, portanto, a tutela preventiva idealizada pelo legislador.⁶

Inspirado pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante durante a vigência do CPC de 1939 foi promulgado, em 1973, o atual Código de Processo Civil brasileiro prevendo, de forma expressa, que a multa na ação cominatória somente poderia ser cobrada após o descumprimento da sentença (art. 287 em sua redação original⁷). Em razão do tratamento legal dado ao tema, a mencionada ação perdeu sua utilidade e fez com que os operadores do Direito buscassem outros meios para a efetivação da tutela inibitória, tais como as medidas cautelares inominadas e o interdito proibitório. Nesse contexto, teve início a grande confusão que muitos fazem entre tutela inibitória e medida cautelar, o que, frisa-se, será objeto de elucidação posteriormente.

Comentando o art. 287 do CPC, em sua redação original, Figueira Júnior faz a seguinte observação:

Sem maiores dificuldades, percebe-se que para coisa alguma serve a técnica definida no art. 287, no tocante à efetividade do processo, frustrando-se por completo a satisfação perseguida pelo autor como a demanda proposta. Então a única saída encontrada até a reforma de 1994 foi lançar mão, conforme já nos referimos, das ações cautelares inominadas, que, fugindo dos seus escopos e contornos próprios, ofereciam celeridade e tutela provisional de natureza satisfativa, evitando dano irreparável ou de difícil reparação.⁸

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p 28-29.

⁷ Art. 287. 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 (arts. 644 e 645).

⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, Vol.4. T. II, p. 99)

Como se vê, a ação cominatória do antigo art. 287 do CPC não foi capaz de propiciar a tutela inibitória plena, o que levou ao uso desenfreado de medidas cautelares com esse escopo.

A Constituição da República, lançou a base principiológica da tutela inibitória, por meio do art.5º, XXXV ao assegurar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça da direito”. Assim, ainda que no momento da entrada em vigor da nossa Lei Maior, o direito infraconstitucional não fosse dotado de técnicas que pudessem propiciar a adequada tutela preventiva, o texto constitucional consagrou a necessidade desta proteção no ordenamento jurídico pátrio.

Foi na esteira da Constituição que, em 1990, por meio do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, lançou-se a base normativa para a tutela inibitória no plano coletivo. No âmbito individual, por outro lado, foi o art. 461 do CPC, com redação dada pela Lei 8.952/1994, que assegurou o uso dessa tutela.

Todos esses dispositivos legais formam, sem dúvida, o substrato legal que, enfim, possibilitaria o desenvolvimento pleno da tutela inibitória no direito brasileiro. Todavia, ainda hoje, percebe-se que o tema em análise carece de apreço dos estudiosos do Direito e, principalmente, da jurisprudência. Ora, a título de exemplificação, não obstante a importância dessa matéria, é latente a dificuldade de encontrar na literatura de direito processual civil brasileiro algumas páginas sobre esse assunto⁹.

Embora ainda não promulgado, não se pode deixar de mencionar que se encontra em votação perante a Câmara dos Deputados o projeto de um novo Código de Processo Civil. No texto base colocado em votação, algumas novidades foram inseridas no tratamento da tutela inibitória. Mantiveram-se os pontos básicos acima mencionados, mas foram enfrentadas questões polêmicas, tais como a execução provisória da astreinte, bem como a configuração de crime de desobediência nas hipóteses de não cumprimento injustificado da decisão judicial.

Todavia, é inegável que diversos pontos controversos não foram tratados. Na verdade, infelizmente, muito pelo modo como foi tocada a elaboração desse projeto, uma infinidade de problemas não foram enfrentados, o que leva a questionar se uma nova lei nos moldes projetados terá o condão de modificar a realidade do processo civil brasileiro.

Pois bem. Demonstrado, de forma sucinta, o caminho que a doutrina e jurisprudência percorreram até os dias atuais, cumpre analisar como a tutela inibitória é

⁹ Exceção que merece destaque trata-se do Manual de Processo de Conhecimento, porquanto os autores, Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart, fazem uma profícua análise sobre o tema que, sem dúvida, serviu de incentivo e base teórica para o presente trabalho.

tratada atualmente e como vem se mostrando cada vez mais essencial ao desenvolvimento de um processo efetivo, pautado sempre em conceder ao jurisdicionado a proteção específica e preventiva dos seus direitos.

2.2 Garantia constitucional de acesso irrestrito à justiça (art. 5º, XXX da CR/88) e o princípio geral da prevenção (tutela jurisdicional preventiva)

Em primeiro lugar, cumpre elucidar a definição conceitual do termo tutela aqui utilizado. Para tanto, transcreve-se lição de Arenhart:

O termo tutela é empregado como resposta do Estado, intimamente vinculado àquilo de que necessita o autor que tenha razão, envolvendo não apenas o direito de provocar a jurisdição, mas em especial o direito a uma adequada prestação jurisdicional, aí incluído o direito a um procedimento, a um provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material invocada pelo demandante.¹⁰

O termo tutela não deve ser confundido com sentença, tampouco com os modelos processuais (procedimentos), pois ambos constituem, na verdade, meios para a concessão daquela.

O art. 5º, XXXV, da Constituição da República (CR/88) é apontado como corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Segundo tal dispositivo constitucional, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Todavia, mais do que garantir o amplo e irrestrito acesso ao judiciário, assegura ao jurisdicionado o direito de obter uma tutela jurisdicional preventiva (princípio geral da prevenção)¹¹.

Isso porque permite ao cidadão postular em juízo com o objetivo de ver protegido seu direito em face da ameaça de lesão. Em outras palavras, essa garantia estabelece que o

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil; 6). p.47

¹¹ Fernando Gonzaga Jayme faz uma ressalva no sentido de que: “No ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente do que ocorreu em outros países, a cláusula que assegura a proteção judicial efetiva não se encontra exclusivamente explicitada no texto constitucional, ela se constrói a partir de uma interpretação sistemática e teleológica das normas constitucionais, pois o preceito constitucional que assegura que ‘nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário’ não expressa em seu texto toda a sua transcendência.” JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.242 e 243.

jurisdicionado, antes mesmo de ver seus direitos violados, pode buscar o Judiciário, a fim de que seja evitada essa transgressão.

Não há dúvida de que o constituinte, atento ao fato de que a tutela ressarcitória não se apresentava apta a dar guarida a vários direitos, principalmente os não patrimoniais, teve a intenção de prover essa garantia mediante a tutela jurisdicional preventiva.

Dessa maneira, a legislação processual deve apresentar instrumentos capazes de efetivar tal garantia, assegurando a todos adequada tutela dos direitos, e, por conseguinte, o efetivo acesso à justiça¹².

Nesse contexto, destaca-se a lição de Nery Júnior que, ao comentar sobre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional afirma:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é o suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio.

(...)

A Lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação.¹³

Segundo as lições do mencionado autor, a legislação infraconstitucional deve criar meios para que o direito de ação seja exercido em sua plenitude. Isto é, deve permitir que o cidadão busque o Judiciário para a defesa de qualquer direito que ele julgue ser detentor, tendo, por outro lado, os meios processuais para tanto, os quais terão de ser aptos à prestação da tutela adequada.

Nesse contexto, quando se pensa em adequada tutela jurisdicional, deve-se rever o conceito de direito de ação, uma vez que este não pode mais ser visto como mera possibilidade de ir ao judiciário, mas sim como predisposição da técnica processual que possa, de fato, ser capaz de dar tutela ao direito alegado. Não é suficiente que todos possam afirmar perante o Judiciário um direito, deve-se garantir a técnica processual que possa viabilizar sua obtenção¹⁴. Nesse sentido, leciona Andrade:

¹² “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002, p. 60).

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.100-1001.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual ou coletiva**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.83.

A vivência das garantias processuais cristalizadas nos princípios constitucionais não mais permite qualquer concepção meramente formal do direito de ação: a concepção de ação, hoje tem de ser necessariamente voltada para atuação da principiologia constitucional que gira em torno da efetividade da tutela jurisdicional.¹⁵

Verifica-se, dessa maneira, que, para dar materialidade ao princípio geral da prevenção insculpido na Constituição Brasileira e, por conseguinte, prestar a tutela adequada, o processo deve transcender os limites da tutela ressarcitória. Afinal, seria ela suficiente para dar guarida a todos os direitos? A resposta parece ser negativa, fazendo-se necessário pensar em outros meios para que aumente o grau de efetividade do processo.

Diante desse cenário, os operadores do direito veem-se diante do questionamento de qual seria a solução para o problema da efetividade do processo. Aqui, de antemão¹⁶, vale a ressalva de que não é suficiente apenas querer combater a morosidade do processo, colocada como maior problema a ser resolvido.

Se a solução final do processo não é satisfativa, como é o caso da tutela ressarcitória para direitos não patrimoniais, querer abreviar o fim da demanda em nada mudará o seu resultado, o qual continuará pouco satisfatório, refletindo, certamente, na pouca efetividade do processo.

O princípio geral da prevenção, assim, impõe a necessidade da construção de um procedimento que se mostre efetivo e capaz de proporcionar ao jurisdicionado a possibilidade de proteção do seu direito, antes que ocorra a lesão. Criar tal mecanismo é, sem dúvida, essencial ao pleno desenvolvimento da tutela jurisdicional adequada e da efetividade do processo.

Todavia, tal consideração faz com que se questione se já existe, no Brasil, instrumentos efetivos para a prestação dessa tutela, bem como se os meios hoje colocados à disposição são suficientes, ou seja, aptos a dar resultados que sejam satisfatórios. No decorrer deste trabalho, tentar-se-á dar algumas respostas a essas perguntas, sempre analisado o processo sob o prisma da sua efetividade, bem como dos princípios constitucionais a ele inerentes.

¹⁵ ANDRADE, Erico. O mandado de segurança no contexto constitucional: procedimento especial para garantia dos direitos do cidadão. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

¹⁶ Mais a frente serão feitas mais considerações acerca da morosidade/celeridade como solução principal para o aumento da efetividade do processo.

2.3 A tutela declaratória

A tutela declaratória visa, na lição de Dinamarco, a eliminar a crise da certeza¹⁷, isto é, extirpar a incerteza que recai sobre a existência ou não de uma relação jurídica.

Muitos sustentam que, em razão do disposto no parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Civil (CPC)¹⁸, a tutela declaratória se prestaria a prevenir a ameaça de lesão ao direito. Todavia, deve-se salientar que, não obstante a sentença declaratória por fim à discussão acerca da relação jurídica, certo é que ela não detém meios para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Desse modo, a tutela declaratória somente poderá, de fato, prevenir a lesão ao direito quando a parte perdedora também sair convencida e disposta a cumprir voluntariamente a obrigação. Nas palavras de Barbosa Moreira:

Como meio de intimidação, e, pois de coerção, todavia, o remédio [tutela declaratória] é fraco: basta pensar que, na eventualidade de inadimplemento, o titular do direito lesado terá de voltar a juízo para pleitear a condenação do infrator, ao qual se concede assim uma folga em boa medida tranquilizadora.¹⁹

Com efeito, a tutela declaratória não tem o condão de permitir uma efetiva prevenção do ilícito, motivo pelo qual não se trata de uma verdadeira tutela preventiva.

2.4 A tutela cautelar

Quando se fala em tutela preventiva, muitos a associam à tutela cautelar sem atentar às particularidades desta e desconhecendo o real significado daquela. Grande parte dessa confusão pode ser explicada por meio de uma análise do desenvolvimento histórico do instituto em análise no Direito brasileiro.

Conforme asseverado anteriormente, o arcabouço normativo apto ao desenvolvimento da tutela preventiva foi desenvolvido recentemente no Brasil, notadamente pelo Código de Defesa do Consumidor (1990) e pela Lei nº 8.952/1994. Antes do advento dessas normas, em face da ineficácia do antigo art. 287 do CPC (redação original), a tutela cautelar foi vista e usada pelos operadores do direito como instrumento capaz de emprestar à

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 149.

¹⁸ Art.4º. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

(...)

Parágrafo único: É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 27.

tutela preventiva a agilidade que ela merecia. A guisa de exemplificação, chegou-se a usar o interdito proibitório como forma de proteção aos direitos autorais²⁰. Naquele momento, ante a inexistência de uma técnica adequada, a cautelar foi desvirtuada dos seus objetivos, a fim de tentar prestar uma tutela verdadeiramente preventiva.

Em que pese o uso da cautelar como forma de conceder uma tutela preventiva, dúvida não há de que ela não se presta a esse fim. Nas palavras do professor Theodoro Júnior:

Consiste, pois, a ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de ‘assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil’.²¹

Como se vê, a ação cautelar serve ao processo²² e, na busca desse objetivo, ela pode até ser preventiva. Todavia a prevenção a qual ela está apta a conceder refere-se ao dano, propriamente dito, não a prática do ilícito, que é a razão de ser da tutela jurisdicional preventiva. Ora, a inibição do ilícito não se afigura tutela instrumental ou assecuratória de outra modalidade de tutela que podem ser prestadas ao final de algum processo de conhecimento, como ocorre na tutela cautelar. O que se deve ter em mente é que, ainda que a tutela preventiva seja concedida antecipadamente, seu objetivo não será assegurar o resultado útil do processo, mas evitar o ilícito. Deve-se sempre frisar que o objetivo final de uma tutela preventiva não é a reparação do dano, mas evitar o ilícito.

Nesse contexto, cumpre observar que Barbosa Moreira, já no final da década de 70, salientou que a cautelar afigura-se imprestável para prevenir o ato contrário ao direito:

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, por que se há de dar a título de cautela aquilo que já se poderia dar sob a forma de prestação jurisdicional satisfativa?²³

²⁰ Nesse sentido: STJ. 3ª turma. REsp 41.813 e 14.144.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 540.

²² Cumpre destacar a posição de Ovídio Baptista, segundo o qual a tutela cautelar não se destina apenas ao processo, conforme se depreende as seguintes passagens: “Temos constantemente insistido em que o objeto da proteção cautelar há de ser sempre, primariamente, um direito da parte, ou uma pretensão ou ação, ou até mesmo uma simples exceção substancial, como se dá na hipótese da denominada *exceção de insegurança* do art. 1.092 do Código Civil, em que a parte que obtém a caução, não tem ação a propor, mas apenas *pretensão à segurança*” (SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 92). Em outra passagem da mesma obra afirma, ainda, que “As medidas cautelares que, ao contrário das doutrinas de Caneluti e Calamandrei, destinam-se à defesa do direito e não do processo(...)” (p.105.)

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 27.

Ademais, Marinoni faz a seguinte ponderação:

Portanto, a necessidade de separar conceitualmente as tutelas inibitória e cautelar deriva, de um lado, da evidência da imprescindibilidade da tutela inibitória na sociedade contemporânea, e, de outro, do surgimento de novas sentenças e meios de execução, os quais se colocam ao lado das sentenças declaratória, constitutiva e condenatória (as únicas que eram admitidas pela doutrina), viabilizando, assim, a concessão de tutelas que antes não podiam ser prestadas, e desta forma uma maior efetividade do processo. Ora, se o Código de Processo Civil consagra expressamente as sentenças mandamental e executiva e a antecipação de tutela (art. 461), há bastante luz para afirmar, sem medo de errar, que a tutela inibitória deve ser prestada através de ação inibitória, e assim não pode ser confundida com a cautelar.²⁴

Assim, não há que se falar que a tutela cautelar presta-se a garantir uma verdadeira tutela preventiva.

2.5 A condenação para o futuro

A condenação para o futuro, assim como a tutela declaratória e cautelar, não tem caráter preventivo. Ora, ainda que exista uma condenação anterior à violação do direito, não se poderá falar em prevenção. Isso porque, não obstante ser ela concedida antes da lesão, somente surtirá efeitos após a violação do direito. Na verdade, o escopo maior da condenação para o futuro é criar, antecipadamente, um título executivo, isto é, garantir ao credor, previamente, a possibilidade de acesso direto à via executiva nas hipóteses de violação do direito.

Como se vê, a condenação para o futuro é concedida somente para a hipótese de violação do direito, motivo pelo qual não constitui instrumento apto a impedir a sua lesão. O que se pode perceber é que quem pleiteia a condenação para o futuro aceita de forma tácita que seu direito venha a ser violado. O interesse é a mera formação de um título executivo que permita a instauração imediata da execução, isto é, reduzir o tempo para satisfação do direito já lesado.

Nas palavras de Marinoni:

(...) é preciso que reste claro, com efeito, que a condenação para o futuro, ainda que admitida antes da violação do direito, é concedida para o caso de violação, ou seja, para atuar depois que o direito foi lesado, e não para impedir sua lesão.²⁵

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006. p. 262.

²⁵ MARINONI, *op. cit.*, p. 267.

Com tais fundamentos, não há dúvida de que a condenação para o futuro é incapaz de exercer uma função preventiva, impedindo a violação do direito.

2.6 Tutela inibitória e o direito comparado. O sistema das tutelas diferenciadas na França e na Argentina (*référé* e medidas autosatisfativas)

2.6.1 O sistema do *référé* francês

2.6.1.1 Linhas gerais

No Direito francês, as tutelas de urgência estão sistematizadas no instituto do *référé*, o qual é responsável pelas medidas de natureza conservativa e satisfativa. Completamente diverso do tratamento dado à matéria no Brasil, esse sistema francês tem chamada atenção dos estudiosos do direito processual²⁶ em virtude do alto grau de efetividade que tem demonstrado na solução de conflitos.

A origem desse instituto remonta o ano de 1685, no momento em que *Châtelet* de Paris, editou uma norma concedendo poderes para que o lugar-tenente civil pudesse atuar em casos legalmente tipificados de urgência. Em 1806, o código de processo civil francês ampliou as hipóteses de cabimento desse procedimento para qualquer situação de urgência. Ademais, a jurisprudência, no decorrer dos anos, foi solidificando e ampliando as situações cabíveis, o que foi sistematizado e consolidado no novo Código de Processo Civil de 1975.

De acordo com o art.484 do *Code de Procédure Civile*, em uma tradução livre, a ordem de *référé* é:

uma decisão provisória, proferida a requerimento de uma parte, quer seja a parte autora ou a parte demandada, nos casos em que a lei confere a um juiz que não é o competente para o julgamento da questão principal o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias. (tradução nossa).²⁷

O fundamento para a existência do *référé* encontra-se nas situações de urgência que demandam uma solução rápida do Judiciário, não podendo aguardar o cumprimento de todas as etapas de um procedimento ordinário e de cognição exauriente (*juge de fond*).

²⁶Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 62-74, jul./dez. 2003

²⁷Art.484. *L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans le cas où la loi confère à un juge qui n'est passaisidu principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires.*

Desse modo, vê-se que o *référé* constitui uma técnica de sumarização do procedimento e da própria cognição; técnica essa que possui diversas particularidades, as quais serão demonstradas, em síntese, a seguir.

Diferente do que ocorre no sistema das tutelas de urgência no Direito pátrio, esse instituto francês não é apenas autônomo como nossa cautelar, mas, também, tem como característica marcante a independência do processo principal. Isso porque o *référé* está situado em plano diverso do processo principal, não ficando condicionado ou sujeito a eventual ação de mérito. Além disso, cumpre destacar que o juízo competente para o julgamento do *référé* é especial, não se confundindo, em hipótese alguma com o magistrado que irá vir a julgar eventual ação de mérito sobre o mesmo tema.

Afinal, embora a ordem de *référé* seja, em tese, provisória por não ficar acobertada pela coisa julgada material, é certo que a decisão pode se transformar em definitiva de fato, tendo seus efeitos estabilizados, na medida em que não dependerá, como condição de eficácia, da propositura da ação de mérito em um prazo peremptório, como no Brasil.

O que deve ficar claro, também, é que o uso do procedimento do *référé* está no âmbito da liberdade das partes, isto é, “cabe às partes decidir sobre a instauração, ou não, do processo principal. Encerrado o *référé* a solução judicial perdurará, sem limite temporal e sem depender de ulterior confirmação em processo definitivo.”²⁸

Outra característica desse instituto e que, sem dúvida, influencia no seu alto nível de eficácia consiste na autoexecutoriedade da decisão, ou seja, uma vez proferida a *ordonnance* pelo juiz, deverá ser ela cumprida imediatamente, até mesmo porque os exíguos recursos previstos para impugná-la não são dotados de efeito suspensivo.

É importante salientar, contudo, que ao réu, embora não seja disponibilizado recurso com efeito suspensivo, é garantida, sempre, a participação no processo. No sistema do *référé*, o contraditório constitui um dos pilares que o sustenta, não sendo possível que o juiz decida sem antes dar oportunidade de defesa à parte contrária.

Em linhas gerais, o que se pode dizer é que a finalidade do *référé* consiste na estabilização de uma situação jurídica, ou seja, a composição definitiva de um conflito²⁹.

Não se pode esquecer, ainda, que, no *référé*, o juiz competente não está adstrito ao pedido da parte³⁰, constituindo verdadeira exceção ao princípio da congruência. Pela natureza

²⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. **Revista de Processo**, v.33, n.157, p.129-146, mar., 2008, p. 147.

²⁹VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. **Les référés**: Procédure civile, contentieux administratif, Procédure pénale. Paris: Éditions du juriste-Classeur, 2003, p.205.

do direito tutelado, o magistrado está autorizado a investigar qual seria o fundamento mais adequado para a tutela do litígio e proferir a decisão que julgar mais apta a solucionar o caso concreto.

Assim, examinadas as características gerais do *référé*, far-se-á uma análise pormenorizada dos tipos legais previstos no Código de Processo Civil francês.

