

APLICABILIDADE DA TUTELA INIBITÓRIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL PÁTRIO

*Antônio Pereira Gaio Júnior¹
Rodrigo Lessa Vilas Bôas²*

RESUMO: Através do princípio constitucional do direito de ação, inserido na Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV, se vislumbrou a autorização, acima de tudo constitucional, de uma tutela preventiva capaz de suprir os anseios do jurisdicionado por um processo mais justo e efetivo. Diante disso, surgiu a tutela inibitória, visualizada a partir da distinção entre ilícito e dano, sendo ela capaz de realizar uma tutela contra o ilícito, ou seja, apta em inibir a prática, a repetição ou continuação de um ilícito, demonstrando a sua natureza essencialmente preventiva. A possibilidade de se alcançar a tutela inibitória na forma pura – antes da realização do ilícito – se mostra possível pela utilização dos comandos legais previstos no art. 461 do CPC e 84 do CDC, sendo necessária, na maioria das vezes, a sua obtenção de forma antecipada, haja vista ser a inibitória uma tutela voltada para o futuro. Destarte, não resta dúvida da aplicabilidade e efetividade da tutela inibitória no ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de ação – Efetividade – Ilícito – Processo civil – Tutela inibitória

ABSTRACT: Through constitutional principle of the action right, included in the Federal Constitution in article 5, XXXV, authorization was in sight, above all constitutional protection of preventive able to meet under aspirations jurisdiction of more just and effective. Upon this came responsibility for an injunction, viewed after distinction between illegal and damage, being the only one performing capable protection against unlawful, ie, able to inhibit practice, repetition or unlawful continuance act, showing nature is essentially preventive. Achieving possibility protection for an injunction in pure form - before illicit completion - has proved possible by use of statutory controls provided for in art. 461 CPC and 84 of the CDC, which requires in most cases is obtained in advance, due to be inhibitory to guardianship towards future. Thus there is no doubt of applicability and inhibitory tutelage effectiveness in Brazilian law.

KEYWORDS: Right of action - Effectiveness - Illicit - Civil Process - Trusteeship Inhibitory

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 O EFEITO DOS FATORES “TEMPO” E “EFETIVIDADE” NO PROCESSO. 2 MEDIDAS ESPECÍFICAS PARA O CUMPRIMENTO URGENTE DE DIREITOS. 3 DIFERENÇAS ENTRE ILÍCITO E DANO COM FINS À TUTELA INIBITÓRIA. 4 A TUTELA INIBITÓRIA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra-PT). Doutor e Mestre em Direito (UGF). Pós-Graduado em Direito Processual (UGF). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB Nacional. Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista..

² Graduado em Direito pela Faculdade Estácio de Sá- campus Juiz de Fora – MG.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fito a análise da denominada Tutela Inibitória como via propícia de proteção ao direito material agredido ou na eminência de o ser, oportunizando o exercício do processo como instrumento estatal efetivo na busca pela satisfação do aludido direito material, este garantido pelo ordenamento jurídico pátrio e, em maior luz, pelos ditames preceituados na Constituição Federal de 1988, de forma a demonstrar, portanto, a possibilidade e aplicabilidade da aludida tutela como meio hábil de garantia ao pleno exercício dos direitos pelo cidadão comum diante das novas situações jurídicas e seus reflexos.

Neste diapasão, necessário se fará realizar uma breve incursão teórica acerca da efetividade do processo, adentrando ainda em uma análise das diversas formas de tutelas consideradas como de “urgência”, no âmbito do sistema processual civil brasileiro.

Visando demonstrar a necessidade e efetividade da tutela inibitória, far-se-á uma abordagem acerca da tênue diferença existente entre ilícito e dano, evidenciando seus equívocos, deixando cristalina sua correta aplicabilidade.

Por fim, se avançará no estudo acerca da tutela inibitória no âmbito do sistema processual civil brasileiro, ratificando a sua necessidade como tutela protetiva de um direito subjetivo ameaçado bem como a possível aplicabilidade da supracitada tutela, deveras inculpada, sobretudo, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, e analisando por fim, através de previsões legais que trazem efetividade à inibitória, a sua pragmática centrada em natureza eminentemente preventiva, propiciando o alcance razoável de um processo civil de resultados.

1 O EFEITO DOS FATORES “TEMPO” E “EFETIVIDADE” NO PROCESSO

O “tempo” tem efeito relevante na vida das pessoas, sendo objeto constante de estudos em variadas ciências, tendo ele própria relação direta com a existência e validade os atos executados pelo ser humano em toda sua vida, sejam eles correspondentes a atos já praticados, em prática ou ainda por praticar.

Inicialmente, vale mencionar, mesmo que por conotação filosófica, a dimensão do fenômeno “tempo”, no que nisso preceitua José Rogério Cruz e Tucci³ : “Na perspectiva filosófica, o tempo é uma categoria abstrata, enquanto na visão dos pragmáticos do mundo contemporâneo ‘*time is money*’”.

Neste contexto, pode-se observar que o direito, a partir de um conjunto normativo, deve, como característica, ser inevitavelmente temporal e atemporal, traduzindo-se na própria necessidade protetiva que a ordem jurídica deva conceder a todo cidadão que dela é destinatário, no momento ou para o momento a que se faça necessária a sua atuação.

Essa relação do tempo com o direito é vista também sob um olhar revisionista, sobretudo na analogia que se coloca do tempo com o processo, na medida em que se posta como um tempo inteiramente ordenado que permite à sociedade regenerar a ordem social e jurídica.⁴

Assim, ressalta-se a importância de uma tutela eficiente por parte do Estado, relacionando-se com o direito supostamente violado, e que não pode ser realizada de forma precipitada, devendo, antes de tudo, respeitar as garantias mínimas dos litigantes, dando ao processo e às partes nele envolvidas, tempo necessário para que se tenha, posteriormente, uma melhor e mais qualificada tutela desse direito. Isso não significa que, para se ter um litígio resolvido de forma justa e eficiente, a duração do processo deva ser longa, pelo contrário, a duração deve observar a celeridade, mas sem abrir mão do cuidado que deverá ser observado no caminhar do processo, homenageando nisso o postulado da segurança jurídica.⁵

Para que ocorra então uma almejada realização do justo por meio do processo, faz-se imprescindível dotá-lo de considerável efetividade, de modo a se obter a plena satisfação da proteção jurisdicional ora invocada.

A obtenção do aludido justo pressupõe pois, um processo onde se faça imperiosa a obtenção da sentença de forma tempestiva, assegurando ao jurisdicionado que tenha razão tudo aquilo que, por ventura, tenha de direito, de forma a deixá-lo, na medida do possível, em condição idêntica ao que estaria se não tivesse o seu direito violado. Por outro lado, a demora na obtenção da prestação jurisdicional a torna, indiscutivelmente, menos capaz de atingir seu desiderato restaurador do direito substantivo molestado e, por isso, alcançando inúmeras vezes reduzido grau de efetividade.

³ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz, *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.18.

⁴ Idem, p. 26.

⁵ Idem, p.29.

Percebe-se que, para se ter um processo que impenda mais fielmente seu propósito, é de grande importância que ele se desenvolva sem dilatações indevidas, estas que prejudicam a pretensão das partes e trazem enorme descrédito para o poder judiciante estatal⁶.

Vê-se, assim, que o direito tem uma relação tênue com o tempo, traduzindo-se, portanto, na garantia depositada a todo cidadão de obter a tutela do seu direito de forma temporal compatível com a sua pretensão, traduzindo em efetivo o acesso à justiça, seja no ingresso da demanda ao aparelho estatal judiciante, como também na prestação jurisdicional efetiva, com efeitos realizadores no plano externo.