2.6.1.2. Análise dos tipos legais

O substrato legal do procedimento do *référé* encontra-se, basicamente, nos arts. 808 e 809 do Código de Processo Civil francês. Dentro desses dispositivos, subdivide-se o gênero *référé* em três espécies, quais sejam, a) *référé classique* (art.808), b) *référé de remise en état* ou *prévention* (art.809, 1ª parte) e c) *référé provision* (art.809, 2ª parte).

Em uma tradução livre, o art. 808 tem a seguinte redação:

Em todos os casos de urgência, o presidente do tribunal de grande instância pode ordenar em caráter de urgência todas as medidas não sujeitas a contestação séria ou que justifiquem a existência de uma controvérsia. (tradução nossa).³¹

Trata-se, conforme descrito acima, do chamado *référé classique*, o qual tem, como requisitos, além da urgência, a inexistência de uma contestação séria ou mesmo a existência de uma controvérsia.

Urgência, aqui, é o principal fundamento para justificar o procedimento especial, bem como os poderes do juiz. Trata-se, contudo, de um conceito aberto, cuja extensão vem sendo traçada pela jurisprudência.

A inexistência de contestação séria consiste nas hipóteses em que não parece ser possível de prosperar a alegação da defesa. Desse modo, a contestação séria seria aquela defesa capaz de incutir uma dúvida no magistrado quanto à solução do caso. Trata-se de um requisito que está atrelado a uma tutela de natureza antecipatória, satisfativa e, assim, como a urgência, tem um conceito fluído e construído jurisprudencialmente.

³⁰ Conforme se verá no tópico a seguir, o *référé* pode subdivido em três espécies, quais sejam, a) *référé classique* (art.808), b) *référé de remise en état* ou *prévention* (art.809, 1ª parte) e c) *référé provision* (art.809, 2ª parte). No caso concreto, o juiz não estará adstrito ao modelo escolhido pela parte, avaliando qual dos institutos melhor se adequa ao situação litigiosa.

³¹ Art.808. *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.*

O mesmo dispositivo legal contempla, ainda, como requisito para concessão do *référé*, a existência de uma controvérsia, o que, a primeira vista, poderia parecer contraditório com a inexistência de contestação séria. Contudo, compreendendo melhor o instituto, vê-se que tal incoerência não procede. Isso porque, aqui, a tutela concedida será de natureza conservativa, não satisfativa, o que coaduna com a existência da controvérsia.

O art. 809, por sua vez, pode ser assim traduzido:

O presidente pode a qualquer tempo, mesmo existindo contestação séria, prescrever em caráter de urgência medidas conservatórias ou de retorno ao estado anterior que se imponham, seja para prevenir um dano iminente, seja para fazer cessar uma perturbação manifestamente ilícita.

Nos casos em que a existência da obrigação não é contestável, o Presidente pode conceder uma provisão ao credor, ou ordenar a execução da obrigação, mesmo que seja uma obrigação de fazer. (tradução nossa).³²

A primeira parte desse dispositivo contempla o chamado *référé de remise en état* ou *prévention*, o qual constitui grande inovação do CPC de 1975, uma vez que dispensa a comprovação da urgência e a inexistência de contestação séria. Os requisitos, aqui, são a prevenção de um dano iminente e a cessação da perturbação manifestamente ilícita.

Trata-se, pois, de um instituto cuja finalidade é prestar uma tutela preventiva, razão pela qual guarda maior pertinência com os objetivos deste estudo e, por conseguinte, demandará maior atenção, com o objetivo de comparar com o tratamento dado à tutela inibitória no Brasil.

Por fim, a segunda parte do art.809 constitui o regramento legal do denominado *référé provision*, o qual também não tem como requisito a urgência. Contudo, exige que a obrigação não seja contestável, isto é, não seja passível de contestação séria. Segundo leciona Barbosa Moreira:

nos termos da 2ª alínea, quando a obrigação afirmada pelo requerente não lhe parece “seriamente contestável”, ele pode conceder ao credor uma “*provision*” ou ordenar o cumprimento da obrigação, mesmo que se trate de uma obrigação de fazer. Essa figura do chamado “*référé-provision*” é a que mais nitidamente se destaca do quadro tradicional. Para empregar a terminologia agora usual em nosso país, ela abandona sem reboço o terreno das cautelares e fixa domicílio no das medidas antecipatórias. Com efeito, a decisão que concede a “*provision*” pode apresentar conteúdo igual ao da sentença que julgar procedente o pedido na causa principal,

³² Art.809.*Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.*

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

qualitativa e até quantitativamente: tem-se admitido que a “*provision*” corresponda à soma total pleiteada naquela causa. Acentua a doutrina que o *référé* se vai despidendo, em hipóteses assim, da feição provisória que lhe era inerente, para adquirir a fisionomia de julgamento definitivo, senão de direito, pelo menos de fato.³³

Em suma, essas são as modalidades de *référé* existentes no ordenamento jurídico francês, procedimento esse que merece especial atenção não só da própria França (onde corresponde a 90% do contencioso)³⁴, mas de outros países, haja vista que tem demonstrado um grau de efetividade muito alto, porquanto em mais de 80% das demandas ocorre a estabilização da decisão³⁵, muito embora não tenha aptidão para produzir a coisa julgada material.

2.6.2 As medidas autosatisfativas do Direito Argentino

De construção essencialmente jurisprudencial, as medidas autosatisfativas existentes no Direito argentino podem ser assim conceituadas:

A chamada medida autosatisfativa (...) trata-se de um requerimento urgente formulado a um órgão jurisdicional pelos jurisdicionados que se dão por satisfeitos – daí advém o nome autosatisfativas – apenas com uma decisão favorável, não sendo, portanto, necessário o ajuizamento posterior de uma ação principal para evitar a caducidade ou revogação da decisão anterior, não constituindo uma medida cautelar, embora, na prática, muitas vezes a haviam qualificada como cautelar autônoma.³⁶ (tradução nossa)

Pelo que se vê, assim como no *référé*³⁷, uma vez concedida a medida autosatisfativa, não terá a parte obrigação de ajuizar ação principal no prazo decadencial, como ocorre com as cautelares preparatórias no Brasil. Nesse caso, a decisão concedida, caso não impugnada, gerará, no plano fático, efeitos permanentes.

³³ Art.809.*Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.*

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

³⁴RICCI, Edoardo Flavio. Verso un nuovo processo civile? **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LVIII, n. 01, p. 211-226, genn./mar. 2003, p. 216.

³⁵JOMMI, Alessandro. **Il référé provision**: ordinamentofranceseedevoluzionedella tutelasommariantecipatoria in Italia. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.p.125.

³⁶“*La lhamada medida autosatisfactiva (...) se trata de un requerimento ‘urgente’ formulado al órgano jurisdicional por los justiciables que se agota – de ahí lo de autosatisfactiva – con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erroneamente, como una cautelar autónoma*”. PEYRANO, Jorge W. **Medidas autosatisfactivas**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/d.p.13.

³⁷Na Argentina, contudo, bem diferente do que ocorre na França, não há preocupação com o contraditório, constituindo regra a concessão da medida *inaldita altera parte*.

Os requisitos dessa medida são, também, fluidos, porquanto oriunda da construção jurisprudencial e tenha sido positivada em apenas poucos códigos de processo civil das províncias argentinas. Todavia, podem ser sintetizados, em dois, quais sejam, a forte probabilidade do direito alegado pelo autor e perigo na demora.

O mais interessante, contudo, e que tem maior pertinência com o tema que aqui se propõe a estudar, está no fato de que essas medidas autosatisfativas estejam intimamente atreladas aos direitos fundamentais. Isto é, embora não fique muito claro do conceito acima extraído do principal doutrinador argentino sobre o tema, tampouco dos requisitos discriminados no parágrafo anterior, as medidas autosatisfativas destinam-se à tutela daqueles direitos que são, costumeiramente, evidentes e demandam uma solução rápida e muitas vezes preventiva. Sendo assim, a única tutela que lhes interessa é a específica, mostrando-se ineficaz a mera tutela reparatória.

Assim, o que se percebe é que as medidas autosatisfativas são dotadas dessas características especiais pela relevância do bem jurídico tutelado, para os quais, deferida a ordem pleiteada, não mais interessa a instauração de um processo principal, de mérito, afinal, o objetivo é tão-somente a proteção de um direito fundamental.

2.6.3 Reflexos do référé e das medidas autosatisfativas na tutela inibitória

Conforme descrito nos itens anteriores, pode-se perceber a relevância do instituto da tutela inibitória no Direito pátrio na busca na efetividade do processo, notadamente, no âmbito dos direitos não-patrimoniais.

Depreende-se, ainda, que a técnica processual colocada à disposição do cidadão, embora diferida, apresenta falhas e incongruências, notadamente quando se fala da tutela antecipada. Isso porque, pela sistemática atual, o jurisdicionado está condicionado a apresentação da controversa “prova inequívoca”, para que possa tentar a sorte no Judiciário, sem esquecer da irreversibilidade da medida que tanto amedronta os magistrados e dificulta a tutela pretendida. Não fosse isso suficiente, após a concessão da medida liminar (ou não) o autor e réu são forçados a continuar “litigando” no processo, mesmo que o objeto da demanda, isto é, a tutela específica, já tenha sido alcançada e exaurido seus efeitos.

Ora, se o procedimento apresenta falhas que dificultam o objetivo principal do processo, qual seja, ser instrumento apto a fazer com que o Estado atue a jurisdição e preste a tutela efetiva dos direitos dos cidadãos, certo é que cabe aos operadores buscarem soluções alternativas que visem a solucionar o problema. Nesse contexto, é bom frisar que o momento

atual afigura-se muito adequado a esse tipo de discussões e críticas. Afinal, vive-se a expectativa da aprovação de um novo CPC em breve no país.

Em sendo assim, um dos caminhos que é colocado à disposição da comunidade jurídica consiste no estudo do direito comparado, o qual permite conhecer ordenamentos jurídicos de outros países e suas respectivas experiências numa determinada área. É bom salientar, contudo, que não basta querer a importar institutos prontos de outros países, fechando os olhos para a realidade brasileira, sob pena de serem verdadeiros natimortos, como ocorreu com a ação monitória oriunda da Itália e utilizada de forma muito precária no Brasil.

No âmbito das técnicas processuais existentes aptas a prestar uma verdadeira tutela de urgência, tem-se destacado, entre outros, o sistema do *référé* francês e das medidas autosatisfativas argentinas.

Na França, a ideia de se tutelar a urgência pela urgência, em um procedimento célere, autônomo e independente, que prima pelo contraditório, julgado por um juiz diverso daquele da causa principal e cuja decisão pode se estabilizar no mundo fático sem a necessidade do ajuizamento de uma ação principal para ratificar a liminar concedida, tem-se mostrado muito eficaz. Tanto é assim que a maioria das demandas desse tipo, conforme mencionado acima, encerram-se no juízo do *référé*.

No âmbito da tutela preventiva, o *référé de remise en état* ou *prévention* chega a dispensar a prova da urgência no caso concreto, visando, tão-somente, a prevenir um dano iminente ou fazer cessar a perturbação manifestamente ilícita. O diploma legal não enche de requisitos e condições para que o juiz possa conceder a ordem, não se fala em prova inequívoca ou perigo de irreversibilidade.

De forma muito mais simples - o que chega a chocar os operadores do direito brasileiro -, o sistema francês prima por prestar uma tutela preventiva que está realmente centrada no objetivo de evitar a lesão a determinados direitos ou fazê-la cessar imediatamente, afinal, muitas vezes, depois de transgredidos não mais interessará ao particular qualquer tutela do Estado.

Deve-se salientar que o que permite esse julgamento célere e com aptidão para se estabilizar, sem dúvida, está no contraditório. O juiz, sempre ouvirá a parte contrária antes de proferir sua decisão, normalmente em audiência, onde esse magistrado experiente poderá estancar suas dúvidas sobre a plausibilidade ou não da ordem requerida.

A exceção ao princípio da congruência - que, frisa-se, já existe na atual sistemática da tutela inibitória brasileira - pelo poder concedido do juiz de transpor os limites do pedido e causa de pedir, também, mostra-se adequada a essa tutela diferenciada, uma vez

que, em virtude da relevância do direito pleiteado, caberá ao magistrado analisar a melhor forma de prestar a tutela pretendida.

Afinal, normalmente, quando o cidadão busca esse tipo de proteção, seu direito colocado em questão tem natureza diferenciada, justificando qualquer meio legal para que seja atingido o fim, qual seja, tutelar adequadamente o direito.

Num primeiro momento, ao ter contato com o sistema do *référé*, poderiam muitos almejar sua importação imediata para o Brasil. Afinal, a simplicidade e o altíssimo nível de efetividade que demonstra, realmente impressionam. Ocorre, contudo, que não se pode esquecer que o *référé*, para chegar ao patamar atual, passou por mais de trezentos anos de evolução e aceitação na cultura jurídica francesa.

Assim, enganam-se aqueles que imaginam que a mera alteração legislativa será capaz de alterar a realidade jurídica da noite para o dia. Contudo, não há como negar que, talvez, a melhor forma para dar início a essa relevante transformação seja pelas mãos do legislador.

Em sendo assim, não se pode querer importar sistemas prontos de outros países com realidades bem distintas do Brasil. É necessário conhecer, comparar e entender em que medida esses institutos podem ser instaurados aqui, procedendo às devidas alterações e adequações, antes de querer que seja posto em funcionamento.

Inegavelmente, o sistema do *référé* lança as bases para a criação de um procedimento diferenciado para as tutelas de urgência, notadamente para aquelas de natureza preventiva. A ideia da sua autonomia e independência do processo principal soa muito interessante, assim como a da possibilidade de estabilização da situação fática.

Ora, no âmbito da tutela inibitória, notadamente dos direito não patrimoniais, o que interessa ao particular é a solução imediata, a ordem que proteja seu direito de ser violado ou a que cesse a violação rapidamente. Desse modo, uma vez demonstrada a relevância do direito pleiteado perante o próprio magistrado, o qual poderá ouvir a parte contrária rapidamente, a decisão concedida, caso não seja impugnada, deve ter o condão de estabilizar a situação fática. A manutenção de uma ação de mérito propriamente dita, nesses casos, afigura-se completamente despicienda, afinal o objetivo da ação e a finalidade do processo fatalmente já foram cumpridos.

Outro ponto que merece apreço e cuja aplicabilidade na tutela inibitória no Direito brasileiro seria salutar consiste no sistema recursal do *référé*, que, por ser despido de efeito

suspensivo³⁸, incentiva, inegavelmente, que a decisão seja cumprida e não se prolongue a lide além daquele procedimento especial.

As medidas autosatisfativas do Direito argentino, por sua vez, surgiram de forma ousada da construção jurisprudencial daquele país e têm se solidificado nos últimos anos. Embora pareçam pouco sistêmicas – até mesmo em virtude da falta de legislação regulando a matéria – é inegável que mostram uma solução que pode ser viável para aumentar efetividade das tutelas de urgência, principalmente as de natureza inibitória.

Destinada à tutela dos direitos fundamentais, os quais são essencialmente invioláveis, esse procedimento oriundo do processo cautelar é apto a conceder a tutela inibitória de forma efetiva. Com uma decisão que também é apta a se estabilizar no plano fático, as medidas autosatisfativas poupam trabalho do Judiciário ao evitar que uma situação já resolvida tenha que, obrigatoriamente, retornar às estantes da Justiça.

Merece crítica, contudo, a opção do sistema argentino por privilegiar a decisão *inaudita altera parte*. Afinal, a partir do momento em que a decisão provisória pode se tornar definitiva no plano fático, acredita-se que a oitiva da parte contrária, além de materializar o princípio do contraditório, dá mais credibilidade ao próprio procedimento.

Dessa maneira, o que se percebe nesses países e que deve iluminar o ordenamento jurídico pátrio em eventuais reformas do sistema das tutelas de urgência (principalmente no que se refere à inibitória) é que a natureza e relevância do direito tutelado (Argentina) e o caráter especial da situação de urgência (França) justificam a criação de um procedimento diferenciado, com regras próprias, menos burocratizado e, por conseguinte, mais efetivo.

Na busca por uma técnica adequada a prestar uma tutela inibitória efetiva, não se pode fechar os olhos para os procedimentos aqui mencionados, tampouco seria viável a importação imediata deles para o Brasil. A relevância dos direitos não patrimoniais – os quais constituem o mote das sociedades contemporâneas – demandam a criação de procedimentos como o *référé* e as medidas autosatisfativas. Cabe, então, aos operadores do direito pátrio, bem como ao legislador, uma postura crítica e inovadora para tentar construir uma técnica processual apta à prestação dessa tutela.

³⁸ Faz-se necessário, contudo, averiguar se a inexistência total de efeito suspensivo não seria perigosa. Acredita-se que, como regra, a falta do efeito suspensivo é muito salutar e influência no grau de efetividade das decisões do *référé*, todavia, talvez pelas raízes brasileiras, gera certo receio não poder cogitar desse efeito ainda que muito excepcionalmente.

3 A TUTELA INIBITÓRIA

3.1 Considerações iniciais

Assentadas as diversas possibilidades de tutela jurisdicional e evidenciada a inaptidão de cada uma delas para uma efetiva prevenção da lesão ao direito, cabe discorrer sobre a tutela preventiva propriamente dita (tutela inibitória).

A tutela inibitória trata-se de uma verdadeira tutela preventiva, cujo escopo maior é a prevenção do ilícito. Segundo Marinoni, é “uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano”³⁹.

A tutela inibitória contrapõe-se à ressarcitória, haja vista que esta tem como referência o ato já praticado, isto é, ela se dirige ao passado, condicionada sempre à existência do dano, porquanto visa repará-lo⁴⁰.

Percebe-se, assim, que a tutela inibitória quebra o dogma romano de que a verdadeira tutela contra ilícito seria a reparação do dano. E é essa ruptura que propicia a busca e o desenvolvimento dessa nova espécie de tutela como meio essencial para a efetivação do processo como direito fundamental do cidadão.

Ora, se o processo é efetivo na proporção em que tende a coincidir a situação concreta com aquela prevista na regra positivada, certo é que a tutela inibitória, ao permitir que se proteja direito antes de ser violado, tende a se mostrar como instrumento adequado à efetiva prestação jurisdicional.

De acordo com Marinoni e Arenhart, a tutela inibitória:

trata-se de uma forma de tutela jurisdicional imprescindível dentro da sociedade contemporânea, em que se multiplicam os exemplos de direitos que não podem ser adequadamente tutelados pela velha forma do equivalente pecuniário⁴¹.

A questão aqui colocada, sob o prisma da efetividade, nos leva a questionar como seria possível que o processo, como meio de atuação da jurisdição, pode dar guarida a direitos

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 36.

⁴⁰ Acerca desse paralelo entre a tutela ressarcitória e a inibitória, Marinoni afirma que: “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 subrogatório, destina-se a garantir a integridade do direito em si.” (MARINONI, *op. cit.*, p.38)

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 439.

que são, por essência, invioláveis ou não tem qualquer conteúdo patrimonial. A resposta para esse problema, sem dúvida, passa pelo estudo do tema aqui proposto, isto é, a tutela inibitória. Nesse contexto, as lições de Marinoni constituem o ponto de partida para a análise do tema deste trabalho. Segundo o mencionado autor:

Um procedimento desse tipo é absolutamente imprescindível em um ordenamento jurídico que se empenha em dar efetividade aos direitos que consagra, principalmente aos direitos não patrimoniais, os quais evidentemente não podem ser tutelados de forma adequada através de um procedimento que finalizam nas sentenças da classificação trinarria.⁴²

(...) o direito de acesso à justiça garante a técnica processual capaz de prestar a efetiva tutela dos direitos, e não propriamente a tutela do direito. A tutela é decorrência da existência do próprio direito. Ou melhor, a tutela inibitória existe pelo fato de ser inerente à existência do direito; todo titular de direito tem o direito de impedir sua violação autor.⁴³

Outrossim, dão sustentação ao presente trabalho os estudos de Barbosa Moreira, o qual, em setembro de 1978, já chamava a atenção para a relevância da tutela preventiva, conforme se depreende da seguinte passagem:

Se não é viável, ou não é satisfatória, a modalidade tradicional de tutela consistente na aplicação de sanções, quer sob a forma primária da restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento, o de que precisam os interessados é de remédios judiciais a que possam recorrer antes de consumada a lesão, com o fito de impedi-la, ou quando menos atalhá-la incontinenti, caso já se esteja iniciado. Em vez da tutela sancionatória, a que alguns preferem chamar repressiva, e que pressupõe violação ocorrida, uma tutela preventiva, legitimada antes da ameaça de violação, ou mais precisamente à vista de sinais inequívocos da iminência desta.⁴⁴

Destarte, partindo desses marcos, passa-se a análise do instituto da tutela inibitória, propriamente dita, cotejando suas particularidades mais importantes, com o intuito de demonstrar que o desenvolvimento do processo efetivo não pode ser alcançado em sua plenitude sem que dê relevância a tutela inibitória, notadamente para direitos não patrimoniais.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 33.

⁴³ MARINONI, *op. cit.*, p.83

⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 24-25.

3.2 Fundamentos

Os fundamentos da tutela inibitória podem ser divididos, basicamente, em substanciais – ligados ao direito material – e processuais.

3.2.1 Substanciais

A tutela inibitória, conforme salientado anteriormente, tem embasamento constitucional, por força do art.5º, XXXV, segundo o qual, não se excluirá da apreciação do Judiciário a ameaça a direito.