A tutela jurisdicional, prestada de forma tempestiva a todo cidadão que a solicita no intuito de ver seu direito violado, devidamente restaurado pelo Poder Judiciário, encontra respaldo no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 que assim reza: “*a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça ao direito.*”

A aludida previsão inserida na Carta Magna em seu art. 5º, vem contemplar o direito de ação, assegurando aí, indistintamente, direitos de quem age de invocar a jurisdição⁷, não podendo assim o legislador nem qualquer outra pessoa impedir que o jurisdicionado vá a juízo.

Neste sentido, assevera Nelson Nery Júnior⁸:

Isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.

A previsão constitucional do consagrado direito de ação, este que contempla também a ameaça ao direito, foi uma importante evolução no sistema jurídico pátrio, permitindo a todos se valerem da tutela jurisdicional por parte do Estado quando se virem vítima de ameaça a um direito, não tendo que esperar uma lesão concreta para se valerem de tal tutela.

A garantia do direito de ação traz consigo inserida a garantia de uma adequada tutela jurisdicional por parte do Estado.⁹

⁶ Conforme doutrina do autor: “Não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o direito ao processo. Delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em um breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado” (TUCCI, José Rogério Cruz. Ob. cit., p.87).

⁷ Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.431.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 171.

⁹ Nesse diapasão, fazendo uma reflexão a um processo justo, assevera Gaio Júnior: “Um processo justo, garantindo o acesso a uma justiça imparcial de forma a que não somente possibilite a participação efetiva e

Através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi inserido na Constituição Federal de 1988 outro princípio basilar para um efetivo direito de ação, denominado princípio da celeridade processual, constante no art. 5º, LXXVIII, da Carta Maior, que assim reza: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

É certo que a tempestividade inadequada, i.e., não correspondente ao litígio a que se coloca frente ao poder judicante estatal, levando-se em conta, evidentemente, o respeito às essenciais garantias do contraditório e ampla defesa, traduz em uma resposta ineficiente do Estado quando à pacificação do litígio posto à ele, pouco capaz de prosperar um justo processo.

Dito isso, é de se observar que o princípio do direito de ação há de ser realizado em sintonia com o exercício inevitável das eminentes garantias constitucionais do princípio da celeridade e razoável duração do processo.

A difundida afirmação que o processo é um instrumento até que se indiquem os objetivos a serem alcançados com o seu emprego, tem relevância compartilhada com a análise de seus escopos, daí trazer o veraz grau de sua utilidade¹⁰.

Nessa toada, é firme o entendimento de ser o processo

...mais do que um meio estatal para a tentativa de realização prática do justo, é ele instrumento social e democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser respeitadas em sintonia com o estado democrático que se presencia em dado tempo e espaço.¹¹

Percebe-se, neste sentido, que o processo sob a ótica instrumentalista é teleológico, visto que seria ele um meio para consolidação de um objetivo específico, ou seja, a satisfação do direito subjetivo molestado.

adequada dos litigantes, mas também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as determinadas situações de direito substancial, significa não somente o acesso à justiça, mas do que isto, “acesso à ordem jurídica” (GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *O processo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 15-16).

¹⁰ Nessa seara assevera Dinamarco: “Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. (...) sem compreender a sua instrumentalidade assim integralmente e apoiada nessas colunas, não se estaria dando a ela a condição de verdadeira premissa metodológica” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p.149).

¹¹ GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento e Recursos*. Vol. 1, 3 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 81.

2 MEDIDAS ESPECÍFICAS PARA O CUMPRIMENTO URGENTE DE DIREITOS

O atual Estado Democrático de Direito trouxe algumas inovações no campo jurídico, como as garantias fundamentais ao devido processo legal (CF, art.5º, LIV) e ao contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Ressalta-se, no entanto, que antes dessas previsões verificasse o já abordado direito de ação, que garante amplo acesso ao Poder Judiciário a qualquer cidadão diante de lesão ou ameaça ao direito (CF, art. 5º, XXXV).