Na verdade, ainda que da nossa Constituição não constasse tal dispositivo, por certo, poder-se-ia, ainda assim, falar em um princípio geral da prevenção. Ora, nas palavras de Marinoni, “o cidadão, pelo simples fato de ter direito (direito da personalidade etc.), possui direito à tutela inibitória”.⁴⁵

Dessa maneira, qualquer norma que assegure um direito ao cidadão constitui fundamento substancial da tutela inibitória, porquanto o autoriza acionar o Judiciário para assegurar a não violação do que lhe foi garantido.

Todavia, ainda que muitas normas possam, ao menos em princípio, constituir pressuposto substancial à tutela em análise, alguns dispositivos legais merecem destaque.

O arts. 11 e 12, *caput*, do Código Civil, bem como o art.5º, X da CR/88, apresentam-se como fundamentos inafastáveis para a tutela inibitória dos direitos não patrimoniais, notadamente os direitos da personalidade. Isso porque, segundo mencionadas normas, tais direitos são invioláveis. Assim, se um determinado direito é inviolável, não há dúvida de que a única tutela adequada a ser prestada será a inibitória, porquanto visa proteger o direito em si, não permitindo que seja transgredido.

Nesse mesmo sentido, é o art. 21 do Código Civil que dispõe: “A vida privada da pessoa é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Como se vê, todas essas normas materializam o princípio geral da prevenção, que consiste no principal fundamento da tutela inibitória, porquanto imanente ao ordenamento jurídico pátrio e consagrado na Carta Constitucional (art. 5º, XXXV).

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p.84-85.

3.2.2 Processuais

Os fundamentos processuais devem ser divididos de acordo como a espécie de direito a ser tutelado.

Em se tratando de direitos individuais, o fundamento processual da tutela inibitória consiste no art. 461 do CPC, cuja redação foi determinada pela Lei nº 8.952/94.

À época da edição do vigente Código de Processo Civil, conforme salientado, só havia previsão para a tutela inibitória nas hipóteses de nunciação de obra nova (art.936, II) e interdito proibitório (art. 932). Desse modo, o que restou evidente foi a preocupação exacerbada do legislador com o direito de propriedade, perdendo-se a oportunidade de criação de uma ação preventiva inominada que pudesse ser utilizada de forma plural, não se limitando ao direito de propriedade.

Com o advento da Lei nº 8.952/94, o art. 461- posteriormente aditado pela Lei nº 10.444/02 - tornou viável a obtenção da tutela inibitória por meio de uma única ação, não havendo que se falar em cautelar ou execução.

Nas palavras de Marinoni, “o art. 461 permite ao cidadão buscar o Judiciário através de ação que lhe dá oportunidade de obter não só a antecipação de tutela, mas também a sentença e o meio de execução capazes de impedir a violação do direito”⁴⁶.

O art. 461 autoriza o juiz impor multa para as hipóteses de descumprimento da ordem proferida – *astreinte* – (§3º), bem como determinar as medidas executivas adequadas ao caso concreto (§5º - rol exemplificativo).

Deve-se salientar que, não obstante o art. 461 falar em “obrigação de fazer ou não fazer”, não há impedimento de que tal dispositivo legal constitua fonte normativa-processual da tutela inibitória. Isso porque, realizando-se uma interpretação teleológica da lei – que, frisa-se, está inserida no contexto da reforma de 1994 -, percebe-se que a intenção do legislador foi de conceder uma técnica adequada à tutela inibitória, isto é, um veículo capaz de prestar a tutela jurisdicional, objetivando evitar a prática, a continuação ou repetição do ilícito. Ora, como se sabe, o CPC não trata da tutela dos direitos propriamente ditos, mas apenas concede a técnica adequada para tanto e, dessa maneira, o que se conclui é que o art. 461 mostra-se como meio adequado para tutelar não apenas as obrigações de fazer e de não fazer. Conforme afirma Marinoni, “é completamente descabido, assim, pensar que o

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 87.

legislador ter-se-ia preocupado unicamente com a tutela das ‘obrigações’ de fazer e de não fazer, esquecendo-se dos direitos da personalidade”⁴⁷.

Corroborando e evidenciando a importância das técnicas processuais inseridas no art. 461 do CPC, o novo art.287⁴⁸ (redação dada pela Lei 10.444/02), possui grande valor teórico, porquanto reafirma que a tutela preventiva não deve ser prestada por meio da ação cautelar.

Dessa maneira, não resta dúvida de que o art. 461, bem como o novo art.287, consistem no fundamento processual para o desenvolvimento da tutela inibitória dos direitos individuais.

Com relação à tutela inibitória coletiva, o fundamento processual é diverso e consiste no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor cumulado com o art. 11 da Lei da Ação Civil Pública.

Dispõe o art. 11 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) que:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou da cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente do requerimento do autor.⁴⁹

Depreende-se do dispositivo legal transcrito que só se admitiria, em princípio, a tutela inibitória coletiva para cessar a prática do ilícito. Todavia, não resta dúvida que quando se fala em “cessação da atividade nociva”, objetiva-se incluir, também, qualquer ato cuja repetição possa ser prejudicial, v.g., hipóteses de venda de um remédio que pode ser nocivo à saúde do consumidor.

Dessa maneira, vê-se que a Lei da Ação Civil Pública somente permite a tutela inibitória que vise impedir a cessação e continuação da prática do ilícito.

A tutela inibitória genuína no plano coletivo, isto é, aquela que tem por fim impedir a prática do ilícito, fundamenta-se no art. 84 do CDC, que tem grande semelhança como o art. 461 do CPC⁵⁰. Analisando detidamente tal dispositivo legal do estatuto consumerista, observa-se que não se encontram presentes as restrições contidas no art. 11 da Lei da Ação Civil Pública.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p.89.

⁴⁸ Art. 287. 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).

⁴⁹ Lei nº 7.347/85

Assim, tendo em vista que o art. 90 do CDC determina a aplicação às ações ajuizadas com base nesse código as normas da Lei nº 7.357/85, não há dúvida de que o art. 84 do CDC, cumulado com art. 11 da Lei da Ação Civil Pública, possibilita a tutela inibitória em todas suas facetas para qualquer direito difuso ou coletivo⁵¹.

Nesse contexto, cabe ressaltar que a ação inibitória coletiva pura tem sido muito utilizada para a proteção do meio ambiente, impedindo, por exemplo, que uma determinada indústria que ameace agredir a natureza inicie suas atividades, bem como na proteção ao direito do consumidor, como naquelas hipóteses em que se determina a retirada de certo produto de circulação, ou, ainda, na tutela dos direitos autorais⁵², a fim de evitar a lesão a direitos.

Em síntese, o art. 461 do CPC, bem como o art. 84 do CDC, cumulado com o art. 11 da Lei da Ação Civil Pública, consistem, respectivamente, no fundamento processual da tutela inibitória individual e coletiva, assegurando, portanto, o desenvolvimento de uma técnica adequada à tutela jurisdicional preventiva.

Mais uma vez, embora ainda não esteja em vigor, tampouco tenha sido apreciado inteiramente pelo Poder Legislativo, devem-se mencionar, como fundamento processual da tutela inibitória, as alterações que estão por vim com o novo CPC. O regramento básico da tutela inibitória foi mantido nos arts. 550 e 551⁵³ do projeto submetido à apreciação da

⁵¹ Nesse sentido. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 94.

⁵² À título de exemplo, REsp 1190841/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 21/06/2013

⁵³ Art. 550. No cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por dois oficiais de justiça; se houver necessidade de arrombamento, observar-se-á o disposto no art. 862, §§ 1º a 4º.

§ 3º A intervenção judicial em atividade empresarial somente será determinada se não houver outro meio eficaz para a efetivação da decisão e observará, no que couber, o disposto nos arts. 102 a 111 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

§ 4º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 5º No cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 539, no que couber.

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Art. 551. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser concedida na fase de conhecimento, em tutela antecipada ou na sentença, ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, sem eficácia retroativa, caso verifique que:

Câmara dos Deputados, tendo sido ainda ampliadas às disposições sobre o tema, inclusive com o tratamento de assuntos polêmicos, tais como a execução provisória da *astreinte*.

Desse modo, verifica-se que, se o regramento hoje em vigor já permite o desenvolvimento da técnica adequada à prestação da tutela inibitória, sem dúvidas, o eventual novo CPC não irá regredir nos avanços até então alcançados, solidificando todos os fundamentos processuais para tanto.

3.3 Pressupostos

Conforme asseverado anteriormente, a tutela inibitória tem como objetivo impedir a prática, a continuação ou repetição do ilícito, não sendo dirigida à reparação do dano (objeto da tutela ressarcitória).

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a expressão “ilícito” não se confunde com dano, haja vista que este é uma consequência meramente eventual e não necessária daquele. Dessa maneira, a tutela inibitória não pode ser compreendida como tutela contra probabilidade do dano, mas sim contra a prática, continuação ou repetição do ilícito – entendido aqui como qualquer ato contrário ao direito, que pode ou não causar danos.

Desse modo, conclui-se que a demonstração do dano não configura requisito para a obtenção da tutela inibitória⁵⁴.

Outro elemento que também não constitui pressuposto para concessão da tutela inibitória trata-se da culpa. Isso porque o escopo da tutela em análise não é punir quem pode praticar o ilícito, mas tão-somente impedir que este seja praticado. Desse modo, a tutela

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º O cumprimento definitivo da multa depende do trânsito em julgado da sentença favorável à parte; a multa será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. Permite-se, entretanto, o cumprimento provisório da decisão que fixar a multa, quando for o caso.

§ 4º A execução da multa periódica abrange o valor relativo ao período de descumprimento já verificado até o momento do seu requerimento, bem como o do período superveniente, até e enquanto não for cumprida pelo executado a decisão que a cominou.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

⁵⁴ Nas palavras de Frignani. “l’elemento del pericolo entra in gioco anche nell’inibitoria, ma ad altri fini. Mentre nella distizione di cui sopra esso era riferito al danno, qui il pericolo è riferito alla lesione. In questo senso, l’inibitoria presuppone sempre un pericolo: che l’illecito sia continuato o ripetuto, se già è stato commesso o che l’illecito venga commesso, se ancora no si è verificato. Questo è il senso veramente penetrante in cui dice dell’inibitoria che è un’azione essenzialmente preventiva. (FRIGNANI, Aldo. Azione in cessazione. Novissimo digeto italiano. appendice I, 1980 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 47).

inibitória afigura-se cabível contra alguém que, mesmo sem culpa, está na iminência de praticar um ato ilícito. Na verdade, quando se afasta o dano do conceito de ilícito, percebe-se que a culpa somente constitui requisito para a tutela ressarcitória (com exceção, claro, das hipóteses de responsabilidade objetiva)⁵⁵. Consoante ensinamento de Arenhart:

Cogitar a respeito da culpa na conduta do agente é elemento que deve interessar para o ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima, não porém para outras formas de tutela, em que o dano é categoria irrelevante.⁵⁶

Dessa maneira, em se tratando de tutela inibitória, despicienda será qualquer análise acerca do dano, tampouco da culpa. O que se deve provar, frisa-se, é a probabilidade da prática, repetição ou continuação de ato ilícito, isto é, contrário ao direito.

Deve-se ressaltar que a questão probatória em sede de tutela inibitória pura (que visa impedir prática do ilícito) é objeto de grande dificuldade, porquanto deve demonstrar que um ato está na iminência de praticado pela primeira vez e, além disso, que tal ação é contrária ao direito. Nessa situação, a parte deverá alegar fatos que, por si só, levem o magistrado à conclusão de que, provavelmente, haverá violação a direito. Para tanto, será de vital importância a prova indiciária, que, aqui, pode ser, resumidamente conceituada como prova que recai sobre um fato indiciário, isto é, um indício, tendo o condão de fazer com que o juiz – como destinatário da prova que é -, por meio de um raciocínio presuntivo, chegue a uma conclusão (presunção)⁵⁷.

Assim, correto é concluir que a tutela inibitória não tem entre seus pressupostos o dano e a culpa, restringindo-se a exigir a probabilidade da prática, repetição ou continuação de um ilícito.

3.4 Espécies

A tutela inibitória pode ser classificada quanto ao direito tutelado – individual ou coletiva – ou quanto a espécie da obrigação violada – positiva e negativa.

Com relação ao direito tutelado, tal matéria já foi tratada em capítulo anterior que trata dos fundamentos processuais. Conforme asseverado anteriormente, o direito a ser

⁵⁵Deve-se ressaltar, todavia, que na hipótese de uma regra exigir conduta culposa para configuração do ilícito, o elemento culpa poderá constituir, ainda que de forma reflexa, pressuposto para concessão da tutela inibitória.

⁵⁶ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, (Temas atuais de direito processual civil; 6). p.113.

⁵⁷O tema da prova indiciária será melhor trabalhado em um capítulo separado.

tutelado pode ser individual ou coletivo e, em cada caso, a tutela será prestada com fulcro no art.461 e 287, ambos do CPC ou art. 84 do CDC c/c 11 da Lei da Ação Civil Pública.

Quanto à espécie de obrigação violada, a tutela inibitória poder ser classificada em positiva ou negativa, conforme se demonstra a seguir:

- a) Tutela inibitória negativa: trata-se da forma mais comum e sobre a qual não pairam grandes polêmicas. Consiste, basicamente, em duas espécies de prestações, quais sejam, de abstenção (não fazer algo) ou de tolerar (deixar que alguém faça algo). A tutela inibitória negativa assemelha-se muito ao instituto da *mandatory injunction*, já consagrado no direito anglo-americano, todavia, no direito estrangeiro, ao contrário da regra vigente no ordenamento jurídico pátrio, exige-se anterior violação do direito. Para que se possa falar, inicialmente, em tutela inibitória negativa é necessário que a espécie da obrigação violada seja negativa, isto é, um não fazer. Contudo, poderá haver situações que, em princípio, são de inibitória negativa, mas que também admitirão requerimento de tutela positiva (v.g. se alguém tem o dever de não poluir, pode-se pleitear, além da ordem de não-poluição, uma outra, com o intuito de que se instale determinado conjunto de técnicas com o objetivo de que se evite esse ato. Esta última hipótese configuraria inibitória positiva, conforme se mostrará a seguir).

- b) Tutela inibitória positiva: Em primeiro lugar, para que se entenda a possibilidade a inibitória positiva, não se pode confundir tutela inibitória com mera pretensão negativa. Ora, conforme já asseverado durante este trabalho, o objetivo da tutela inibitória é evitar a prática, repetição ou continuação do ilícito e, para tanto, pode-se usar de ordens negativas ou positivas. Inibir não significa somente deixar fazer, mas evitar, seja por meio de um fazer ou não-fazer, uma lesão ao direito. Quando se fala em tutela inibitória positiva, deve-se frisar que não se está cogitando que se imponha uma conduta para desfazer o ilícito já cometido. Não! Inibitória positiva constitui prestação positiva de ação (fazer algo), com o objetivo de inibir o ato ilícito, a lesão ao direito.

De acordo com a lição de Arenhart:

A tutela inibitória positiva, portanto, representa também modalidade de proteção voltada a impedir a violação ou repetição da lesão a direito, mas não por meio de ordens de abstenção, e sim por comandos capazes de, por seus resultados, inibirem esses ilícitos.⁵⁸

A tutela inibitória positiva, assim como a negativa, tem tratamento semelhante no direito anglo-americano, na chamada *mandatory injunction*. No caso da inibitória positiva, o que se cogita, ao menos em princípio, é a existência prévia de uma obrigação positiva. Desse modo, em existindo um ilícito omissivo, será indispensável à inibitória positiva para que se ordene o cumprimento da obrigação, impedindo, por conseguinte, a violação do direito. Ora, muitas vezes a tutela que busca evitar o ilícito pode necessitar não apenas da abstenção ou tolerância da parte requerida (inibitória negativa), exigindo que se adote alguma atividade concreta⁵⁹. Exemplo típico da tutela inibitória trata-se do pedido de instalação de um filtro antipolvente em determinada indústria para que se evite a propagação de substâncias nocivas à população vizinha do estabelecimento comercial. Por fim, corroborando a possibilidade da inibitória positiva e ressaltando a importância desse instituto, transcreve-se importante lição de Marinoni:

admitir que a ordem positiva para o cumprimento de dever de fazer não constitui tutela inibitória, é o mesmo que supor que a inibitória positiva somente existe quando o direito material não prevê dever positivo, mas apenas dever negativo. É esquecer que o próprio direito material, em alguns casos possui função preventiva, e que a tutela jurisdicional destinada à atuação deste direito não tem como perder o caráter inibitório da norma não observada.⁶⁰

3.5 A tutela inibitória e a defesa dos direitos não patrimoniais (notadamente os direitos da personalidade)

Consoante asseverou Barbosa Moreira, “certas coisa, sabe-o bem o povo, não há dinheiro que pague”⁶¹. Em que pese a singeleza desse brocardo popular, a partir dele pode-se iniciar uma reflexão acerca da importância da tutela inibitória, notadamente na defesa dos direitos não patrimoniais.

⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.224.

⁵⁹ Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela Inibitória da vida privada**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 167.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual ou coletiva**. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 96.

⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.24.

Os direitos não patrimoniais, entre eles, em especial, os direitos da personalidade, são essencialmente invioláveis, consoante explicitado anteriormente neste trabalho. Dessa maneira, não resta dúvida de que o instrumento mais apto a ser utilizado para tutelar tal modalidade de direito será aquele que justamente evite a prática, repetição ou continuação do ilícito. Ora, a natureza desses direitos é incompatível com a tutela ressarcitória, haja vista que esta tende a transformar o direito ao ressarcimento em simples valor pecuniário.

Quando se trata de direitos que não detêm valores monetariamente aferíveis, tais como a vida, imagem e a honra qualquer quantia que a vítima receba pela violação não será capaz de reintegrar aquilo que foi perdido, afinal, não tem preço! Tanto é assim que, no cotidiano forense, é comum ver a dificuldade do juiz em fixar o valor da indenização para aquele jurisdicionado que teve sua honra e imagem abaladas por uma reportagem publicada em jornal. Nessa hipótese, o magistrado encontra-se desprovido de parâmetros e regras para proceder à fixação do *quantum* indenizatório, tendo em vista o caráter não patrimonial do direito violado.

Com efeito, o que se percebe quando se trata de direitos não patrimoniais é a essencialidade da tutela inibitória, para evitar que sejam violados. Isso porque, uma vez transgredidos, na hipótese de haver danos, a tutela ressarcitória será insuficiente para repará-los. Mais uma vez, nesse contexto, afigura-se atemporal a lição de Barbosa Moreira:

Nesses [direitos não patrimoniais], como prêmio de consolação, acena-se ao credor com o ressarcimento das perdas e danos, que nem sempre constituirá, ocioso frisá-lo, compensação adequada. E, ainda quando viável, será o próprio desfazimento, afinal de contas, meio sempre hábil para recompor, de forma perfeitamente satisfatória, a malha rompida pela violação? Nem todos os tecidos deixam costurar-se de tal arte que a cicatriz desapareça por inteiro.⁶²

Nesse mesmo sentido, manifesta-se Leonardo Silva Nunes:

A insuficiência do modelo processual clássico é verificada, ainda, pela sua principal atuação, reparatório-compensatória, quando, diante do direito lesado, o ofendido provoca a prestação jurisdicional estatal. Ou seja, na maior parte dos casos, mormente quando o objeto de tutela é um direito de natureza patrimonial, como, p. ex., a propriedade, a atividade estatal se faz a posteriori, isto é, após verificada a lesão, perfeitamente reparável.

Tal constatação não representa propriamente a falência do sistema jurídico processual individualista, regido pelo CPC, eis que, em se tratando de direitos de natureza patrimonial, o seu restabelecimento no caso de violação é possível, dada a viabilidade de mensuração.

⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 23.

Entretanto, para garantir de maneira efetiva a integridade de direitos de qualquer natureza, deve-se admitir a prevalência de uma tutela que seja preventiva, ou inibitória do ilícito, com o fim exclusivo de evitar a sua concretização e a superveniente manifestação de efeitos sobre os direitos declarados.⁶³

3.6 Tutela inibitória antecipada

A tutela inibitória encontra-se eminentemente voltada para o futuro, isto é, por meio dela o que se busca é, via de regra, evitar o ilícito que provavelmente irá ocorrer e, por conseguinte, de maneira reflexa, impedir possíveis danos. Em razão dessa característica, afigura-se essencial a existência da tutela inibitória antecipada⁶⁴.

Segundo Marinoni:

A tutela antecipada, ao viabilizar a tutela do direito no curso no processo de conhecimento, resolve de forma adequada o grave problema da necessidade de distribuição isonômica do tempo do processo e, mais do que isso, destrói o mito de que o juiz somente pode julgar após ter encontrado a certeza jurídica.⁶⁵

O art. 461, §3º, do CPC, assim como o art. 84, §3º, do CDC, permitem expressamente a possibilidade de o juiz deferir a tutela inibitória antecipada, seja no plano individual ou coletivo. Para tanto, a parte autora do pedido deverá demonstrar que se encontram presentes os requisitos exigidos na lei, quais sejam, *fumus boni iuris* e “justificado receio de ineficácia do provimento final”. Aquele requisito consiste, basicamente, na demonstração da probabilidade de ocorrência do ilícito (não do dano), ao passo que este, na comprovação justificada de que o ilícito ocorrerá durante o processo de conhecimento.