Essas previsões fundamentais demonstram a impossibilidade de uma justiça prestada de forma imediata, uma vez que cumprir essas garantias fundamentais (contraditório e ampla defesa) consome um lapso de tempo considerável.¹²

Nesse conflito principiológico surge a tutela jurisdicional de urgência como remédio provisório e necessário, pois no lapso temporal entre o ajuizamento da ação até a decisão de mérito definitiva, podem ocorrer problemas que venham a tornar inútil ou insatisfatória a prestação definitiva que se espera alcançar ao fim do processo. As medidas cautelares e as antecipações de tutela podem então ser concedidas pelo juiz sem que se prejudique o contraditório e a ampla defesa.¹³

As tutelas de urgência são medidas excepcionais, que para serem concedidas, necessitam preencher alguns pressupostos previstos em lei, devendo durar, depois de concedidas, até o provimento final de mérito.¹⁴

Na verdade, em específicas demandas, o direito pleiteado se mostra tão urgente que não faria sentido sua concessão apenas com a decisão final de mérito, necessitando para uma efetiva tutela desse direito que o mesmo fosse concedido de forma antecipada, sendo, em alguns casos, a única maneira eficiente da prestação da tutela jurisdicional.

O art. 273 do CPC expõe, de forma clara, a possibilidade e requisitos para a concessão da tutela antecipada ao afirmar que:

Art. 273, CPC: o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

¹² Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*. 2. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 10.

¹³ Idem, p.12.

¹⁴ Idem, p. 12-13.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

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

Extraí-se da regra acima que essa modalidade de tutela faculta ao juiz, diante de provas produzidas, conceder por meio de decisão interlocutória, a tutela que normalmente seria concedida ao final do processo, permitindo que o autor goze antecipadamente do direito que teria apenas após a decisão de mérito. A justificativa da tutela antecipada mostra-se pela eficiência buscada pela prestação jurisdicional, pois é nítido que em alguns casos o lapso temporal para se obter a sentença tornaria inútil o resultado prático do processo, sendo essencial que nesses casos a tutela seja concedida de forma antecipada. E como a urgência pode ocorrer depois de já se ter ingressado com a demanda, conclui-se que a presente tutela pode ser requerida em qualquer etapa do processo, desde que antes da prolação da sentença¹⁵.

Deve-se ressaltar, devido ao grande equívoco gerado por tal tema¹⁶, a diferença existente entre tutela antecipada e tutela cautelar, uma vez que a primeira antecipa os efeitos que se teriam após a sentença de mérito, enquanto que a segunda tem a finalidade de se evitar o perecimento do direito, ou seja, visa assegurar o resultado útil do processo. Não obstante, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de fungibilidade entre ambas, ao afirmar em seu art. 273, § 7º que¹⁷:

Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Como já abordado, a tutela jurisdicional é buscada para que se efetive a proteção ao direito, dando a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo que teria se seu direito não fosse violado e, quando esse objetivo é devidamente alcançado diz-se que houve uma tutela específica¹⁸.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Para um estudo mais aprofundado dos institutos elencados neste capítulo ver, entre outros, GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Direito Processual Civil, Cumprimento da Sentença, Processo de Execução, Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. Vol. 2, Belo Horizonte: Del Rey, 2008; GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento e Recursos*. 3 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009; GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer*. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁷ GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Tutela Específica das...*, p.236.

¹⁸ Idem, p. 1.

Essa concepção de tutela específica é o resultado da busca da sociedade contemporânea por um processo mais justo e efetivo, trazendo a possibilidade de o jurisdicionado obter a tutela da obrigação *in natura* do bem ansiado, ao contrário do costume de utilizar da tutela ressarcitória, fato este que veio trazer mais segurança jurídica.¹⁹

As obrigações de pagar quantia certa sempre foram obtidas no ordenamento jurídico pátrio através de tutela específica, ou seja, a pecúnia devida. Por outro lado, nos casos das outras prestações (fazer, não fazer e entregar coisa) o credor tinha que se contentar com a conversão da obrigação inadimplida em perdas e danos.²⁰

No entanto, com o advento do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, transposto posteriormente também para o Código de Processo Civil - art. 461, permitiu ao jurisdicionado obter a tutela específica do direito material lesado ou na eminência de o ser. Para tanto, oportunizou ao juiz concedê-la até mesmo de ofício, possibilitando efetivar o resultado prático equivalente ao inadimplemento, através das intensas medidas, inclusive de execução imprópria, contidas art. 461, §5º do CPC.

Nisto, tão somente se reverterá em perdas e danos a obrigação a que tem direito o autor se o mesmo a requerer, no caso de impossibilidade de se obter a tutela específica almejada ou a obtenção do resultado prático correspondente ao adimplemento – art.461 §1º.²¹

Infere-se dessa forma que, a tutela específica é o gênero, tendo como uma de suas espécies a tutela inibitória, de remoção do ilícito, específica do cumprimento de dever legal de fazer, ressarcitória na forma específica e por isso, de adimplemento perfeito.²²

3 DIFERENÇAS ENTRE ILÍCITO E DANO COM FINS A TUTELA INIBITÓRIA

Para se vislumbrar uma correta utilização da tutela inibitória de forma a diferenciá-la da tutela ressarcitória, faz-se necessário traçar uma distinção entre ilícito e dano, tema este objeto de antigas contemplações doutrinárias.

Esse conflito é observado no Código Civil, que em seu art. 186 assim reza: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*” Tal equívoco é

¹⁹ Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil, Direito probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. Vol. 2, Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 366.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Direito Processual Civil, Cumprimento da Sentença...*, p.84.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.426.

observado no uso da preposição “e”, que induz ser a superveniência do dano indissociável à ideia de ilicitude do ato.²³

Nessa toada, assevera Marinoni²⁴: “o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para constituição do ilícito.”

Observa-se que a prática de um ato contrário ao direito não tem fundamentalmente como consequência o surgimento do dano. Assim, tem-se que o ato ilícito é qualquer conduta contrária ao direito, sendo o dano um prejuízo material ou moral que pode vir ou não da prática de um ato ilícito.²⁵

Sendo a tutela inibitória voltada para o futuro com natureza essencialmente preventiva, é cristalino que a mesma não tem relação alguma com o dano²⁶, podendo se requerer que não se pratique um ilícito sem que, para tanto, seja demonstrado um dano futuro.²⁷

Desse modo fica nítido que a inibitória nada tem a ver com o ressarcimento do dano e, por consequência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos culpa ou dolo.²⁸

O esclarecimento dessa confusão não apenas deixa claro que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, como também permite a delimitação de uma tutela legitimamente preventiva, não tendo a mesma relação com a probabilidade do dano, mas apenas relação com o ato contrário ao direito.

Na relação entre probabilidade do ilícito e probabilidade do dano assevera Marinoni²⁹:

É certo que a probabilidade do ilícito é, com frequência, a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separar, cronologicamente, o ilícito e o dano. Contudo, o que se quer deixar claro é que para obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória.

²³ Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 367.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p.46.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Neste sentido assevera Marinoni: “(...) ao inserir na constituição do ilícito o perigo, refere-se ao perigo com uma “potencialidade danosa”, evidenciando, assim, que a tutela contra o ilícito – que seria diferente da tutela contra o dano – é uma tutela contra a probabilidade do dano” (MARINONI, Luiz Guilherme. Ob cit., 2006, p.45).

²⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 46.

²⁸ Ibidem.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 47.

Essa diferenciação entre ilícito e dano³⁰, que conceitua o ilícito como ato contrário ao direito, permitiu que a tutela jurisdicional fosse adequadamente prestada a certas situações, através do uso de uma medida genuinamente preventiva, aí encontrando lugar a tutela inibitória.