Tais requisitos devem ser demonstrados por meio de provas inequívocas, expressão utilizada no art. 273, *caput*, do CPC. Para Marinoni, “prova inequívoca somente pode significar a prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida (para que o direito não seja

⁶³ NUNES, Leonardo Silva, **Tutela inibitória coletiva**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2013, p. 38.

⁶⁴ Cabe aqui repetir a bem fundamentada crítica terminológica acerca do termo “tutela antecipada” realizada por José Carlos Barbosa Moreira: “Se por tutela se entende a proteção dispensada ao litigante, é intuitivo que ela não pode constituir o *sujeito*, mas apenas o *objeto* da antecipação. A tutela não *antecipa* seja o que for: pode, isso sim, *ser antecipada* pelo juiz, ou por decisão que este profira. Falar-se-á com propriedade, portanto, em decisão antecipatória, ou em providência antecipatória, no sentido de decisão ou providência que *antecipa a tutela*. Quanto a esta última, ou será *antecipada* ou não o será: *antecipatória* é que jamais se concebe que seja” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*. **Temas de direito processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78).

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual ou coletiva**. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p.189.

frustrado)”⁶⁶ Na verdade, tais provas devem recair sobre o fato que indica que uma violação futura provavelmente ocorrerá, ao contrário do que ocorre na tutela antecipada ressarcitória. Nesta, o que se deve demonstrar é o fato violador propriamente dito, bem como a necessidade de que a tutela seja prestada antecipadamente, a fim de que não ocorra outro dano, além daquele que se deseja reparar.

A tutela inibitória antecipada pode ser concedida em dois momentos de acordo com o §3º do art. 461 do CPC (art.84,§3º do CDC). Uma vez cumpridos os requisitos, o juiz poderá deferir a tutela liminarmente *inaudita altera parte* ou após a citação do réu e realização da audiência de justificação, na qual poderá ouvir testemunhas e até mesmo colher o depoimento pessoal das partes envolvidas. Deve-se salientar que a audiência prévia é um instrumento que dá mais efetividade à tutela dos direitos, porquanto permite ao autor que não dispõe de provas no momento do ajuizamento da ação a possibilidade de convencer o magistrado do cabimento da tutela antecipada.

Outro ponto que merece destaque quando se trata da tutela inibitória antecipada é a questão da irreversibilidade contida do art. 273, §2º do CPC⁶⁷. Ainda que o art.461 do CPC e o 84 do CDC não tenham previsão semelhante ao mencionado perigo de irreversibilidade, certo é que a tutela inibitória antecipada deverá observar tal questão. Todavia, o problema da irreversibilidade deve ser analisado com cautela. Isso porque o argumento de que o direito do réu possa ser lesado de forma irreparável não pode servir de óbice ao deferimento da tutela antecipada, uma vez satisfeitos os demais requisitos. Ora, não se pode esquecer a tutela antecipada trabalha com a pressuposição de que o direito do autor provavelmente será violado.

Conforme afirma Marinoni, “se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito subjetivo que se afigure *provável*, deve-se admitir que o juiz possa provocar um prejuízo ainda que irreparável, ao direito que lhe pareça *improvável*”⁶⁸.

Por derradeiro, cumpre salientar que a tutela antecipada concedida poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 461, §3º do CPC), haja vista que no decorrer da instrução probatória poderá o juiz perceber que os fatos sobre os quais formou seu convencimento não condizem com a realidade. Ademais, se por outro motivo o magistrado

⁶⁶ MARINONI, *op. cit.*, p.191.

⁶⁷ Art. 273. §2º: Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p.199.

modificar seu convencimento, não haverá óbice à revogação ou modificação da tutela antes concedida, afinal, nesse caso não há preclusão *pro judicato*.

3.7 A *astreinte* e os outros meios de coerção

Para a efetivação da tutela inibitória, o Código de Processo Civil prevê, no art. 461, §§ 4º e 5º, que o juiz pode impor multa (*astreinte*)⁶⁹ para a hipótese de descumprimento da ordem, bem como “determinar as medidas necessárias”⁷⁰ para que se cumpra o que foi ordenado.

Tanto a *astreinte* como tais medidas necessárias são, na verdade, meios de coerção que visam compelir o ordenado a atender o comando exarado pelo juiz. Todavia, deve-se ressaltar que tais atos têm naturezas distintas.

No caso da multa, a coerção é indireta, porquanto constitui meio técnico utilizado pela jurisdição para forçar a parte a fazer ou não fazer algo, atuando sobre a vontade dela, convencendo-a a adimplir. Deve-se frisar que a *astreinte* não possui caráter indenizatório, objetivando apenas emprestar força coercitiva à ordem judicial. Segundo entendimento de Arenhart: “a multa coercitiva é, nesse sentido, instrumental, pois visa a dar efetividade à tutela (específica), enquanto a indenização é final, pois representa em si a resposta dada pelo Estado ao dano experimentado”⁷¹. Na maioria dos casos, a multa coercitiva deverá ser o principal meio utilizado pelo juiz, pois é menos invasiva na esfera de liberdade do ordenado. Contudo, para que a *astreinte* cumpra o fim a que se propõe – intimidar –, deverá ela ser fixada em um valor que estimule o cumprimento do comando do magistrado, considerando, para tanto, especialmente, a capacidade econômica do sujeito passivo da ordem.

O §5º do art. 461 do CPC (assim como o §5º do art. 84 do CDC) prevê, por outro lado, medidas coercitivas diretas, isto é, hipóteses em que o direito será efetivamente tutelado independentemente da vontade do demandado. Analisando detidamente o mencionado dispositivo legal, conclui-se que o rol das medidas ali elencadas não é taxativo, haja vista a expressão “medidas necessárias *tais como*”. Dessa maneira, caberá ao juiz fixar a medida necessária para dar efetividade ao seu comando.

⁶⁹ etimologia

⁷⁰ De acordo com a redação do §5º do art. 461 do CPC: “determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessária com requisição de força policial”.

⁷¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 354.

Aqui, cumpre destacar, contudo, que a medida de coerção direta deverá sempre ser sopesada pelo magistrado, tendo em vista que se trata de medida mais drástica e invasiva na vida do demandado, razão pela qual somente será cabível nas hipóteses extremamente necessárias, nas quais fique claro que o devedor não irá obedecer a decisão voluntariamente.

Na hipótese de coerção direta, quem, de fato, dá efetividade à ordem exarada pelo magistrado é um auxiliar do juízo ou alguém que receba tal qualificação (v.g. juiz determina que o oficial de justiça interdite um fábrica que está poluindo o meio ambiente). Pela própria natureza de tais medidas, como salientado no parágrafo anterior, elas somente deverão ser utilizadas em caráter excepcional. Cabe apontar aqui que para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart seria possível como forma de coerção direta até mesmo o uso da prisão. Todavia, cumpre salientar que tal posicionamento não encontra guarida na ordem constitucional pátria que limita a prisão civil às hipóteses de dívida alimentícia e depositário infiel (art.5, LXVII, da CR/88)⁷². Ademais, o próprio Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário somente permite a prisão civil por dívida alimentar (art. 7, §7), o que já foi inclusive objeto de decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, dando origem à súmula vinculante nº 25.⁷³

Ao lado das medidas de coerção direta, encontram-se as de sub-rogação que, apesar da proximidade entre ambas, não se confundem. As medidas de sub-rogação implicam práticas de um fazer que já deveria ter sido observado – todavia quem realiza o ato é um terceiro, no lugar do réu – (v.g. empresa que já tinha o dever de instalar uma tecnologia para que diminuísse o volume do barulho produzido, mas mantém-se inerte), ao passo que na coerção direta não existe esse dever prévio. As medidas de sub-rogação somente serão admissíveis em caso de tutela positiva, uma vez que a negativa pressupõe a infungibilidade da prestação. Além disso, tem caráter acessório e somente deverá ser utilizada quando a multa ou a coerção direta se mostrarem inviáveis.

Assim, assentadas quais são os instrumentos dos quais disponibiliza o magistrado para dar efetividade à sua ordem, cumpre asseverar que, na escolha do meio a ser utilizado, deverá ele se pautar pelo princípio da necessidade, do meio idôneo e da menor restrição. Isso porque a tutela inibitória, em que pese preservar os direitos, não poderá causar prejuízos indevidos ou desproporcionais ao demandado. Consoante ensinamento de Marinoni:

⁷² Para tais autores, não seria hipótese de prisão civil por dívida, mas sim prisão por crime de desobediência da ordem exarada pelo magistrado. Nesse sentido, também pensam os doutrinadores Kazuo Watanabe e Cassio Scarpinella Bueno.

⁷³ STF - Súmula Vinculante nº 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

a tutela do direito sempre deve ser prestada através de um meio adequado e mais idôneo. Este deverá ser o necessário para a tutela do direito e, ao mesmo tempo, o que gere a menor restrição possível ao demandado. *O meio mais idôneo, assim, é aquele que, além de tutelar o direito, causa menos restrição possível.*⁷⁴

3.7.1 A tutela inibitória e a exceção ao princípio da congruência

Segundo Portanova⁷⁵, pelo princípio da congruência: “as partes têm plena liberdade de limitar a atuação do juiz aos fatos e aos pedidos que elas entendem necessários para compor a lide”. Cumpre frisar que tal princípio decorre, principalmente, dos arts.128 e 460, ambos do CPC.

Em que pese o juiz estar limitado a proferir sua decisão nos limites impostos pelo pedido mediato e imediato, o art. 461 do CPC e o 84 do CDC preveem exceção a essa regra quando admitem que o magistrado pode conceder tutela específica da obrigação ou resultado prático equivalente ao do adimplemento. Ora, com tal autorização, o juiz está legitimado, desde que respeite os limites da obrigação originária, a impor um fazer ou não fazer mais adequado ao caso concreto.

Além disso, os §§ 4º e 5º dos mencionados dispositivos legais permitem ao juiz fixar multa ou outras “medidas necessárias” de ofício.

Dessa maneira, em se tratando de tutela inibitória o juiz poderá, de acordo com a situação que lhe é colocada, decidir qual é o melhor meio para que se alcance a tutela jurisdicional adequada. Todavia, deve-se frisar que, em razão de tal poder concedido ao julgador, ele deverá observar em suas decisões o princípio da necessidade, o qual se desdobra no princípio do meio idôneo e da menor restrição possível. Comentando acerca do princípio da necessidade, Arenhart e Marinoni afirmam que:

No direito brasileiro não é possível requerer uma tutela inibitória que, muito embora destinada a evitar o ilícito, *acabe causando um dano excessivo ao réu*. A tutela deve ser solicitada dentro dos limites adequados a cada situação concreta, evitando-se a imposição de um não fazer ou fazer que possa provocar, na esfera jurídica do demandado, uma *interferência ‘injusta’, porque excessiva em face da necessidade concreta da tutela*. A inibitória, em outras palavras, *deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do ilícito.*⁷⁶

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 239.

⁷⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.121.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 443.

Como se vê, a exceção ao princípio da congruência permite ao magistrado procurar a melhor solução para cada caso concreto em que atua, oportunizando-lhe a prestar a tutela, segundo aquilo que lhe fora pleiteado, atentando sempre aos princípios da necessidade e da proibição do excesso.

3.8 Da (im)possibilidade da revisão do valor da *astreinte* – uma análise da jurisprudência do STJ

3.8.1 Introdução

Antes de adentrar à análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, cumpre fazer algumas ponderações acerca da natureza jurídica da *astreinte*, porquanto necessária à reflexão e crítica dos julgados que se propõe a analisar.

Conforme mencionado alhures, a *astreinte* tem natureza eminentemente coercitiva, isto é, constitui um meio utilizado pelo juiz para compelir o demandado a cumprir a ordem judicial. Sendo assim, deve ficar claro que em nada se confunde com qualquer indenização por perdas e danos concedida ao autor. Nesse sentido:

A multa tem caráter sancionatório-coercitivo, atuando como elemento indutor da execução específica, não tendo, pois, índole compensatória e menos ainda subrogatória da obrigação inadimplida⁷⁷.

A indenização por perdas e danos, ao contrário da *astreinte*, tem natureza compensatória, reparatória, devendo, por conseguinte, guardar relação com a extensão dos prejuízos causados à parte. No caso da *astreinte*, por outro lado, seu valor não deve ser pautado pelo pedido inicial, tampouco pelo prejuízo pecuniário que o autor possa vir a sofrer⁷⁸. Afinal, o objetivo dessa multa é apenas um, qual seja, dar efetividade ao processo, isto é, forçar a obediência imediata ao conteúdo do mandamento jurisdicional. Para tanto, seu foco e seus parâmetros deverão concentrar-se na figura do demandado, não naquele que demanda. A *astreinte*, nesse contexto, deverá ser mais alta na mesma proporção da capacidade econômica do réu, porquanto só assim poderá cumprir os fins a que se destina⁷⁹.

⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5; ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 289.

⁷⁸ No caso da tutela inibitória, nem mesmo dano a ser indenizado poderá existir.

⁷⁹ MARINONI destaca que “O juiz, ao considerar a capacidade econômica do réu, não deve limitar-se a analisar seu patrimônio imobilizados, mas tudo o que indique sua verdadeira situação financeira, como, por exemplo, o

Aqui, não existe qualquer limitação legal ao valor da multa, a qual poderá inclusive superar o valor da prestação principal⁸⁰.

Nesse contexto, afigura-se crucial a lição de Arenhart, segundo o qual:

O importe dessa sanção pecuniária exige sensibilidade do magistrado, para que possa atingir seu objetivo. Com efeito, a cominação de valor excessivamente pequeno na decisão judicial acarretará certamente a frustração da função intimidatória que a figura deve desempenhar; se, de fato, for mais rentável para o sujeito passivo da ordem desobedecê-la e arcar com a multa do que cumpri-la, então perde totalmente o sentido a ameaça que se desejaria gerar. De outro lado, se o valor arbitrado for extremamente elevado, então também a sua condição intimidatória restará frustrada, já que o sujeito passivo, antevedendo a impossibilidade de solver a multa com seu patrimônio – induzindo-o a um estado de insolvência civil ou de falência -, imaginará prontamente a expectativa de que esse valor jamais venha a ser exigido, porque impossível o seu adimplemento. Assim sendo, fixar a importância da multa em parâmetro adequado é fundamental para que ela possa desenvolver sua finalidade intimidatória, devendo-se, para tanto, observar certos critérios seguros e compatíveis com o escopo a que ela se destina.⁸¹

Ainda quanto à fixação da multa, chama atenção o mencionado autor para que o magistrado atente-se para a possibilidade do que ele denomina de “ricocheteio da multa”. Isto é, deverá o juiz analisar a capacidade do demandado absorver a multa e repassar esse valor adiante, hipótese em que igualmente restará frustrada a finalidade da multa. A título de exemplo, Arenhart menciona uma sociedade empresária que detenha o monopólio de certa atividade ou exclusividade no comércio de determinado produto. Nesse caso, lembra o autor, a imposição da multa não surtirá o efeito pretendido, uma vez que a sociedade empresária irá repassar o valor a ela imposto a seus consumidores, os quais serão os reais prejudicados com a imposição da medida⁸².

Pois bem, assentada a natureza da *astreinte*, bem como as diretrizes para a fixação do seu valor, afigura-se necessário, ainda antes da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), elucidar o disposto do §6º do art. 461 do CPC, cuja redação é a seguinte: “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

salário por ele auferido. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.220).

⁸⁰ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva. 1980, p.40

⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis de tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P.355/356

⁸² ARENHART, *op. cit.*, p. 356.

O dispositivo legal acima transcrito permite a alteração do valor da multa a qualquer momento, seja para aumentá-la ou diminuí-la, a depender se a quantia fixada tornou-se insuficiente ou excessiva, para os fins a que se destinava.

Trata-se, em verdade, de um importante meio do juiz de dar efetividade à sua decisão e, por conseguinte, ao processo. O que o mencionado parágrafo sexto oportuniza é uma reflexão pelo magistrado, depois do momento inicial em que fixou a multa, no sentido de averiguar se aquela medida foi suficiente ou não, se o processo, como meio de atuação da jurisdição, foi capaz de dar ao autor da demanda aquilo que ele conseguiria com o respeito natural ao seu direito.

Independente da alteração fática ou jurídica, a multa poderá ter seu valor ou periodicidade alterados. Caberá ao julgador verificar, para tanto, se a *astreinte* teve o condão de compelir o demandado a cumprir a ordem judicial e o que, eventualmente, fez com que se frustrassem seus objetivos. Desse modo, vê-se que a possibilidade de modificação da multa está intimamente ligada aos fundamentos da sua própria existência, ou seja, à força coercitiva da decisão judicial.

Um questionamento que se tem no momento futuro em que se pretenda alterar o valor da multa consiste no termo inicial dessa modificação. Contudo, percebe-se que, decorridos mais de dez anos da entrada em vigor do parágrafo 6º do art. 461 do CPC, tem sido pacificado o entendimento no sentido de que o aumento da *astreinte* só tem efeito *pro futuro*, ao passo que a redução poderia retroagir à data originária em que foi fixada⁸³.

Embora exista a autorização expressa no sentido da possibilidade de modificação do valor da multa a qualquer tempo, mesmo que de ofício pelo juiz, na prática, tal situação encontra muitas variáveis, que serão analisadas a seguir, mormente quanto se pretende tal autorização após já consolidada o valor final *astreinte*.

Conforme salientado alhures, a multa nada mais é do que um meio de coerção indireta que visa a potencializar a decisão judicial, “estimulando” o demandado a cumpri-la espontaneamente. Desse modo, não resta dúvida de que ela consiste num meio de aumentar a eficácia do processo. Sendo assim, se para o magistrado já difícil a tarefa de fixar a *astreinte* no momento inicial, mais trabalhoso será cogitar essa alteração no futuro, principalmente se for para diminuí-la. Antes de continuar tal discussão, contudo, faz-se necessário, para os fins deste trabalho, analisar alguns julgamentos do STJ, para depois traçar uma linha conclusiva e crítica sobre a possibilidade de modificação a qualquer tempo.

⁸³ Nesse sentido, ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis de tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.368

3.8.2 1ª corrente: possibilidade da redução do valor da multa

A maioria dos acórdãos pesquisados da lavra do STJ adotam o posicionamento, segundo o qual seria plenamente possível a redução do valor das *astreintes*, mesmo se já consolidado.

A título de exemplificação, tomemos o caso julgado no Recurso Especial nº 947.466/PR de Relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior. Conforme relatado, o caso tratava de um litígio envolvendo a General Motors do Brasil Ltda., em que ela era demandada para entregar um determinado veículo a um de seus clientes. Antes de chegar ao Tribunal Superior, a multa havia sido fixada em R\$ 200,00 (duzentos reais) por dia de atraso na entrega do bem. Quando cumprida a obrigação pela companhia, o montante da multa chegava perto de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). Para tentar reduzir esse valor, a devedora interpôs o recurso especial, sustentando que a referida multa causava enriquecimento ilícito ao autor da ação, bem como que atentava contra os princípios da boa-fé e razoabilidade. Nesse caso, entendeu o relator que o automóvel objeto da demanda teria valor bem inferior à multa, o que já indicaria a necessidade de diminuição do seu valor, bem como que tal quantia feria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não sendo, ainda, acobertada pelo manto da coisa julgada material. Ao final, deu provimento ao recurso para reduzir o valor da multa para R\$ 100,00 (cem reais) por dia, limitada ao valor do automóvel.

Outro interessante caso aconteceu no julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Agravo de Instrumento nº 1.244.483/SP de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, em que se pleiteava o restabelecimento da energia para o autor perante a Companhia Piratininga de Força e Luz. Segundo relato, a multa fora originalmente fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia, posteriormente fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais) e, ao final, limitada a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). De acordo com a leitura do voto, depreende-se que o principal fundamento foi a vedação do enriquecimento sem causa dos autores. Isso porque, de acordo com os parâmetros inicialmente fixados, chegou-se a um montante de, aproximadamente, R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). Nesse caso, fundamentou o relator, no sentido da desproporcionalidade da quantia, bem como no enriquecimento ilícito do autor.

Pelo que se vê, em síntese, quatro são os fundamentos utilizados pelo STJ⁸⁴ para justificar a redução do valor da *astreinte*, quais sejam: a) o valor das *astreintes* não está

⁸⁴ Acórdãos pesquisados: REsp 696.963/PE (STJ, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 06.11.2007, p. 169), REsp 1.085.633/PR (STJ, 3ª T., rel. Min. Massami Uyeda, DJe 17.12.2010), REsp 1.060.293/RS (STJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 18.03.2010, AgRg no REsp 692.932/RS (STJ, 4ª T.,

acobertado pelo manto da coisa julgada material; b) o artigo 462, §6º, do CPC permite a redução do montante já consolidado das *astreintes*, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição; c) a redução está atrelada aos limites da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a proibição de enriquecimento indevido do credor; d) hipóteses em que resta configurado manifesto exagero no valor da multa; e, por fim, f) em alguns casos, o valor da obrigação principal.

3.8.3 2ª corrente: impossibilidade (ou mitigação das possibilidades) de redução do valor da multa

Embora tenha prevalecido no STJ a tese que permita, a qualquer tempo, a modificação do valor da multa, mesmo que já consolidado, os fundamentos expostos acima demonstram que o tribunal superior concentrou suas atenções apenas nas consequências, esquecendo das causas. Isto é, o Tribunal da Cidadania preocupa-se exclusivamente com os efeitos de uma eventual multa num valor alto, deixando de lado o que realmente gerou tal montante, que nada mais é do que descumprimento da decisão judicial.

Capitaneada pela Ministra Nancy Andrighi, surgiu uma nova corrente dentro do próprio STJ, no sentido de mitigar a possibilidade de redução prevista no §6º do art. 461 do CPC. Para essa corrente, deve-se ater muito mais ao comportamento do devedor do que o valor final da multa⁸⁵.

Nesse caso objeto desse julgamento, o autor buscava a exclusão do seu nome do cadastro de inadimplentes. Em primeiro grau, foi determinada a retirada do nome, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Ocorre, contudo, que a demanda apenas veio a cumprir a decisão depois de 249 (duzentos e quarenta e nove) dias, fazendo com que o montante final da multa alcançasse o valor superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos

rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 18.02.2011), REsp 763.975/RS (STJ, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 19.03.2007, p. 330), REsp 937.082/MG (STJ, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 13.10.2008), REsp 947.466/PR (STJ, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 13.10.2009), AgRg no AgRg no Ag 1.244.483/SP (STJ, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.09.2011).

⁸⁵ (...)

3. A multa do art. 461 do CPC não faz coisa julgada material e pode ser revista a qualquer tempo pelo Juiz, inclusive de ofício, quando se modificar a situação em que foi cominada. Precedentes.

4. Se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor, não é possível reduzi-la, pois as *astreintes* têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação.

Precedentes.

(...)

(REsp 1192197/SC, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma julgado em 07/02/2012, DJe 05/06/2012)

mil reais). Inconformada, a devedora ajuizou ação rescisória, objetivando, entre outros pedidos, a redução do valor da multa. O relator do recurso, Ministro Massami Uyeda, entendeu que deveria ser reduzida a *astreinte*, com os mesmos fundamentos demonstrados no tópico anterior, razoabilidade, proporcionalidade e proibição de enriquecimento sem causa. Todavia, a Ministra Nancy Andrighi, no seu voto vista, discordou do entendimento manifestado pelo relator do recurso, sendo acompanhada pelo Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Inicialmente, fundamentou a Ministra que o valor da obrigação principal não guarda qualquer relação limitadora com a multa sancionatória. Além disso, ressaltou que o parâmetro utilizado para aferir a proporcionalidade da *astreinte* é a disposição da parte em cumprir a determinação judicial. Por fim, destacou que:

Por outro lado, consoante já decidiu esta Corte, “se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor, não é possível reduzi-la, pois as astreintes têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação” (AgRg no REsp 1.026.191/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 23.11.2009. No mesmo sentido: REsp 1.151.505/SP, minha relatoria, DJe de 22.10.2010)⁸⁶

Conforme se depreende desse precedente, o STJ deixou de concentrar suas atenções no montante da multa por si só, para esclarecer que eventual incremento exacerbado do valor final da *astreinte* decorria exclusivamente da conduta do réu. Tanto é assim que, caracterizada a postura do demandado no sentido de mitigar os prejuízos do autor e cumprir a decisão judicial o quanto antes, já se manifestou o mesmo STJ no sentido da possibilidade da redução da multa⁸⁷.

Pelo que se vê, diferente dos fundamentos mencionados no tópico anterior, nos casos aqui analisados, passou o STJ a entender que nem sempre será possível a redução do valor da multa já consolidada, ainda que tenha alcançado valor muito superior ao da obrigação principal. Nesse sentido, elucida a Ministra Nancy Andrighi⁸⁸:

⁸⁶ Trecho do voto proferido pela Min. Nancy Andrighi (p.6) no REsp 1192197/SC, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 05/06/2012

⁸⁷ Processo civil. Astreinte. Redução. Possibilidade. Diligência da parte.

1. A astreinte não deve ser reduzida se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial foi o descaso do devedor.

2. Na hipótese em que o devedor tome medidas tendentes ao cumprimento da ordem, ainda que tenha obrado com culpa leve pelos atos de descumprimento, justifica-se a redução da multa, fixada em patamar exagerado.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1151505/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 22/10/2010)

⁸⁸ (STJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 18.11.2009), REsp 1.022.038/RJ (STJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 22.10.2009) e REsp 681.294/PR (STJ, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJe 18.02.2009)

A multa, portanto, perdurou enquanto foi necessário; se o valor final é alto, ainda mais elevada era a resistência da recorrente a cumprir o devido. A análise sobre o excesso ou não da multa, portanto, não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo – agora que a prestação finalmente foi cumprida – procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe justamente um comportamento desarrazoado de uma das partes; ao contrário, a eventual revisão deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor.

3.8.4 Análise crítica dos posicionamentos do STJ

Após feita a análise da natureza jurídica da *astreinte*, bem como de quais devem ser os parâmetros utilizados no momento da sua fixação, procedeu-se à revisão da jurisprudência do STJ sobre o tema, percebendo a existência de duas correntes. A primeira, que preza pela redução do valor da multa com fundamento da proporcionalidade, razoabilidade, proibição do enriquecimento sem causa e limitação da multa ao valor da obrigação principal. Uma segunda, capitaneada pela Ministra Nancy Andrighi, defendendo que a *astreinte*, uma vez fixada num valor diário razoável, caso alcance uma quantia alta ao final do processo, não poderá ser reduzida, porquanto decorrente da conduta desidiosa do réu que insiste em não cumprir a decisão judicial.

O posicionamento da primeira corrente, conquanto preze por não permitir que a multa transponha um valor tido como razoável, sob o fundamento da proporcionalidade e proibição de enriquecimento sem causa, coloca em risco a razão de existir da *astreinte*, qual seja, ser um meio de coerção indireto que impulse o réu a cumprir a decisão judicial. Ora, questiona-se qual seria o poder coercitivo da multa se o devedor sempre soubesse que, ao final, independentemente da sua conduta diligente ou não, caso o montante da multa remonte uma quantia alta, o Judiciário irá diminuí-la? Parece que, a manter tal posicionamento, teria o réu, de antemão, a certeza de que poderia descumprir o quanto quisesse o direito do autor que nunca terá que responder pela sua demora, pela sua conduta renitente a cumprir com o que havia obrigado.

Não é demais lembrar que estamos falando, na maioria dos casos, em processos cujos direitos discutidos não têm natureza patrimonial, ao menos para o autor. Todavia, sabe-se que o réu – notadamente grandes empresas e o próprio Estado – têm uma forma de avaliar matematicamente e financeiramente o quanto pode ser válido descumprir com o que havia se obrigado. Desse modo, não pode o Judiciário ser conivente com aquele réu que, tendo todos

os meios para cumprir a decisão, posterga ao máximo em agir conforme o mandamento jurisdicional, confiante que, ao final, não será penalizado.

Além disso, não faz sentido usar como fundamento para a revisão da multa parâmetros que não são cogitados no momento da sua fixação original. Se, conforme mencionado anteriormente, a principal diretriz que o magistrado tem para delimitar inicialmente o valor da multa é a situação financeira do réu, certo é que, para proceder à revisão, dever-se-ia retomar o mesmo critério, sem cogitar se o valor pode ou não gerar enriquecimento sem causar ao autor, tampouco se guarda alguma proporção com o valor de eventual indenização. Se a multa é coercitiva, não indenizatória, não faz sentido deslocar a discussão para as consequências que um montante final pode causar. O que se deve ter sempre em mente é que a *astreinte* existe para impulsionar o réu a cumprir sua obrigação, razão pela qual devem ser analisadas as causas que levaram o descumprimento para apurar se a multa deve ou não ser reduzida.

Conforme se percebe da leitura dos julgados que adotam a primeira corrente, nas hipóteses em que o montante final da multa fica muito alto, em virtude do descumprimento reiterado da decisão judicial, a tendência natural é querer enxergar nessa quantia uma espécie de indenização por eventuais danos sofridos pela parte, o que resulta no argumento do enriquecimento sem causa. Nesse ponto, encontra-se o maior equívoco por parte dos juristas que se filiam a tal posicionamento. Na verdade, se o valor nominal da multa diária for razoável, harmonizando-se com a situação discutida no momento em que fixada, eventual montante é fruto exclusivamente da conduta do devedor. Se o valor final for muito alto, significa apenas que o demandado não cumpriu a ordem judicial a tempo e modo, agindo de forma desidiosa, colocando em descrédito o próprio Judiciário e a força de suas decisões.

Não se está aqui, contudo, dizendo que o magistrado, ao se deparar com uma multa cujo montante seja elevado, deverá fechar os olhos para tal fato. Contudo, por se tratar de um meio de coerção, e não de indenização, o importe final da multa não deve ser a primeira preocupação do julgador, desde que o valor diário da *astreinte* seja proporcional e razoável. Afinal, como salientado anteriormente, o montante que o réu deverá pagar ao final decorre exclusivamente de sua própria disposição em cumprir a decisão judicial. Desse modo, caberá ao juiz apenas afastar a má-fé processual, caso suspeite que a intenção do autor não é a de fazer o réu cumprir sua obrigação, mas receber o valor da multa cominatória. Nesse sentido, destaca o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Sendo o processo 'instrumento ético de efetivação das garantias constitucionais' e instrumento de que se utiliza o Estado para fazer a entrega da prestação jurisdicional, não se pode utilizá-lo com fins de obter-se pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante⁸⁹

Desse modo, vê-se que não pode mais o Poder Judiciário ser conivente com aquele devedor que despreza o conteúdo da decisão judicial para, ao final, pleitear redução do valor da multa, ao fundamento de que a quantia gera enriquecimento sem causa ao autor. Igualmente, o magistrado ser vigilante para evitar a má-fé processual, rechaçando o pleito daquele que tem o intuito de apenas fazer com que o réu arque com uma alta multa cominatória.

As exposições das duas correntes de pensamento existentes no STJ dimensionam a importância desse assunto. Em tema de tutela inibitória, devem os operadores do direito sempre ter em mente que a multa serve como instrumento de coerção que força o réu a cumprir a ordem judicial. Nesse contexto, vulgarizar as hipóteses de redução da multa pode levar ao esvaziamento da *astreinte* como meio de coerção indireta, razão pela qual deve ser sempre medida excepcional, levando em conta, via de regra, apenas a conduta das partes, e não apenas o valor final da multa; afinal, como dito alhures, tal quantia decorre exclusivamente da postura do devedor em não cumprir a decisão judicial.

3.9 Execução provisória da *astreinte*

No Brasil, infelizmente, é muito comum que processos judiciais se arrastem por longos anos, ou até mesmo, em alguns casos, décadas. Nesse contexto, esperar o trânsito em julgado para, só então, poder executar a decisão pode equivaler a uma verdadeira Vitória de Pirro.

Em virtude dessa triste realidade, o instituto da execução provisória pode servir como meio de efetivação do processo, porquanto permite, com algumas restrições, que uma decisão judicial surta efeitos concretos, mesmo antes do seu trânsito em julgado, enquanto pendente o julgamento de recursos. Nesse sentido, o conceito de execução provisória deve ir muito além do senso comum e do disposto no art. 587 do CPC vigente, conforme leciona Bueno:

⁸⁹ REsp 422966/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma, julgado em 23/09/2003, DJ 01/03/2004, p. 186

O termo “execução” deve ser entendido de forma mais ampla do que, tradicionalmente, lhe empresta a doutrina tradicional. Não há por que, com os olhos voltados ao sistema processual civil hoje vigente, atrelar-se efeitos executivos a uma determinada e específica classe de decisões jurisdicionais, qual seja, a de sentenças ou acórdãos de mérito condenatórios. Penso que também uma decisão declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva, ao lado das decisões condenatórias, possam ser também objeto de uma “execução” e, se ainda pender algum recurso de exame, ser esta execução “provisória”. Também elas, penso, podem ser objeto de realização concreta independentemente de já terem se tornado “definitivas”; também os seus efeitos podem se fazer sentir fora do processo mesmo o que ainda impugnáveis ou impugnadas pelo recurso cabível. E, neste sentido, o art. 587 do Código de Processo Civil deve ser observado, quando menos, como referencial destas execuções (ou efetivações) provisórias.⁹⁰

Partindo das lições do mencionado autor, far-se-á, então, uma análise do cabimento da execução provisória⁹¹ das *astreintes*, bem como dos reflexos que esse instituto tem sobre a efetividade do processo no âmbito da tutela inibitória.

Arenhart é taxativo ao defender a impossibilidade⁹² da execução provisória, nos seguintes termos:

Essa opinião [da possibilidade da execução provisória] não se coaduna com as premissas lançadas neste trabalho, a respeito da natureza e do regime da multa coercitiva em questão. Aliás, ao que parece, essa posição [da possibilidade da execução provisória] nem sequer conta com amparo no direito positivo nacional, já que nenhuma previsão existe que possa autorizar essa modalidade de execução provisória. Veja-se que a liminar que impõe o fazer ou não-fazer não é arrolada como título executivo, no art. 584 do CPC. Considere-se, mais, que essa decisão liminar não pode encaixar-se na hipótese descrita no art. 587 do mesmo código, que exige, para a execução provisória, a presença de uma sentença impugnada mediante recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Poderá alguém afirmar, contra tais assertivas, que o art. 273, §3º (ao tratar da antecipação da tutela, em previsão que também se aplica à liminar contemplada pelo art. 461, §3º), remete expressamente o regime de efetivação dessa medida ao art. 588 do código. O argumento, todavia, não tem expressão, na medida em que a remissão indicada não é (nem pode ser) entendida como hipótese de nova medida submetida à execução provisória.⁹³

⁹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. **Execução provisória**. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Execu%C3%A7%C3%A3o%20provis%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2013.

⁹¹ Independentemente da discussão sobre a possibilidade, ou não da execução provisória, só, só se admite a incidência das *astreintes* após a intimação pessoal do devedor, não bastando mera intimação da parte na pessoa do seu advogado, conforme o entendimento consolidado no enunciado da Súmula nº 410 do STJ, segundo a qual "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

⁹² Araken de Assis, por sua vez, entende ser plenamente possível a execução provisória, salientando que: “a pena pecuniária (*astreinte*) constitui valioso mecanismo de pressão psicológica para alcançar alguns bens da vida com a indispensável participação e colaboração do executado. Para atingir essa finalidade, ela é exequível de imediato (independentemente do trânsito em julgado do provimento acerca do mérito da causa) e de maneira autônoma (independentemente da execução da parte principal do provimento). ASSIS, Araken de. **Execução imediata e preclusão do valor da multa pecuniária**. JAYME, Fernando Gonzaga; FÁRIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.57

⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis de tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.378.

No STJ, contudo, atualmente, coexistem três correntes bem distintas sobre o tema, sem que se possa definir qual delas é majoritária ou tendente a prevalecer.

A primeira corrente entende que não é possível a execução provisória da *astreinte*, porquanto seja necessário o trânsito em julgado da decisão que julgar procedente a demanda para que sejam exigidas. Isto é, somente ao final do processo poderá o beneficiário vir a executar a multa coercitiva⁹⁴.

Uma segunda corrente, por sua vez, entende que é possível a execução provisória sem qualquer condição, até mesmo baseada em uma decisão interlocutória⁹⁵:

Nesse contexto, muito elucidativa foi a decisão proferida no Recurso Especial nº 885737/SE, no qual restou consignado na ementa do acórdão que:

(...)

II - Considerando-se que a "(...) função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância" (REsp nº 699.495/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 05.09.05), é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N, do então vigente Código de Processo Civil.

III - "Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). É a denominada decisão ou sentença liminar extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais"

(...)⁹⁶

A terceira e mais recente corrente, a seu turno, adota um posicionamento intermediário entre as duas anteriormente mencionadas. Segundo o julgamento do Recurso Especial nº 1347726/RS, somente poder-se-ia cogitar a execução provisória da multa liminarmente fixada após o julgamento procedente do pedido inicial a que se vincula a multa,

⁹⁴ (...) 1. Nos termos da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a multa diária somente é exigível com o trânsito em julgado da decisão que, confirmando a tutela antecipada no âmbito da qual foi aplicada, julgar procedente a demanda.

2. Conforme salientado na decisão agravada, o Tribunal de origem julgou extinto o processo sem exame do mérito, o que tornou insubsistente a liminar anteriormente deferida, que dava suporte jurídico para a exigibilidade da multa imposta.

3. Não havendo julgamento definitivo de procedência do pedido inicial, confirmando a medida liminar anteriormente deferida e solucionando o litígio, apresentando à parte a prestação jurisdicional tutelada, tornam-se inexigíveis as astreintes.(...) (AgRg no AREsp 50196/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012)

⁹⁵ Processual civil. Astreintes. Fixação em antecipação de tutela. Execução. Possibilidade.

1. É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 50816/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 07/08/2012, DJe 22/08/2012)

⁹⁶ REsp 885737/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 27/02/2007, DJ 12/04/2007, p. 246.

seja por sentença ou acórdão, desde que o recurso interposto contra tais decisões não tenha sido recebido com efeito suspensivo. No voto do relator restou consignado que:

Por deter caráter híbrido, englobando traços de direito material e também processual, o seu valor reverterá ao titular do direito postulado na ação; e, bem por isso, sua sorte está atrelada ao sucesso da demanda na qual se busca a obrigação principal ou o direito material posto em juízo. É dizer, a multa fixada incidentalmente fica pendente de condição resolutiva. Procedente o pedido, convalida-se; improcedente, perde efeito.

(...)

do mesmo modo que não é admissível a execução da multa diária com base em mera decisão interlocutória, prolatada em cognição sumária e precária por natureza, também não se pode condicionar sua exigibilidade ao trânsito em julgado da sentença. Os dispositivos legais que contemplam essa última exigência regulam ações de cunho coletivo, motivo pelo qual não são aplicáveis às demandas em que se postulam direitos individuais.

Havendo sentença ou acórdão que reconheça a procedência do pedido e defira ou confirme a fixação da multa por descumprimento da tutela antecipatória, há de se admitir a execução provisória das astreintes, desde que, obviamente, o recurso interposto contra esta decisão não tenha ou venha a ser recebido em seu efeito suspensivo. A pena incidirá, não obstante, desde a data da fixação em decisão interlocutória. (REsp nº 1347726/RS).

Pelo que se vê, essa terceira corrente adota uma postura mais cautelosa, permitindo a execução provisória da *astreinte* apenas na hipótese de existir decisão final de procedência, mesmo que não transitada em julgado. Acrescenta, ainda, que eventual recurso interposto não poderá ter sido com efeito suspensivo.

Com argumento pautado na segurança jurídica, ao condicionar a execução provisória da *astreinte* à preexistência de um indício de que o pedido inicial atrelado à multa cominatória será julgado procedente, essa terceira corrente apenas cria mais uma barreira para que o devedor seja compelido a pagar a multa cominatória decorrente da sua própria conduta em desrespeitar uma decisão judicial. Ora, a sistemática da execução provisória já dá todas as garantias ao devedor, uma vez que o credor não levantará qualquer quantia sem que antes ofereça caução idônea para tanto. Ademais, não faz sentido esperar uma decisão final de procedência se não exige o seu trânsito em julgado. Afinal, eventual recurso, ainda que sem efeito suspensivo, poderá reverter o julgamento. Desse modo, poderá tornar-se inócua a decisão prévia que autorizava, segundo a terceira corrente, a execução provisória.

Também não se afigura razoável a exigência do trânsito em julgado do pedido inicial a que se vincula a multa cominatória para que, só então, se proceda à sua execução. Embora não se possa desconsiderar os argumentos do doutrinador Sérgio Cruz Arenhart

expostos anteriormente, a execução provisória é, por essência, um instrumento de efetividade do processo. Sem esquecer das limitações que são inerentes ao próprio instituto, uma vez que fica condicionado ao provimento final transitado em julgado e oferecimento de caução, é inegável que o fato de poder fazer com o que o devedor tenha que despende, de imediato, determinada quantia de dinheiro irá compeli-lo a cumprir com sua obrigação. A permanecer a certeza no devedor de que ele somente pagará pelo descumprimento da decisão ao final do processo, a finalidade da *astreinte*, como meio de coerção indireta pode ficar comprometida. A execução provisória, nesse sentido, contribui para que o demandado tenha mais um estímulo a cumprir com o que foi decidido.

Na sistemática da tutela inibitória, quanto mais força tiverem os meios de coerção indireta, maior será probabilidade de proteção ao direito pretendido pelo autor da ação. Nesse sentido, permitir a execução provisória da *astreinte* é, sem dúvida, mais um fator que fortalece o provimento jurisdicional, indo ao encontro da finalidade da tutela inibitória, qual seja, proteger direito que está prestes a ser violado, ou fazer cessar a transgressão.

Nesse contexto, afigura-se muito didático o trecho do seguinte julgado, segundo o qual:

(...) a função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância (REsp nº 699.495/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 05.09.05), é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N, do então vigente Código de Processo Civil.⁹⁷

Reforçando a tese aqui defendida, o projeto do novo CPC, já em votação perante a Câmara dos Deputados, permite expressamente a execução provisória da multa coercitiva:

Art. 551. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser concedida na fase de conhecimento, em tutela antecipada ou na sentença, ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

(...)

§ 3º O cumprimento definitivo da multa depende do trânsito em julgado da sentença favorável à parte; a multa será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. Permite-se, entretanto, o cumprimento provisório da decisão que fixar a multa, quando for o caso.

§ 4º A execução da multa periódica abrange o valor relativo ao período de descumprimento já verificado até o momento do seu requerimento, bem como o do período superveniente, até e enquanto não for cumprida pelo executado a decisão que a cominou.