4 A TUTELA INIBITÓRIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Como já mencionado em momento anterior, nas últimas décadas ocorreu uma acelerada mutação nas relações sociais e mesmo intersubjetivas, em variadas formas e projeções.³¹ Ocorre que a evolução nessas relações gerava conflitos que, quando levados ao Poder Judiciário, não eram solucionados de forma adequada, pois o direito ainda não dispunha de instrumentos capazes de acompanhar tal evolução e se adequar às necessidades dessas novas relações.

É com essa necessidade de atender de forma eficaz e eficiente o jurisdicionado nas suas novas pretensões que surgiu a Tutela Inibitória com o objetivo principal de conceder ao mesmo a possibilidade de se ter uma tutela capaz de prevenir o ilícito.

Desta feita, a tutela inibitória tem como fito a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, não tendo para tanto caráter punitivo e sim preventivo. Assim, caberá o uso da inibitória em face de alguém que mesmo que sem culpa estiver na iminência de praticar um ilícito.³²

Imperiosa é a observação feita pela doutrina que a melhor definição legislativa da inibitória é aquela que admite a tutela na forma pura (antes que se tenha ocorrido o ilícito) e não apenas para impedir a continuação ou repetição do ilícito.³³ Essa definição legislativa é

³⁰ Percebe-se assim, que sendo o dano uma consequência puramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser abarcada como uma tutela contra a probabilidade do dano, sendo correto ser a mesma compreendida como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que não necessita da configuração do dano (MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p.45).

³¹ Sobre a multiplicação e mundialização de direitos, sobretudo decorrente de uma variedade de experiências sociais, ver por todos BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 67 e ss.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória Individual e Coletiva*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

³³ Idem, p. 55.

encontrada no ordenamento jurídico pátrio através do interdito proibitório e do mandado de segurança preventivo e principalmente pelo art. 5.º, XXXV da CF.³⁴

Percebe-se, todavia, que a existência de uma tutela jurisdicional contra o ilícito que não se destine a reparar o dano, consubstanciada em sentenças mandamental e executiva (art. 461 do CPC e 84 do CDC), permitiu a construção de uma tutela inibitória atípica.³⁵

Vale lembrar aqui, conforme já se destacou em item anterior, a imprescindibilidade de sempre se pontuar a importante distinção entre ilícito e dano.

Certo é que o principal fundamento legal em que repousa a tutela inibitória, antes de tudo, é aquele decorrente do princípio constitucional inserido no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, que reza: “*a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça ao direito.*” A partir deste preceito, nítido é a desnecessidade de uma expressa previsão infraconstitucional para a propositura da proteção inibitória.

A tutela inibitória só era prevista no ordenamento jurídico na forma típica, principalmente através do interdito proibitório (art. 932 do CPC) e o mandado de segurança preventivo (art. 1º, da Lei n. 1.533/51), como se extrai de seus respectivos textos:

Art. 932 do CPC: O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure na turbação ou esbulho iminente, mediante mandato proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Art. 1º, da Lei n. 1.533/51: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte da autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça.

A partir da nova redação do art. 461 do CPC, esta já identicamente acostada no texto do Código de Defesa do Consumidor (*ex vi* do art. 84) se vislumbrou no ordenamento processual civil pátrio a possibilidade de se obter a tutela inibitória na forma atípica, alcançada por meio de uma sentença mandamental. Aludidos comandos são revestidos de

³⁴ Não apenas estas situações, mas todas aquelas – ainda que não tipificadas – que necessitam de uma tutela preventiva, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido praticado, abrem oportunidade à tutela inibitória na forma pura (MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 56).