⁹⁷ REsp 885737/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 27/02/2007, DJ 12/04/2007, p. 246

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.⁹⁸

Conforme se depreende do dispositivo acima transcrito, o texto do projeto do novo CPC não deixa dúvidas quanto ao cabimento da execução provisória da *astreinte*. Muito embora ainda não esteja em vigor, não se pode desprezar que o texto em votação deve servir como referência interpretativa para a legislação vigente, corroborando o entendimento, segundo o qual seria possível proceder à execução provisória da multa cominatória.

Assim, conquanto não se possa desprezar as opiniões em sentido contrário, certo é que a execução provisória da *astreinte* é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, o que se mostra muito salutar, tendo em vista que contribui sobremaneira para a efetividade da ordem judicial, compelindo, ainda mais, o devedor a cumpri-la.

3.10 A relevância da prova indiciária em sede de tutela inibitória

Conforme mencionado anteriormente, no âmbito da tutela inibitória, via de regra, é prescindível a análise de culpa ou de eventual dano decorrente da conduta do réu. Por se tratar de tutela preventiva, cabe ao autor tão somente provar a existência real ou iminente da conduta que se quer evitar.

Embora a regra seja a dispensa da análise do elemento subjetivo da conduta, Arenhart ressalta eventual hipótese em que deverá ser objeto de apreciação pelo juízo da ação inibitória:

Pode ocorrer que a norma considere que o ilícito somente existirá (a regra jurídica qualificadora somente terá incidência, porque preenchidos os elementos da conduta por ela descrita) se a conduta vier acompanhada de dano e/ou culpa. Em tais casos, o dano ou a culpa passam a ser elementos integrantes do “tipo” (recorrendo à nomenclatura do direito penal) que torna a conduta como ilícita. E, por isso, sua análise passa a interessar para a tutela inibitória, não por si mesma, senão de maneira reflexa, já que sua existência (do dano ou da culpa) passa a ser imprescindível para que se tenha como ilícita a conduta. Aqui, então, poderá interessar a perquirição a respeito do dano ou da culpa.⁹⁹

⁹⁸ Emenda aglutinativa substitutiva global – Projetos de lei nº 6.025, de 2005, 8.046, de 2010, e aos projetos de lei nº 1.489 e 1.824, de 1996; 491, de 1999; 6.507, 6.870-A e 7.499-A, de 2002; 1.522 e 1.608, de 2003; 4.386, de 2004; 5.983, de 2005; 7.088 e 7.462, de 2006; 212 e 887, de 2007; 3.015, 3.387, 3.743 e 3.919, de 2008; 5.475, 5.748, 6.178, 6.195, 6.208 e 6.407, de 2009; 7.360 e 7.506, de 2010; 202, 217, 241, 1.199, 1.626, 1.628, 1.650, 1.850, 1.956, 2.627, 2.963 e 3.006, de 2011; 3.743, 3.907, e 4.110, de 2012; e 5.562, de 2013.

⁹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil; 6). p. 226 - 227.

Pelo que se vê, então, a maior dificuldade do autor será produzir a prova da ameaça a seu direito. Afinal, em muitos casos, a demonstração efetiva da conduta iminente do réu não deixa ou deixa poucos vestígios, os quais podem ser objetivamente apurados de antemão pelo autor. Nesse contexto, destaca-se a importância a prova indiciária.

De acordo com Dellepiane indício pode ser conceituado como:

Todo rastro, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou melhor dito, devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via da inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos¹⁰⁰

Pela prova indiciária, o magistrado, por meio de uma inferência lógica, parte de um fato conhecido para alcançar algo desconhecido, até então. Desse modo, na tutela inibitória, cabe ao autor produzir prova de fatos que possam indicar a existência da prática de um ilícito e, assim, conseguir o provimento jurisdicional apto a proteger seu direito. Cabe ressaltar, contudo, que não se trata de simples afirmações por parte do requerente que autorizará o deferimento da medida. Mais uma vez, salienta Arenhart:

Em geral, busca-se encontrar elementos concretos e específicos capazes de emprestar algum crédito objetivo ao temor firmado pela parte que solicita a prestação jurisdicional. Somente se defere a tutela da ameaça de lesão se a sua afirmação vier forrada de algum elemento de prova objetivos e concreto, apto a demonstrar de maneira externa (ainda que equívoca) a razoabilidade do receio pressentido pela parte postulante.¹⁰¹

Desse modo, verifica-se que, via de regra, na tutela inibitória, por se dar numa ação voltada para o futuro, afigura-se praticamente impossível, por parte do demandante, provar diretamente o fato objeto da demanda. Sendo assim, a prova indiciária ganha grande relevância, sem esquecer, contudo, que deve pautar-se em elementos objetivamente aferíveis aptos a ensejar no julgador o fundado receio de que o ato ilícito está prestes a ocorrer.

3.10.1. Ata notarial como meio de prova na tutela inibitória

No âmbito da tutela preventiva, faz-se muito importante que a prova do ato que se deseja evitar seja feita imediatamente, *a priori*, permitindo que o julgador, assim que tomar o primeiro contato com o pedido do autor, possa ter tranquilidade para conceder a ordem

¹⁰⁰ DELLEPIANE, Antônio. A prova indiciária na doutrina. **Justiça**, Porto Alegre. V.4. p. 313-315, 1934. P.67

¹⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil; 6).p. 260

necessária e, por consequência, o cidadão possa conseguir a proteção do seu direito. Nesse contexto, figuras como a produção antecipada de provas já vinham sendo muito utilizadas.

Ocorre, contudo, que, com o advento na Lei nº 8.935/94, a qual veio a regulamentar o art.236 da Constituição da República, que, por sua vez, trata da atividade notarial e registral, positivou-se a figura da ata notarial.

A mencionada lei, de conhecimento de poucos, assim dispõe:

Art. 6º Aos notários compete:

(...)

III - autenticar fatos.

Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

(...)

III - lavrar atas notariais;¹⁰²

Embora a existência da ata notarial se confunda com a história secular da atividade notarial, remontando os escribas egípcios, no Brasil, tal instituto somente tomou forma a partir da entrada em vigor da mencionada lei. Salienta-se, contudo, que o próprio CPC vigente, promulgado em 1973, já sinalizava no sentido de autorizar tal prática, porquanto dispõe, em seu art. 364, que “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.” A ata notarial pode ser conceituada como:

(...) o instrumento público através do qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o translada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio¹⁰³.

Walter Ceneviva complementa que a ata notarial consiste na “confirmação, pela autoridade da qual o notário é investido, da existência e das circunstâncias que caracterizam o fato, enquanto acontecimento juridicamente relevante¹⁰⁴”

Por meio da ata, o tabelião transcreve para o livro notarial algum fato jurídico que ele tenha presenciado por seus próprios sentidos. Não cabe a ele fazer qualquer juízo de interpretação ou expressar sua opinião, mas, tão-somente, descrever da forma mais fidedigna a situação que ele tenha presenciado. A título de exemplo, não raro os tabeliões são solicitados (geralmente pelos sócios minoritários) para comparecer a uma Assembleia Geral

¹⁰² Lei nº 8.935/94

¹⁰³ BRANDELLI, Leonardo. **Atas notariais**. Disponível em: <http://fm.cartorios.net/plugins/filemanager/files/1jundiai/artigos/Atas_Notariais.pdf> Acesso em: 28 nov. 2013.

¹⁰⁴ CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. São Paulo: Saraiva, 1996, 234 p.

em determinada sociedade empresária, com o intuito de retratar de forma isenta, em um documento público, dotado de fé-pública, tudo o que ocorreu naquela situação.

Ressalta-se que o objeto da ata notarial é apenas o fato jurídico, isto é, tal instrumento não serve para retratar um negócio jurídico firmado entre as partes. Para tanto, usa-se a escritura pública propriamente dita, como, por exemplo, a de compra e venda. Ademais, embora seja aceitável a ata como meio de prova de um ilícito civil, não constitui instrumento idôneo para fazer prova de um ilícito penal.

Desse modo, fica clara a importância desse instituto no âmbito probatório do processo civil, notadamente quando se tratar de hipóteses de tutela preventiva. Afinal, pode o jurisdicionado sempre lançar mão desse instrumento, o qual é rápido e muito eficaz para produção de provas que visem a embasar um futuro provimento jurisdicional que vise a inibir lesão a direito, ou fazê-la cessar.

Nesse sentido, merece destaque o inédito art. 391 do novo CPC, em votação na Câmara dos Deputados, segundo o qual:

Art. 391. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.
Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Pelo que se vê, o futuro diploma processual civil brasileiro veio a sedimentar, de vez, a utilização da ata notarial, elegendo-a como meio de prova idôneo dentro da sistemática do processo. O dispositivo legal acima transcrito dá a exata dimensão da importância da ata notarial, permitindo, expressamente, que o tabelião faça dela constar, também, elementos representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos.

Com a entrada em vigor do dispositivo transcrito, acrescida da autorização expressa na Lei nº 8.935/95, a figura do tabelião e da ata notarial ganham grande relevância na sistemática processual, porquanto a fé-pública da qual goza o delegatário do serviço público faz com que o documento por ele produzido tenha grande poder de convencimento. Não se quer com isso dizer, contudo, que o magistrado deva estar adstrito aos termos da ata notarial, afinal, sabe-se que aqui vigora o princípio da livre apreciação das provas pelo juiz (livre convencimento motivado).

A depender das circunstâncias, não há dúvida de que o meio de prova mais eficaz será a ata notarial. Veja-se, por exemplo, uma situação em que diversas árvores nativas estão sendo derrubadas ao arripio da lei. Nessa hipótese, poderá qualquer pessoa requerer que um

tabelião compareça ao local para que ele possa presenciar pessoalmente o que está acontecendo, transcrevendo, em seguida, para o livro notarial, de forma minuciosa, tudo o que ele viu, sentiu e ouviu. Sem dúvida, o documento por ele elaborado, por gozar de fé-pública, constituiria prova idônea a ensejar o deferimento de uma liminar em ação inibitória, facilitando, assim, a proteção dos direitos, dando materialidade ao princípio da prevenção.

Embora presente na nossa legislação de forma incipiente desde o CPC de 1973 e positivada na Lei nº 8.935/94, a ata notarial até então é desconhecida por muitos, inclusive operadores do Direito, o que fez com que ela fosse pouco utilizada e tenha sido pouco desenvolvida, existindo poucos estudos sobre o tema no Brasil. Espera-se, contudo, que com a edição do Novo CPC e a previsão expressa da ata como meio de prova, que tal instrumento torne-se mais robusto, conhecido e utilizado na prática jurídica. Afinal, consoante já salientado anteriormente, pelas especificidades desse instituto, atrelada à rapidez e eficácia do tabelião em atender o requerimento do cidadão, constitui a ata notarial instrumento de prova que poderá facilitar e abreviar a fase probatória do processo, reduzir o tempo de duração do processo e, por conseguinte, torná-lo mais efetivo.

4. A SENTENÇA E A TUTELA INIBITÓRIA – CONSIDERAÇÕES SOBRE A CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA CHIOVENDIANA, SENTENÇA MANDAMENTAL E EXECUTIVA

O estudo das espécies de sentenças afigura-se indispensável para a compreensão da tutela inibitória. Isso porque a clássica classificação trinária chiovendiana – sentença condenatória, constitutiva ou declaratória – mostra-se incapaz de dar guarida a essa nova espécie de tutela.

A sentença apta a propiciar a tutela inibitória não é, logicamente, declaratória ou constitutiva, pela própria natureza desses provimentos, sobre a qual não cabe neste trabalho tecer maiores comentários. O ponto nevrálgico, todavia, está em saber se a sentença que pode proporcionar a real e efetiva tutela inibitória é ou não condenatória.

Como se sabe, a sentença condenatória sempre esteve atrelada e correlacionada com a execução forçada. Ela define-se, essencialmente, pela aptidão de servir como título executivo. Segundo Dinamarco¹⁰⁵, a sentença condenatória “em si mesma não oferece tutela efetiva e plena porque a satisfação do direito irá depender de um ato do próprio obrigado (adimplemento) ou da realização da execução forçada”. Analisando esse conceito, não resta dúvida que a sentença condenatória não pode ser considerada como meio idôneo a prestar a tutela inibitória. Isso porque essa modalidade de tutela em comento exige uma sentença que possa ser efetiva e eficaz, sem que dependa de um outro ato posterior, como ocorre na condenatória, uma vez que o adimplemento voluntário é algo raríssimo no cotidiano forense. Deve-se ressaltar que, não obstante a Lei nº 11.232/2005 ter acabado com a ação executiva autônoma – em se tratando de título executivo judicial –, a sentença condenatória ainda depende de uma forma de execução a que se denominou de “fase de cumprimento de sentença”. Isso quer dizer que somente houve a dispensa de uma nova ação autônoma para viabilizar a execução expropriativa, subsistindo, entretanto, o cumprimento de sentença que não deixa de ser um ato executivo realizado, todavia, dentro dos mesmos autos do processo de conhecimento.

Assentada a inadequação da sentença condenatória, cumpre analisar qual seria, então, o instrumento cabível para prestação da tutela inibitória.

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002, p.150.

Indo além da classificação trinária chiovendiana, Pontes de Miranda foi o primeiro doutrinador brasileiro a desenvolver um conceito de sentença mandamental, que seria aquela decisão que, além de condenar, ordena, compele, força o réu a adimplir exatamente o que foi ordenado pelo juiz¹⁰⁶. Comparando-se a sentença mandamental com a condenatória, percebe-se que esta constitui uma tutela parcial, porquanto depende da fase executiva, já aquela presta uma tutela integral. Além disso, na mandamental, o magistrado usa a força Estatal – por meio de medidas coercitivas - para forçar o réu a adimplir, ao passo que na condenatória apenas constitui uma situação jurídica que poderá vir a abrir oportunidade para o uso de tal força. Ademais, na condenatória, o credor está civilmente obrigado perante o credor, mas não se vincula ao que foi ordenado pelo juiz. Marinoni, em algumas passagens de sua obra “Tutela inibitória: individual ou coletiva”, demonstra, de forma clara e sucinta, a distinção entre essas duas modalidades de sentença:

Na sentença mandamental há ordem, ou seja, *imperium*, e existe também coerção da vontade do réu; tais elementos, como foi amplamente demonstrado, não estão presentes no conceito de sentença condenatória, compreendida como uma sentença correlacionada com a execução forçada (...) É preciso que se perceba que não há ordem ou uso de coerção na sentença condenatória, há, simplesmente, declaração e aplicação de sanção. (...) É necessário frisar, entretanto, que a sentença mandamental não difere da condenatória apenas por conter ordem, mas fundamentalmente por poder levar à tutela de um direito que não pode ser efetivamente tutelado mediante condenação. (...) Percebe-se, com efeito, que a condenação sempre supõe a execução por sub-rogação, enquanto a multa somente pode provocar o adimplemento espontâneo¹⁰⁷

Na sentença mandamental, a mandamentabilidade não será encontrada somente na ordem do juiz, mas na ordem cumulada com força que se empresta à decisão, por meio de medidas de coerção indireta, tal como a multa.

Não há dúvida de que aquele que pretende ver inibida a prática de um ilícito deseja uma ordem do juiz que, por si só, seja capaz de impedir o ato contrário a direito, isto é, que conte com meios coercitivos aptos a compelir o ordenado a realizar a ordem do juiz. Ora, nessa hipótese, de pouca valia seria um mero mandato desprovido de força coercitiva ou uma simples condenação, a qual poderia vir a ser executada.

Salienta-se, também, que a multa prevista no novo art.475-J do CPC não tem caráter coercitivo como aquelas dos arts. 461, do CPC e 84, do CDC, mas apenas visa penalizar o devedor, porquanto não visa constrangê-lo a pagar. E, ainda que toda pena goze de

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual ou coletiva**. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 394-397.

¹⁰⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 399-402.

um caráter estimulador, não se pode afirmar que esse tenha sido o objetivo do legislador¹⁰⁸. Além disso, o próprio art. 475-J fala em “quantia certa”, o que evidencia sua preferência pela prestação da tutela pelo equivalente em dinheiro ao valor da lesão, o que não é, nem de longe, o objetivo da tutela inibitória.

Em relação à sentença mandamental, cumpre frisar, ainda, que ela não pode ser confundida com tutela inibitória, tendo em vista que a sentença que permite a tutela do adimplemento (tutela específica da obrigação contratual inadimplida), bem como a tutela ressarcitória na forma específica. (hipótese em que o dano pode ser reparado por meio de um fazer) serão também mandamentais.

A sentença mandamental, com efeito, é o meio adequado à prestação da tutela inibitória, porquanto compele e estimula o demandado – que está na iminência de praticar, repetir ou continuar praticando um ilícito –, por meio de coerção indireta, a cumprir com a ordem do juiz.

Por fim, cumpre apenas noticiar que, nas hipóteses em que o juiz utiliza de meios de coerção direta¹⁰⁹, isto é, que viabilizam a tutela do direito diretamente, não se importando com a vontade do réu, a sentença não será mandamental, mas executiva. Isso porque, pelo sistema adotado no art. 461 do CPC e 84 do CDC, permite-se ao juiz, de acordo com a necessidade do caso em análise, definir qual será a medida executiva necessária. Dessa maneira, a sentença executiva será aquela decisão que se realiza por meio de medidas coercitivas diretas que deverão ser pensadas em cada caso, a fim de que de propicie a tutela específica do direito¹¹⁰.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 413.

¹⁰⁹ Os meios de coerção direta são, dentre outros, aqueles previstos no §5º do art. 461 do CPC, bem como no §5º do CDC.

¹¹⁰ Sobre esse assunto, ver MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.429. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual ou coletiva. 4.ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p.406-411.

5 A TUTELA INIBITÓRIA E A POSSÍVEL COLISÃO DE PRINCÍPIOS

O instituto da tutela inibitória, conforme já detalhado anteriormente, permite que o cidadão busque o Poder Judiciário com o intuito de impedir a prática, continuação ou repetição de um ilícito, dispensando-se qualquer apreciação sobre eventuais danos.

Sem dúvida, uma das principais utilidades desse instituto está na defesa de direitos não patrimoniais, entre os quais se encontram, por essência, os direitos da personalidade. Direitos esses, os quais, por sua vez, guardam grande relação com os direitos fundamentais e, por conseguinte, com a dignidade da pessoa humana.

Embora não seja o objetivo deste trabalho, até mesmo pela complexidade e fluidez do tema, deve-se deixar aqui consignado o conceito da dignidade da pessoa humana, o qual servirá de início para o estudo aqui proposto. Nesse contexto, leciona Ingo Wolfgang Sarlet que dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humano¹¹¹.

Do conceito da dignidade da pessoa humana, pode-se chegar, sem qualquer intenção de querer esgotar o tema, numa definição de direitos da personalidade. Caio Mário da Silva Pereira, lembra que:

(...) o homem é ainda sujeito de relações jurídicas que, despidas embora de expressão econômica intrínseca, representam para o seu titular um alto valor, por se prenderem a situações específicas do indivíduo e somente dele. Aí residem os direitos da personalidade, que atraem a atenção da ordem jurídica e encontram proteção no direito positivo (...)

Em linhas gerais, os direitos da personalidade envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo e tudo mais que seja digno de proteção, amparo e defesa na ordem constitucional, penal, administrativa, processual e civil.¹¹²

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 241- 243.

Carlos Alberto Bittar, a seu turno, destaca que os direitos da personalidade são “próprios da pessoa em si (ou originários), diante da dignidade humana ou referentes às suas projeções para o mundo externo, ou seja, à pessoa como ente moral e social, em suas interações da sociedade”¹¹³

A própria CR/88 elenca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República pátria, razão pela qual ela reflete para todo o ordenamento jurídico o seu valor, impondo limites e dando materialidade aos direitos de personalidade, preenchendo-os de conteúdo axiológico e teleológico.

Pelo que se vê, os direitos da personalidade estão umbilicalmente ligados à ideia da dignidade da pessoa humana, a qual serve de sustentáculo para a existência daqueles, bem como dimensiona seus atributos e serve de orientação no momento de interpretar a norma que os garante.

Pois bem, dada à característica da inviolabilidade dos direitos da personalidade, qualidade essa já mencionada no estudo, esperar sua violação para, depois, fazer cessar o ilícito, resolvendo tudo em perdas e danos é inegavelmente insuficiente. Desse modo, o modelo da tutela ressarcitória não tem serventia nesta seara, fazendo com que se dê preferência para a tutela inibitória, isto é, para o provimento jurisdicional que impeça, até mesmo antes da existência de qualquer conduta, a transgressão do direito do cidadão.

Nesse contexto, contudo, uma discussão não pode deixar de ser enfrentada pelos operadores do Direito; discussão essa que transcende a esfera do Direito Processual Civil, refletindo no Direito Constitucional, notadamente na possível colisão de valores, princípios e até mesmo direitos da personalidade.

Afinal, embora seja indene de dúvidas o quanto a tutela inibitória seja eficaz para a proteção de direitos não patrimoniais, não se pode fechar os olhos para o fato de que, caso deferida antes de qualquer conduta do réu, a medida poderá implicar grave restrição ao direito deste.

Para os fins deste trabalho, serão analisados a seguir, sob a ótica constitucional, o possível conflito existente na tutela inibitória entre direitos à intimidade e a privacidade e a liberdade de expressão e informação (notadamente a jornalística).

¹¹³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 14.

5.1 A liberdade de informação e o direito à intimidade, a privacidade, a honra e a imagem

A liberdade de informação, assim como o direito à honra e a privacidade, tem natureza de direito da personalidade. De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva¹¹⁴, “(...) a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideais, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.”

Mais especificadamente, sobre a liberdade de informação jornalística, ressalta o mesmo autor que:

Nela se concentra a liberdade de informar e é nela ou através dela que se realiza o direito coletivo à informação, isto é, a liberdade de ser informado. Por isso é que a ordem jurídica lhe confere um regime específico, que lhe garanta a atuação e lhe coíba os abusos.

(...)

A informação jornalística alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social.

Dessa forma, a liberdade de informação jornalística dá materialidade ao direito de informação, o qual é, por sua vez, um direito fundamental do indivíduo e da coletividade. Assim, em síntese, pode-se afirmar que a liberdade de informação jornalística constitui importante meio de garantia da dignidade da pessoa humana, valor crucial em qualquer sistema democrático. Afinal, não há como conciliar a existência da dignidade desacompanhada da liberdade.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130 pelo STF, o relator Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto deixa claro a importância da liberdade de informação como direito de personalidade, consoante se depreende do seguinte trecho:

estou a falar de direitos de personalidade, não na perspectiva da personalidade como instantâneo atributo de todo ser humano nativo, assim regrado pelo art. 2º do nosso Código Civil (...) Não é isso. Estou a falar de direitos de personalidade como situações jurídicas ativas que o Direito Constitucional vai positivando como expressão de vida humana digna. Direitos subjetivos que são ditados em harmonia com o grau de avanço cultural de cada povo, correspondendo à âncora político-filosófica de que não basta ao ser humano viver; é preciso fazê-lo com dignidade. Não como requisito de formação da personalidade, mas de sua justa e por isso mesmo imperiosa valorização. Logo, direitos subjetivos que densificam, entre nós,

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 246.

o princípio estampado no inciso III do art. 1º da nossa Constituição, não por acaso nominado como "dignidade da pessoa humana". Mais ainda, direitos subjetivos que, antes de falar bem de toda e qualquer pessoa natural que os titularize, falam bem é da própria coletividade que os reconhece. Isto na medida em que tal coletividade se assume como capaz de conciliar, no bojo de sua própria Constituição, a mais avançada democracia com o mais atualizado humanismo. Enfim, direitos subjetivos que, ainda assim positivados como dignificação da personalidade humana a partir de um certo grau de evolução político-cultural desse ou daquele povo soberano, admitem temperamentos quando do seu entrechoque eficaz-temporal com outros direitos da mesma índole; (...) ¹¹⁵

Com relação à privacidade, a intimidade, honra e a imagem, conquanto estejam todas previstas no art. 5º, X, da CR/88 e tenham, entre si, similitudes, não podem ser consideradas sinônimos. Salienta-se, contudo, que, para os fins deste trabalho, contudo, a distinção conceitual entre tais expressões não tem grande relevância, uma vez que todos são direitos da personalidade e assim serão considerados para aferição de possíveis conflitos no âmbito da tutela inibitória. Dessa forma, serão apenas sinalizadas, de forma sucinta, a definição de cada uma delas.

Quanto à intimidade, seria a esfera secreta mais íntima da vida do indivíduo, seu ambiente mais profundo, impenetrável, em que ele alimenta seus mais variados desejos e pensamentos, sem que qualquer pessoa ou ente possa restringi-lo.

José Afonso da Silva ¹¹⁶ ao analisar o conceito da vida privada, assim leciona:

Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela, em última análise, integra a esfera da vida íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da constituição.

Já a honra seria o “conjunto de qualidade que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”, ao passo que a “inviolabilidade da imagem da pessoa consiste na tutela do aspecto físico, como é perceptível visualmente” ¹¹⁷.

Dessa maneira, verifica-se que tanto o direito à informação (jornalísticas), quanto os direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem estão inseridos no rol dos direitos da

¹¹⁵ Supremo Tribunal Federal. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 nov. 2009. Publicado em 06 nov. 2009, p. 59-61.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 208

¹¹⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 209

personalidade. Por conseguinte, são, por natureza, invioláveis, salvo casos excepcionalmente previstos na Constituição. Sendo assim, quando o magistrado se depara com uma ação inibitória em que podem existir conflitos entre os direitos acima mencionados, certamente terá dificuldades em tomar qualquer decisão, tendo em vista a natureza dos interesses colocados em questão. Afinal, o que deverá ser sacrificado? Publicar a notícia e arranhar a imagem ou proteger o indivíduo e cercear a liberdade de expressão? Enfim, questionamentos como esses vão além do processo civil propriamente dito, tocando em valores maiores do Estado e que podem, a depender do caso e da solução, colocar em risco a própria democracia.

Assim, delineados, de forma sucinta o conceito e natureza dos direitos à informação, privacidade, intimidade, honra e imagem, cumpre verificar quais as consequências de um possível conflito entre eles poderá ensejar no âmbito da tutela inibitória.

5.2 A colisão de direitos e princípios e o julgamento da ADPF 130 pelo STF

Conforme mencionado no item anterior, um dos grandes questionamentos a serem feitos e solucionados no estudo da tutela inibitória consiste naquele atinente a um possível conflito de direitos da personalidade e, não raro, princípios constitucionais, que pode envolver uma ação inibitória. Mais especificadamente, naqueles casos em que estão em jogo a liberdade de imprensa e o direito à informação, de um lado, e, de outro, a intimidade, a vida privada, honra e imagem.

Nessas hipóteses, do ponto de vista constitucional, se encontrará o magistrado diante de uma situação para a qual não existe uma solução *a priori*. Isso porque não existe hierarquia entre normas e princípios constitucionais, devendo utilizar das técnicas da ponderação e proporcionalidade.

O Ministro Celso de Mello, antes do julgamento da ADPF 130, já havia se manifestado no sentido da inexistência de caráter absoluto de qualquer um dos direitos e garantias assegurados na Constituição:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia

pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.¹¹⁸

Ocorre, contudo, que, com o julgamento paradigmático da ADPF 130, não foi esse o entendimento manifestado pelo STF. Conforme restou ementado, segundo entendimento do Pretório Excelso, o direito à informação jornalística constitucionalmente protegida no art. 220 da Carta Magna brasileira, tem natureza de bem da personalidade, mas se qualificando como sobredireitos.

Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.¹¹⁹

¹¹⁸ (MS 23452, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086)

¹¹⁹ Para os fins deste trabalho, interessa o seguinte trecho da ementa do julgamento da ADPF 130: O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também

Depreende-se do julgamento mencionado que a opção feita pelo STF foi no sentido de privilegiar a liberdade de informação em detrimento de outros direitos da personalidade, tais como a honra, intimidade e privacidade. Criou-se, assim, uma hierarquia entre tais direitos e princípios, devendo, na visão do STF, sempre prevalecer a liberdade. Assim, caso exista algum excesso por parte daquele que publicará a informação, deverá ainda sim ser ela levada a efeito, para, somente depois, analisar eventuais excessos e responsabilidades, resolvendo tudo em perdas e danos. Deve-se destacar, inclusive, que tal entendimento encontra guarida no art. 13¹²⁰ do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

No caso do julgamento do STF, não se aplicou a técnica da ponderação dos valores e interesses em conflito¹²¹, os quais têm a característica de se aplicar conjuntamente e que, em cada caso, um ou outro terá maior ou menor prevalência sobre os demais num determinado momento. Para tanto, argumentou o relator que:

para nos possibilitar dizer que essa hierarquia axiológica, essa primazia político-filosófica das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu afasta sua categorização conceitual como "normas-princípio" (categorização tão bem exposta pelo jurista alemão Robert Alexy e pelo norte-americano Ronald Dworkin). É que nenhuma dessas liberdades se nos apresenta como "mandado de otimização", pois não se cuida de realizá-las "na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes" (apud Virgílio Afonso da Silva, em "A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", Malheiros Editores, pp. 32/35, 2ª tiragem). Tais possibilidades não contam, simplesmente, porque a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta. Assim na esfera de atuação do Estado quanto dos indivíduos. Logo, valendo terminantemente para todas as situações da vida em concreto, pouco importando a natureza pública ou privada da relação entre partes, ambas as franquias constitucionais encarnam uma tipologia normativa bem mais próxima do conceito de "normas-regra"; isto em consideração ao fato de que, temporalmente, e com o timbre da invariabilidade, *preferem* à

densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, inftem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

(ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020)

¹²⁰ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

(...)

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, **mas a responsabilidades ulteriores**, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar (...) (grifo lançado)

¹²¹ Nesse sentido, ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

aplicação de outras regras constitucionais sobre direitos de personalidade. Não para invalidar estes últimos, mas para sonegar-lhes a nota da imediata produção dos efeitos a que se preordenam, sempre que confrontados com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão lato sensu. Mormente se tais liberdades se dão na esfera de atuação dos jornalistas e dos órgãos de comunicação social¹²².

Embora a definição por parte do STF pela primazia do direito à informação em detrimento de outros direitos da personalidade possa trazer benefícios ao permitir a padronização de entendimentos, o que, em última análise, fortalece o poder das decisões do Judiciário, certamente poderá trazer prejuízos em determinadas situações. Afinal, a priorização desmedida de um direito pode, por outro lado, enfraquecer outros. Deve-se lembrar, inclusive, que a própria Constituição, em seu art. 220, ao mesmo tempo em que protege o direito à informação jornalística, faz a ressalva quanto ao disposto no art. 5º, X, em que se encontram os direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem. Salienta-se, ainda, que, por ocasião da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, chegou-se a conclusão de que:

os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação¹²³.

Outro mérito da decisão do STF está no fato de que, no Brasil, segundo pesquisas da Organização Não Governamental (ONG) Artigo XIX, há um abusivo uso de ações judiciais que inviabilizam a plena liberdade de expressão, notadamente propostas por autoridades públicas. Ademais, tal estudo identificou a existência exagerada de liminares e proibições de circulação de notícias. De acordo com a ONG:

decisões liminares, anteriores ao amplo conhecimento do tema relativo ao mérito em ações de difamação, não devem ser aplicadas de forma a proibir publicações, exceto por decisão judicial e em casos bastante excepcionais, desde que presentes as seguintes condições: 1) o autor, deve demonstrar que sofrerá dano irreparável - que não poderá ser compensado por recursos legais posteriores - se a publicação ocorrer; 2) o autor deve demonstrar que sua ação é fundamentada e tem grandes chances de sucesso, inclusive com a prova: 2.1.) de que as declarações em questão foram indubitavelmente difamatórias; e 2.2) que qualquer possível defesa é manifestamente infundada.¹²⁴

¹²² STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em 06 novembro 2009, p. 61-62

¹²³ Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal

¹²⁴ Artigo XIX. Restrições Ilegítimas à liberdade de expressãot. Disponível em:

<<http://www.article19.org/pdfs/publications/brazil-foe-restricts-port.pdf>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2013

Desse modo, o entendimento vaticinado pode também trazer consequências práticas, no sentido de desencorajar a tentativa de restringir o direito à liberdade de informação, valor tão caro à Democracia.

Do ponto de vista processual, a decisão do STF impõe limites à utilização da tutela inibitória no âmbito da defesa dos direitos a privacidade, intimidade, honra e imagem, quando colocados em conflito com o direito à liberdade de informação. Ademais, na contramão do que já havia sido explicitado, impõe, como regra, a utilização da tutela ressarcitória para tais casos, o que, na ótica da efetividade do processo, constitui um retrocesso. Afinal, por se tratarem de direitos não patrimoniais, a fixação de perdas e danos nunca será suficiente para protegê-los.

Contudo, deve-se salientar que tutela jurisdicional preventiva ou a tutela inibitória não são sinônimas de censura prévia. Não! Acreditar nisso, seria menosprezar tais institutos processuais, bem como os direitos colocados em xeque. Conquanto o art. 5º, X, em sua parte final, dê a entender que a tutela dos direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem deva ser reparatória ao prever que é “assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, o mesmo artigo, em seu inciso XXXIII, assegura que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Desse modo, não se pode querer limitar a utilização da tutela inibitória sem antes refletir sobre tais aspectos. Assim, ainda que o STF tenha entendido que o direito à informação deva prevalecer, há casos que a liberdade de imprensa – em virtude da informação que se deseja veicular – não terá qualquer benefício, tampouco utilidade, violando apenas o direito de um terceiro. Para tais hipóteses, caberá ao magistrado a sensibilidade para identificá-las e tomar as medidas que julgar serem suficientes para evitá-las.

Gilmar Mendes defende que:

tal como no direito alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos de personalidade, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de comunicação e de programação, que poderão sofrer limitações num Estado Democrático de Direito¹²⁵.

Assim, conquanto não se possa deixar de enxergar as limitações impostas pelo julgamento da ADPF 130 pelo STF, uma vez que, de forma inédita, criou, em abstrato, uma hierarquia entre direitos da personalidade e direitos fundamentais, o instituto da tutela

¹²⁵MENDES, Gilmar Ferreira, *apud* VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p.16

inibitória continua sendo o único meio adequado para dar guarida a tais modalidades de direitos, os quais são, por essência, invioláveis e desprovidos de valor patrimonial. Contudo, se para os direitos da personalidade em geral sua utilização é indene de dúvidas, nas hipóteses específicas em que estiver em debate valores atinentes à liberdade de informação, direito à privacidade, intimidade, honra e imagem, consoante restou decidido pelo STF, o uso da tutela inibitória poderá ser assimilado à censura prévia, o que é lamentável do ponto de vista da efetividade do processo, uma vez que praticamente impõe, como única via, a tutela ressarcitória para direitos não patrimoniais.

Cabe, todavia, aos operadores do Direito ir além para perquirir se, no caso concreto, a informação que se deseja veicular tem alguma relevância, verossimilhança ou se se trata apenas de fatos da vida íntima de alguém, que, se publicados, não acrescerão nada à coletividade, tendo o condão apenas de violar direitos de terceiros. Nessa hipótese, como mencionado anteriormente, não se pode querer aplicar cegamente o entendimento do STF e postergar a proteção do direito para a tutela ressarcitória, cabendo intervenção imediata e preventiva do Judiciário, sem que coloque em risco a liberdade e, por conseguinte, a própria democracia.

6 A TUTELA INIBITÓRIA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Em primeiro lugar, cumpre asseverar que muito se tem discutido nos últimos tempos sobre a efetividade do processo, notadamente depois da reforma do CPC, em 1994, e da “reforma da reforma” no biênio de 2005-2006, todavia o que se percebe é uma preocupação exacerbada apenas com a celeridade do processo, levando a crer que processo efetivo é simplesmente sinônimo de processo célere. Não! Efetividade não pode ser confundida apenas com celeridade. Esta é, de fato, um atributo muito importante da efetividade, mas que deve ser somado a outros para que se possa falar verdadeiramente em um processo efetivo, afinal, por vezes, melhor será uma justiça não tão rápida do que uma injustiça célere. Ademais, querer o andamento demasiado rápido do processo pode colocar em risco valores maiores, conforme salienta Gonçalves:

A preocupação com o rápido andamento do processo, com a superação do estigma da morosidade da Justiça prejudica o próprio direito de acesso ao Judiciário, porque esse direito é também o direito à resposta do Estado ao jurisdicionado, é compartilhada hoje por toda a doutrina do Direito Processual Civil. As propostas de novas categorias e de novas vias que abreviem o momento da decisão são particularmente voltadas para a economia e a celeridade com predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quando a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados. Contudo, a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que ele seja violado em nome do rápido andamento do processo.

A decisão não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo não poderá se apresentar, também, na sentença.¹²⁶

Nessa mesma linha, ressalta Barbosa Moreira:

O submito nº4 é talvez o mais perigoso. Consiste em hiperdimensionar a malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os demais problemas da Justiça. Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torna-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.¹²⁷

¹²⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. p.124 e 125

¹²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos O futuro da Justiça: alguns mitos. **Temas de direito processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5

Pois bem. Realizada tal ressalva inicial cumpre analisar o que seria, então, um processo efetivo¹²⁸. Nesse contexto, muito pertinente é a lição de Barbosa Moreira:

Se por ‘efetividade’ se entende aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena, poderia julgar-se necessário, e não sem alguma lógica, que a qualquer discussão séria do assunto houvesse de preceder uma clara tomada de posição acerca do fim a que se atribui ao processo.¹²⁹

Segundo tal autor, os fins do processo poderiam ser resumidos nos seguintes pontos¹³⁰:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos contemplados no ordenamento;
- b) os instrumentos mencionados devem ser utilizáveis, de forma prática, por quem quer que sejam os supostos titulares dos direitos;
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) deve obter o melhor resultado possível com o menor esforço e em menor tempo.

Como se vê esses seriam, resumidamente, os fins do processo, motivo pelo qual quanto mais deles se aproximar, mais se poderá falar em um processo efetivo.

O item “a” justifica-se pela tese de que, a partir do momento em que o Estado vedou a autotutela e passou a ser o detentor do monopólio da jurisdição, assumiu, por outro lado, o dever de prestar uma tutela efetiva a todas as hipóteses conflitivas, devendo dispor, assim, de instrumentos aptos a dar resposta a todos os direitos proclamados. Nesse contexto, a tutela inibitória se mostra de grande valia, porquanto constitui o único meio adequado à tutela dos direitos não-patrimoniais, notadamente dos direitos da personalidade.

¹²⁸ Para BEDAQUE, “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.” (BEDAQUE, José Roberto Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.49).

¹²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27.

¹³⁰ BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p.27-28.

O disposto no item “b”, por sua vez, demonstra que, para o processo ser efetivo, seu âmbito de atuação subjetivo deve ser pleno, possibilitando a todos os supostos detentores do direito o uso dos instrumentos mencionados no item em análise. De novo, deve-se salientar o papel da tutela inibitória com relação a essa questão, tendo em vista que se trata de algo utilizável por todos os supostos detentores de direito, seja no plano individual (art. 461 do CPC) ou no coletivo (art. 84 do CDC).

O item “c”, a seu turno, relaciona-se a efetividade do processo ao direito à prova. Isso porque, se para a proteção do direito afirmado, o Estado precisa saber se ele, de fato, existe, imprescindível é a ampla garantia para as partes apresentarem e requererem as provas que julguem necessárias. Esse ponto não guarda relação específica com a tutela inibitória, haja vista que se trata, na verdade, de um princípio informativo de toda a jurisdição.

Em relação ao conteúdo do item “d”, pode-se afirmar que trata da busca da efetividade do resultado do processo, isto é, a vitória reconhecida pelo processo deve ter resultados concretos para a parte vencedora, sob pena de caracterizar-se uma verdadeira Vitória de Pirro, que de nada serve para o jurisdicionado¹³¹. Nesse contexto, a tutela inibitória afigura-se essencial, tendo em vista que para muitos direitos somente lhes interessa tutela que propicie a sua preservação, já que, uma vez violados, não poderão ser efetivamente reparados. Em outras palavras, uma vez caracterizada a lesão de determinados direitos, o resultado prático do processo será muito pequeno (v.g. direitos da personalidade que, por sua natureza, são invioláveis).

Um processo verdadeiramente efetivo não poderá se afastar do direito material, haja vista que este, na visão instrumentalista, constitui a razão de existir daquele. Ora, o processo deve conceder à parte vencedora, tudo aquilo que ela tenha direito, aproximando-se, ao máximo, daquilo que ela teria se não houvesse violação do direito material. Nesse sentido, muito pertinente é a lição de Arenhart, ao afirmar que:

a tutela do direito deve aderir, da melhor forma possível, à realidade do direito material (*rectius*, à ação de direito material) a ser protegido. Quanto mais íntima for essa relação, melhor será a espécie de prestação jurisdicional oferecida, melhor será

¹³¹ Nesse sentido, destaca-se a posição de Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar que: “O direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito” (MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, 2003, p.303.)

a atuação estatal e, conseqüentemente, mais perfeitamente terá ela contribuído para a consecução dos escopos do processo e do próprio estado.¹³²

O item “e”, por sua vez, está intimamente relacionado com a celeridade do processo, que, ainda que não coincida com o conceito de efetividade, trata-se de um importante atributo para o desenvolvimento de um processo efetivo. Ademais, se processo efetivo deve ser, conforme leciona Portanova, “impregnado de justiça social”¹³³, não há dúvida de que ele deve ser, em sua essência, célere. Isso porque, o mais fraco economicamente suporta com muito mais dificuldades a atuação do tempo do que a parte mais forte. Nesse sentido, leciona Marinoni:

A busca de uma tutela mais rápida se dá em homenagem à efetividade do direito de ação. Mas se falamos em efetividade do direito de ação para indicar a necessidade de efetividade da tutela dos direitos, queremos também deixar claro que a morosidade do processo é fato potencializador das disparidades entre as partes. Como já lembrou Cappeletti, a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta.¹³⁴

Instituto de grande importância na busca de um processo célere a tutela antecipada, nesse sentido, louvável é a expressa previsão da antecipação dos efeitos da tutela em sede da inibitória, seja ela coletiva (art. 84, §3º do CDC) ou individual (art.461, §3º, do CPC). Ora, sem dúvida, a tutela antecipada é um importantíssimo meio de se prevenir agressões ilícitas emergentes que não podem esperar o julgamento final do processo. Desse modo, a tutela inibitória antecipada constitui instrumento hábil a minimizar os efeitos negativos que o tempo pode gerar, principalmente para a parte mais fraca economicamente ou para aquela que esteja na iminência de ver seu direito ser violado. Destacando a importância da cognição sumária, Marinoni destaca que:

A questão da efetividade do processo, pois, obrigou o processualista a pensar sobre tutelas jurisdicionais diferenciadas, isto é, tutelas adequadas às particularidades das situações de direito substancial. Nessa linha, de grande importância é a pesquisa de procedimentos que permitam a realização do direito mediando cognição sumária, pois não é mais possível a confusão entre justiça e certeza.¹³⁵

¹³² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.185.