³⁵ Acerca da tutela inibitória atípica, assevera Marinoni: “... os arts. 461 do CPC e 84 do CDC – que tratam das obrigações de fazer e de não fazer – abrem oportunidade às sentenças mandamental e executiva, sem qualquer alusão a uma específica situação de direito substancial. Em outros termos, a tutela inibitória pode ser postulada diante de qualquer tipo de direito, e não apenas em face de situações de direito material expressamente previstas em lei” (MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 39).

técnicas processuais³⁶ que permitem também outras formas de tutela específica que são aplicadas de acordo com a tutela que se busca diante de um direito material que se quer restaurar, fazendo valer assim o princípio constitucional do direito de ação.

Convém, desta forma, transcrever o que reza o caput dos referidos artigos:

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

Art. 84 do CDC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

É de se observar ainda que os parágrafos do art. 461 também são de grande importância para a concessão de uma genuína tutela inibitória, sobretudo das medidas que por ventura podem ser realizadas, tudo com o intuito de se ter a efetivação da proteção estatal quanto à uma possível transgressão ou mesma a cessação da violação de um direito, destacando-se, neste caso, o que preceitua o parágrafo 5º:

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, 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 necessário com requisição de força policial.

Como visto, a Tutela Inibitória é voltada para o futuro, tendo como escopo a inibição da prática, continuação ou repetição de ato contrário ao direito.

Lançando mão dos fundamentos legais citados anteriormente, torna-se possível a obtenção da tutela inibitória atípica através de ação autônoma, por meio de sentenças mandamental e executiva, o que possibilita que a tutela inibitória possa ser postulada diante de qualquer tipo de direito, inclusive em situações de direito material não previstas em lei.³⁷

³⁶ Acerca das técnicas processuais constantes dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC observa Marinoni: “pensar somente nas formas processuais, e assim apenas nos instrumentos processuais capazes de impor um fazer ou um não fazer, constitui uma visão míope do fenômeno da tutela dos direitos. Este fenômeno tem um aspecto dualista, compreendido pela tutela do direito material e pelas formas de tutela destes direitos” (MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 116).

³⁷ Idem, p. 39.

Buscando atender seu objetivo e vislumbrando sua aplicação de forma efetiva, é imprescindível a possibilidade do uso da multa (situação legalmente prevista nos parágrafos do art. 461 do CPC) como meio de coerção capaz de convencer o réu a fazer ou não fazer, conforme se tema a sua ação ou omissão.

Fica cristalino, assim que, após a reforma que introduziu o art. 461 no Código de Processo Civil, a ação inibitória é proposta de forma autônoma, não sendo necessário ingressar com uma ação principal, como é feito no caso da cautelar que, por muito tempo, foi usado de forma equivocada para se requerer uma tutela preventiva.

Levando-se em conta que a tutela inibitória tem natureza preventiva, estando voltada para o futuro, fica óbvio concluir que a sua efetividade dependerá, na maioria dos casos, da possibilidade de sua concessão de forma antecipada.

Essa antecipação se torna possível através do § 3º do art. 461 do CPC³⁸ que assim reza:

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

Como a ação inibitória leva em consideração uma “obrigação”, é fácil perceber a possibilidade de se obter a antecipação da tutela inibitória individual através do referido artigo. Já a antecipação da tutela inibitória coletiva pode ser obtida com base no § 3º do art. 84 do CDC que tem redação igual ao § 3º do art. 461 do CPC.³⁹

Para se requerer a tutela inibitória antecipada, faz-se necessária a demonstração do *fumus boni iuris*, que para esta tutela será a probabilidade da ilicitude, ou seja, a probabilidade do ato contrário ao direito, e o que as referidas normas acima denominam, “justificado receio de ineficácia do provimento final”, que será observado quando houver justificado receio de que o ilícito venha a ser praticado no curso do processo de conhecimento⁴⁰.

Sendo apenas o ilícito, e não o dano, pressuposto da ação inibitória, é evidente que o dano não deve figurar nessa ação, não sendo, assim, objeto de produção probatória.