¹³³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p.54.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p.63-64.

¹³⁵ MARINONI, *op. cit.*, p.37-38.

Outro relevante aspecto da tutela inibitória que deve ser salientado quando se discute a efetividade do processo trata-se da exceção ao princípio da congruência. Por meio dessa expressa exceção, a lei concedeu ao magistrado a possibilidade de definir, em cada caso concreto, de acordo com as particularidades da situação que lhe foi colocada, quais são as medidas necessárias – ainda que diversas ou nem mesmo requeridas pelo autor - à adequada e efetiva tutela jurisdicional.

Em excelente obra sobre o processo cautelar, Carpena, comentando acerca da diferença entre cautelar e inibitória, não deixou de salientar a importância da tutela inibitória para a efetividade do processo, nos seguintes termos:

Detém essa medida inibitória, por essa via, inegável caráter de dar efetividade à prestação jurisdicional, tornando-a mais eficaz e rápida. Zela, em última análise, pela dignidade e pela imagem do próprio Poder Judiciário; imposta para fazer valer a ordem emitida, revela-se meio de importância substancial para proteger a imperatividade da decisão judicial e, assim, do próprio Estado.¹³⁶

Outros pontos que contribuem para a efetividade do processo encontram-se na possibilidade de se executar provisoriamente a multa cominatória. Afinal, ainda que não se trate de questão pacificada atualmente, a execução provisória, embora limitada pelo fato de o credor não poder levantar qualquer quantia sem prévia caução, constitui verdadeiro instrumento potencializador da força coercitiva da *astreinte* e, por conseguinte, afeta diretamente a efetividade do processo, facilitando para o que credor tenha seu direito protegido.

Como se vê, a ideia de uma tutela inibitória, se levada em consideração todas as suas características expostas no decorrer desse trabalho, é um indissociável da exigência de um processo efetivo¹³⁷. Assim, a busca da efetividade do processo deve ser acompanhada pelo desenvolvimento e solidificação da tutela inibitória. Tanto é assim, que Barbosa Moreira, em um de seus paradigmáticos trabalhos sobre o problema da efetividade do processo, não titubeou em afirmar que “as melhores possibilidades [referindo-se às possibilidades de desenvolvimento de um processo efetivo] – assim como as maiores necessidade – situam-se

¹³⁶ CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.194.

¹³⁷ Digno de nota é o conceito de efetividade consignado pelo eminente processualista Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual “efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destino da sociedade e assegurar-lhes a liberdade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 271).

no campo da tutela preventiva. Em tema de proteção jurisdicional de direitos, como alhures, mais vale prevenir que remediar.¹³⁸”

¹³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.41.

7 PERSPECTIVAS DA TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Inegavelmente, vive-se no Brasil um momento de muita euforia e discussões no âmbito do Direito Processual Civil. A expectativa pela votação pelo Poder Legislativo de um novo CPC veio acompanhada de uma série de discussões e críticas pela comunidade jurídica. Nesse contexto, o tema da tutela inibitória não foi esquecido, merecendo atenção especial no projeto do novo CPC, hoje em votação na Câmara dos Deputados.

A ideia de um novo CPC desacompanhado de estudos técnicos e estatísticas acerca dos erros e acertos da legislação vigente não foi bem recebida pelos estudiosos do Direito Processual Civil. A propósito, é taxativa a lição de Jayme, segundo o qual:

A elaboração do projeto de Código de Processo Civil não foi precedida de estudos prévios de impacto da legislação em vigor, a fim de identificar os problemas a serem solucionados e, portanto, seu conteúdo contém medidas de questionável viabilidade prática. Por outro lado, partindo de premissas equivocadas, o Projeto do novo CPC não avançou nas questões mais sensíveis à efetividade do processo e não se propõe a implementar as mudanças de paradigmas imprescindíveis para o bom funcionamento do Poder Judiciário.¹³⁹

Barbosa Moreira, nessa mesma linha de pensamento, sempre alertou:

Estou convencido de que a ânsia de modificar incessantemente a lei –tão sensível, nos últimos anos, no campo processual – cresce na razão inversa de nossa disposição para pesquisar a realidade com critérios técnicos. Terá algo de uma tentativa, consciente ou não, de supercompensar um déficit – mecanismo familiar à psicanálise. É bem conhecido nosso desamor pelas estatísticas judiciais.

(...)

Antes de reformar a lei processual (*rectius*: qualquer lei), mandam a lógica e o bom senso que se proceda ao diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e das causas que os geram ou alimentam. Nenhum médico digno desse nome prescreve remédios e tratamentos sem inteirar-se de que mal padece o doente, e por quê. Se o nosso intuito, *v.g.*, é o de acelerar a máquina da Justiça, necessitamos saber quais as peças que estão rendendo menos, e como penetra no mecanismo a areia que as desgasta. Sem essa prévia verificação, nenhum critério sólido teremos para empreender o trabalho da reforma. Corremos o risco de sair a atacar moinhos de vento, enquanto deixamos em paz e sossego os verdadeiros inimigos.¹⁴⁰

A despeito das fundamentadas críticas acima, certo é que os operadores do Direito não podem querer fechar os olhos para o fato de que o projeto do novo CPC já se

¹³⁹ JAYME, Fernando Gonzaga. Necessitamos de um novo Código de Processo Civil? In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil**: novas tendências: estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.p.230

¹⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. **Temas de direito processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.10.

encontra em votação perante a Câmara dos Deputados, despontando, a princípio, como uma realidade praticamente intransponível. Dessa forma, as perguntas a serem feitas são: a) quando terminarão de votar o texto do novo CPC; b) haverá alterações substanciais no texto do anteprojeto? e c) qual a conduta daqueles que estudam o Direito Processual no Brasil no sentido de participar da construção do novo texto legal? Isto é, não adianta querer desprezar o novo CPC que está em votação, afirmando apenas que ele nunca será votado ou que seu texto somente teria condições de ser aprovado daqui a muitos anos. Se o modo como foi conduzida a reforma padece de várias e graves falhas, pior ainda seria querer, no momento em que o projeto encontra-se em votação perante o Legislativo, cruzar os braços e não tentar corrigir o que ainda for possível.

Nesse contexto, o que se espera dos estudiosos do Direito Processual é uma análise crítica do contexto atual, acompanhada de sugestões de alterações de pontos que ainda não foram suficientemente explorados, segundo texto do projeto posto em votação. Além disso, merecem atenção especial os estudos estatísticos, ainda que parcos, sobre o Processo Civil pátrio, bem como as experiências coletadas no Direito comparado, tais como na França e Argentina (mencionadas anteriormente).

De todo modo, ainda que se viva momentos de angústia, pela inconsistência de informações e dificuldades de acesso concreto àqueles responsáveis pela mudança do diploma vigente, certo é que, no âmbito da tutela inibitória, há muito a se esperar.

O STJ, de forma ousada, tem mudado seu entendimento acerca da possibilidade de redução da multa cominatória, passando a mitigar a possibilidade de o juiz reduzi-la a qualquer momento, ainda que tenha atingido um valor muito alto. Focado na conduta do devedor, tem se consolidado que não se afigura possível a diminuição do valor da multa se o devedor, tendo condições para cumprir de imediato a decisão e evitar a incidência da multa, age de maneira desidiosa e descompromissada, ignorando a ordem judicial contra ele proferida. Sem dúvida, caso venha a se solidificar esse entendimento, a tutela inibitória terá muito a ganhar, pois se evitará que o devedor descumpra a decisão judicial por um longo período de tempo, confiando na redução da multa ao final do processo.

Também merece destaque o entendimento do Tribunal da Cidadania sobre a possibilidade da execução provisória da *astreinte*, bem como a previsão expressa nesse sentido contida no texto final do projeto do novo CPC submetido, atualmente, à votação perante a Câmara dos Deputados. Sem dúvida, como já explicitado anteriormente, esse instituto embora contenha uma série de limitações, tem muito a acrescentar à tutela inibitória,

uma vez que aumenta a força coercitiva da multa cominatória e, em última análise, a probabilidade de o devedor cumprir a decisão judicial.

Outro ponto importante que merece ser analisado consiste na previsão contida no projeto do novo CPC, em seu art. 550, §4º: “O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.”

A uma primeira leitura, o dispositivo acima poderia corroborar a tese daqueles que defendem ser possível a prisão daquele que descumprir a ordem judicial no âmbito da tutela específica e da inibitória. Todavia, embora tenha o legislador previsto a possibilidade de o demandado incorrer na prática de crime de desobediência, não se afigura possível a sua prisão. A propósito, Jayme, ao comentar o art. 26 da Lei nº 12.016/2009, cuja redação tipifica como crime de desobediência o não cumprimento da ordem judicial pela autoridade coatora no mandado de segurança e tem redação semelhante ao dispositivo do novo CPC, ressalta que:

Apesar da possibilidade de a autoridade coatora incorrer em na prática de crime de desobediência quando se recusa a cumprir a decisão proferida em mandado de segurança, não é possível sua, nem mesmo em flagrante delito. Tratando-se de crime de menor potencial ofensivo, cujo procedimento encontra-se disciplinado na Lei nº 9.099/95, é absolutamente descabida a aplicação de medida restritiva de liberdade de locomoção.¹⁴¹

Destarte, num primeiro momento, poder-se-ia dizer que o mencionado parágrafo quinto não tem o condão de mudar o entendimento hoje vigente, segundo o qual o descumprimento da ordem judicial não pode ser sancionado com pena restritiva de liberdade do devedor.

Todos esses pontos aqui lembrados dimensionam a importância do tema aqui estudado. As críticas e questionamentos formulados ao longo do trabalho servem de ponto de partida para buscar melhorias no tratamento da tutela inibitória. A busca da efetividade do processo é a principal preocupação daqueles que se destinam a estudar o Direito Processual Civil, principalmente no Brasil. Embora carente de muitos dados e estudos técnicos e estatísticos, historicamente, o processo civil brasileiro não tem se mostrado efetivo. Todavia, querer tentar alcançar essa efetividade apenas com a edição de um novo CPC não parece ser a via adequada, notadamente pela forma que foi elaborado o anteprojeto e está sendo posto em votação atualmente. Muito mais do que um novo CPC, o Brasil carece de mudança de

¹⁴¹ JAYME. Fernando G. **Mandado de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 112

mentalidade daqueles que operam o direito e isso, infelizmente, não se muda promulgando nova lei.

No âmbito da tutela inibitória, ao olhar para o futuro, vê-se um longo caminho a trilhar. Todavia, inegavelmente, a estrada até aqui construída, principalmente desde as reformas de 1994, encontra-se bem pavimentada, pronta para que outros possam por ela passar e ajudar a mantê-la, sem esquecer-se dos desafios que estão por vir. O texto do novo CPC submetido ao Legislativo, pelo menos no que toca ao tema aqui estudado, fez bem esse trabalho, pois manteve os pontos essenciais que dão sustentação à tutela inibitória, sem deixar de lado pontos polêmicos, tais como a execução provisória da *astreinte*. O STJ, igualmente, tem feito sua parte, consolidando sua jurisprudência de forma a fortalecer a tutela inibitória e, por conseguinte, a efetividade do processo.

Diante desse cenário, conquanto existam diversos entraves, as perspectivas da tutela inibitória no Direito pátrio acenam para o seu fortalecimento e solidificação, o que, sem dúvida, em muito irá contribuir para a construção de um processo mais efetivo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvida de que a evolução da sociedade deve ser acompanhada pelo Direito, salvo aquelas hipóteses em que este funciona como força motriz modificadora daquela. Dessa maneira, com o aparecimento de “novos direitos”, incumbirá ao Estado, como detentor do monopólio da tutela jurisdicional, garantir instrumentos capazes de dar guarida a essa nova realidade.

Com a busca da valorização da dignidade da pessoa humana (ainda que por meios escusos, acerca dos quais não cabe aqui discutir), houve o desenvolvimento e fortalecimento dos chamados direitos não patrimoniais, notadamente os direitos da personalidade. Tais direitos, consoante demonstrado durante o trabalho, não se coadunam com a mera tutela ressarcitória, simplesmente pelo fato de não poderem ser expressos em pecúnia. Assim, com o escopo de dar guarida a esses direitos aos quais não se pode mensurar monetariamente, faz-se necessário o desenvolvimento de uma tutela jurisdicional preventiva plena, que atue com o objetivo de evitar a prática, repetição e continuação do ilícito (que, frisa-se, não pode ser confundido com dano). Essa tutela não se confunde com a cautelar, tampouco com a declaratória, sendo denominada de tutela inibitória.

O direito brasileiro, em que pese as várias tentativas desde os tempos das Ordenações do Reino, não previa uma tutela inibitória atípica e eficaz. Todavia, com o advento da Constituição de 1988 que, por meio do art. 5º, XXXV, assegurou que a lei não excluirá da apreciação do judiciário a ameaça a direito, lançou-se a base do princípio geral da prevenção. A partir desse momento, com a promulgação do CDC (art. 84), bem como da Lei nº 8.952/94 (art. 461 do CPC), formou-se o arcabouço legal apto ao desenvolvimento de um procedimento capaz de prestar a tutela inibitória coletiva ou individual, havendo inclusive possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela. Nesse contexto, não se pode esquecer, ainda, do projeto do novo CPC, atualmente em votação na Câmara dos Deputados, o qual mantém o regramento básico vigente da tutela inibitória e enfrenta temas polêmicos, como a execução provisória da *astreinte* e a tipificação heterônoma do crime de desobediência nas hipóteses de descumprimento da decisão judicial.

Para a prestação da tutela inibitória, ao juiz foi facultado romper com o princípio da congruência, usando de meios de coerção direta ou indireta, para compelir o demandado a cumprir com o que foi ordenado. Dessa maneira, permite-se que busque, em cada caso concreto, a melhor solução, isto é, que se preste a tutela jurisdicional adequada e efetiva.

A jurisprudência do STJ tem fixado entendimentos que reforçam o poder de coação de algumas medidas, principalmente da multa cominatória, ao dificultar a possibilidade de revisão do valor da multa, bem como permitir a execução provisória das *astreintes*.

O STF, por sua vez, por ocasião do julgamento da ADPF 130, fixou entendimento de que a liberdade de informação (jornalística) deve sempre se sobrepor a outros direitos da personalidade, tais como, a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem. Com isso, criou barreiras à utilização da tutela inibitória quando envolve possíveis conflitos entre tais direitos. Todavia, não se pode querer tratar o instituto aqui em análise como sinônimo de censura prévia. Os argumentos lançados no decorrer deste trabalho dão a exata dimensão do quão importante é tutela inibitória para a defesa dos direitos da personalidade, razão pela qual, afora os casos que envolvam a liberdade de informação, caberá, sempre, ao magistrado, nas hipóteses de possíveis conflitos de valores, utilizar-se de critérios da proporcionalidade e ponderação de princípio, atento às particularidades de cada caso.

A tutela inibitória mostra-se, então, como um instrumento inafastável ao desenvolvimento de um processo efetivo e preocupado com os direitos que não podem ser monetariamente aferíveis. Assim, a tutela inibitória deve ser sempre priorizada pelos jurisdicionados, bem com pelos magistrados, afinal, se o processo deve conceder a cada um o resultado que mais se aproxime daquele que seria obtido com o respeito espontâneo ao direito, não há dúvida de que inibir a violação do direito seja o melhor caminho a seguir. Contudo, em que pese a relevância do tema aqui discutido, aqueles que se destinam ao estudo do Direito Processual e, principalmente, os órgãos julgadores não vêm tratando a matéria com a importância devida, o que é lamentável sob o ponto de vista da busca por um processo efetivo. Por outro lado, a atuação oblíqua dos pretores também evidencia que os demais operadores do direito não poderão furtar-se do dever de refletir e, principalmente, buscar o desenvolvimento pleno da tutela inibitória.

O momento vivido no Brasil, pela expectativa da edição de um novo CPC, é propício para a divulgação de novas ideias e sugestões. A ausência de estatísticas dificulta trabalho mais conclusivo a respeito de quais sejam, de fato, os principais entraves ao desenvolvimento de um processo efetivo. Todavia, ainda que assim, aqueles que estudam o processo civil não devem deixar de tentar melhorar o sistema vigente. As experiências vividas em outros países, como França e Argentina, mostram um caminho a ser seguido, sem que isso implique importação direta de institutos totalmente dissociados da realidade brasileira. Na verdade, ainda que não tenham números exatos dos problemas aqui vividos, uma certeza para

sobre os que militam no direito, qual seja, a de que o processo não é efetivo como deveria ser, isto é, não cumpre, de forma satisfatória, os fins a que se destina. Mudar esse panorama é preciso e, certamente, passará pelo fortalecimento e desenvolvimento da tutela inibitória.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

ANDRADE, Erico. O mandado de segurança no contexto constitucional: procedimento especial para garantia dos direitos do cidadão. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ASSIS, Araken de. Execução imediata e preclusão do valor da multa pecuniária. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela inibitória da vida privada**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil. 6).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. **Temas de direito processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 62-74, jul./dez. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** – influência do direito material sobre o processo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

BRANDELLI, Leonardo. **Atas notariais**. Disponível em: <http://fm.cartorios.net/plugins/filemanager/files/ljundiai/artigos/Atas_Notariais.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 julho de 1985. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registros (Lei dos cartórios). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 nov. 1994.

BRASIL. Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Agravo de Instrumento. Processual Civil e Administrativo. Fornecimento de energia elétrica. Corte. Restabelecimento. Não ocorrência. Imposição de multa diária – Astreinte. **AG nº 1.244.483/SP**. Relator Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21080644/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-agrg-no-ag-1244483-sp-2009-0206863-6-stj/relatorio-e-voto-21080646>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Processual Civil. Mandado de Segurança. Liminar deferida. Descumprimento de decisão. AgRg no AREsp 50196/SP. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 27 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Processual Civil. Astreintes. Fixação em antecipação de tutela. Execução. Possibilidade. AgRg no AREsp 50816/RJ. Relator Ministro Herman Benjamin. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 22 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial. Recurso que deixa de impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão agravada. AgRg no REsp 692932/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 18 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial. Direitos autorais. Proteção possessória. Cabimento. REsp 41813/RS. Relator Ministro Cláudio Santos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 02 dez. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial. Civil e Processual. Automóvel. Defeito de fabricação. Substituição. Execução de astreintes. REsp 947.466/PR. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 13 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial. Processo civil. Obrigação de fazer. Astreintes. REsp 1.060.293/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 18 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial. Processo civil. Astreintes. Redução. Possibilidade. Diligência da parte. REsp 1.151.505/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 22 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial. Direitos autorais. Recurso especial. ECAD. Suspensão da execução de obras musicais. REsp 1.190.841/SC. Relatora Ministra Nancy Andrighi. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 21/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial. Processo civil. Ação rescisória. Cabimento. Procedimento. Astreintes. REsp 1.192.197/SC. Relatora Ministra Nancy Andrighi. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 05 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Cláusula penal e astreintes. Distinção. REsp 422966/SP. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 01 mar. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial. Obrigação de fazer. Multa. Redução. REsp 696.963/PE. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 06 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial. Obrigação de não fazer. Astreintes. Cabimento. Valor excessividade. Alteração do valor da multa diária. REsp 1.085.633/PR. Relator Ministro Massami Uyeda. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 17 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial. Processo civil. Obrigação de fazer. Astreintes. Alteração do valor. Execução. REsp 763.975/RS. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 19 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial. Execução de decisão interlocutória. Possibilidade. Multa por atraso no cumprimento de obrigação de fazer. Recurso conhecido e improvido. REsp 885737/SE. Relator Ministro Francisco Falcão. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 27 fev. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial. Benefício previdenciário/assistencial. Condenação. Repercussão orçamentária. Inferior a 60 salários mínimos. Duplo grau obrigatório. REsp 937.082/MG. Relator Ministro João Otávio de

Noronha. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 13 out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial. Civil e Processual. Automóvel. Defeito de fabricação. Substituição. Execução de astreintes. REsp 947.466/PR. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 13 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 Distrito Federal. ADPF 130/DF. Relator Ministro Carlos Britto. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 06 nov. 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Execução provisória**. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Execu%C3%A7%C3%A3o%20provis%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO. Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2000, vol.4. T.II.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro. JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Necessitamos de um novo Código de Processo Civil?* JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011

_____. **Mandado de segurança.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

JOMMI, Alessandro. **Il référé provision: ordenamento francese e devoluzione della tutela somaria anticipatoria in Italia.** Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 5; ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.* Curitiba: **Revista de Direito Processual Civil**, 2003.

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

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997

NUNES, Leonardo Silva, **Tutela inibitória coletiva.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 241- 243

PEYRANO, Jorge W. **Medidas autosatisfativas.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/d

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RICCI, Edoardo Flavio. *Verso un nuovo processo civile?* **Rivista di Diritto Processuale.** Padova, anno LVIII, n. 01, p. 211-226, genn./mar. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Gelson Amaro de. Admissibilidade da tutela específica nas relações contratuais e a antecipação de tutela - Artigo 461 do CPC. **Revista Jurídica**, Porto Alegre (295): 21-44. Maio, 2002.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva no art.461 do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. 49).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. **Revista de Processo**, v.33, n.157, p.129-146, mar., 2008.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007

VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. **Les référés: Procédure civile, contentieux administratif, Procédure pénale**. Paris: Éditions du juris-Classeur, 2003.