³⁸ Acerca da possibilidade da antecipação da tutela específica (gênero da espécie tutela inibitória) aduz Gaio Júnior: “Trata-se de possibilidade que o art. 461 § 3º do CPC concede, estabelecendo a viabilidade de ser antecipada a tutela específica alusiva às obrigações de fazer e não fazer, quando não só for relevante o fundamento da demanda, mas, sobretudo, quando houver justificado receio de ineficácia do provimento meritório final” (GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela Específica...*, p. 91-92).

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 190.

⁴⁰ Idem, p. 191.

Apesar de em alguns casos não ser necessária a alegação da probabilidade do dano nem a sua prova, em outros não se tem a possibilidade de separar cronologicamente o ilícito do dano, haja vista em muitas situações ambos ocorrerem concomitantemente, casos em que será necessária a afirmação e prova do dano⁴¹.

Neste sentido aduz Marinoni⁴² que:

Se uma norma proíbe a prática de determinado ato ou atividade, e se esta violação é provável, bastará a sua alegação e demonstração, não sendo necessário afirmar e provar que, ao lado desta provável violação, ocorrerá um provável dano. Do ponto de vista probatório, é muito mais fácil provar a probabilidade da prática, repetição, ou continuação de ato contrário ao direito, do que a probabilidade do dano.

Evidencia-se desta forma que na ação inibitória não é apenas necessário verificar a prática do ato, mas também se tal ato configura ilícito. Diante disto, faz-se mister o confronto entre a descrição do ato temido e o direito⁴³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo foi realizado com o objetivo de demonstrar a necessidade de utilização de uma tutela preventiva para se alcançar um processo mais justo, que tutele todas as formas de direito. Devido, contudo, à profundidade do tema, não se pretendeu esgotar o seu estudo, mostrando-se apenas a forma efetiva em que se dá a tutela inibitória hodiernamente.

Diante disto, fez-se necessário um breve apanhado da efetivação do processo de forma tempestiva, elucidando ainda os seus escopos com o fito de se vislumbrar uma forma de tutela que proteja o jurisdicionado em qualquer situação e a qualquer tempo. Destarte, foi realizada uma oportuna incursão teórica acerca das tutelas urgentes existentes de forma a demonstrar as suas respectivas aplicabilidades, o que acabou por evidenciar o espaço da tutela inibitória quando visa à inibição da prática, repetição ou continuação de um ilícito.

Ficou evidente, desta forma, a necessidade de se lançar mão de uma medida com natureza eminentemente preventiva, mas para tanto é importante ter em mente a tênue diferença existente entre ilícito e dano para que se possa visualizar uma tutela contra o ilícito, extraíndo a ideia bastante difundida de que a única tutela contra o ilícito seria a ressarcitória.

⁴¹ Idem, p. 56.

⁴² Ibidem.

⁴³ Idem, p. 57.

Nessa toada, diante das necessidades de atender, de forma eficiente, o jurisdicionado em suas novas pretensões de direito, deu-se o surgimento da Tutela Inibitória, esta que em sede constitucional, se tornou possível através do direito de ação, princípio insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88, potencializado na forma pragmática e com tratamento ordinário específico por meio do art. 461 do CPC e em analogia ao art. 84 do CDC.

Ditos conteúdos legais contém comandos efetivos para a concreta utilização da Tutela Inibitória, permitindo que a mesma atue de forma atípica, através de sentenças mandamental e executiva bem como possibilitando a sua obtenção na forma pura, ou seja, antes que qualquer ilícito tenha sido praticado, sendo importante ressaltar que, devido a sua natureza preventiva, a inibitória se dá na maioria das vezes de forma antecipada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direito*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil, Direito probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. Vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito Processual Civil, Cumprimento da Sentença, Processo de Execução, Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. Vol. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento e Recursos*. Vol. 1. 3 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *O processo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória Individual e Coletiva*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Jurisdicional de Urgência*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.