

A BUSCA PELA EFETIVIDADE: INSTRUMENTO DA TUTELA INIBITÓRIA

Caroline Schneider¹

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, por meio da tutela inibitória. A evolução do direito, de normas ligadas ao “ter” para normas ligadas ao “ser”, gera a insuficiência da tutela ressarcitória. Os novos direitos exigem adaptação do ordenamento, com reformas legislativas, da doutrina e da jurisprudência. Concluímos que diante de direitos do “ser” a tutela inibitória se mostra mais efetiva, com os instrumentos que são colocados a sua disposição.

Palavras-chave: Tutela.Prevenção.Efetividade

ABSTRACT

This work aims to analyze the effectiveness of by courts, through inhibitory tutelage. The evolution of the law, the rules relating to "have" to related standards "be", generates the insufficient protection compensation. The new rights require adapting spatial, with legislative reforms, doctrine and jurisprudence. We conclude that given rights of "being" guardianship inhibitory proves more effective, with instruments that are placed at your disposal.

Keywords: Judicial protection.Prevention.Effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

Do convívio em sociedade surgem os conflitos interpessoais, os quais, de início, eram resolvidos pelas próprias mãos. A ausência do Estado, nos primórdios da civilização, ensejava que os conflitos oriundos da convivência social fossem resolvidos pela imposição da vontade de uma das partes sobre a outra, pela mera utilização da força.

O direito era representado pela prevalência do mais forte sobre o mais fraco, não havendo garantia de justiça na decisão.

¹Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Pós-Graduada lato sensu, Especialização, pela Escola da Magistratura do Paraná. Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos pela Unama. Mestranda pela Instituição Toledo de Ensino. Analista do Seguro Social com formação em Direito. Advogada.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso não só inexistia um órgão estatal que, com a soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1999, p. 21)

Ressalta-se que a autotutela hoje é permitida em casos excepcionais pelo ordenamento jurídico em vigor, sendo considerada crime quando exercida fora dos limites legais, conforme artigo 345 do CP (Código Penal) .

Nesta fase primitiva, havia, concomitantemente, a solução de conflitos via autocomposição, que até hoje é permitida quando as partes abrem mão de parcela de seus interesses em favor da pacificação. Neste modelo de apaziguamento social, podem ocorrer renúncia à pretensão por uma das partes ou, até mesmo, concessões recíprocas.

Com o desenvolvimento social, os indivíduos passam a buscar formas de resolução de conflitos imparciais e mais justas e, assim, surgem os árbitros.

[...] pessoas de sua confiança mútua em que as partes se louvam para resolver os conflitos [...] a decisão dos árbitros pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1999, p. 23)

Consequência de seu fortalecimento, o Estado galga participação na solução de conflitos, momento que surge a figura do pretor/magistrado, que atua, preliminarmente, ao árbitro.

[...] para facilitar a sujeição das partes à decisão de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de **critério objetivo** e **vinculativo** para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge, então, o **legislador**. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1999, p. 23)

O pretor/magistrado foi ganhando cada vez mais espaço com o fortalecimento do Estado e a vedação definitiva da autotutela: deixava de ser nomeado o árbitro, nascia a jurisdição. Completa-se um ciclo.

[...]o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1999, p. 23)

Portanto, com a monopolização da jurisdição pelo Estado e a consequente proibição da autotutela, inclusive com a sua conduta tipificada penalmente em alguns casos, outro caminho não restou ao Poder Judiciário do que prestar a tutela jurisdicional sempre que movimentado, nos moldes do artigo 2º do CPC (Código de Processo Civil) , o qual trata do princípio da demanda.

Neste ponto da discussão, há que se observar, principalmente, que a norma fundamental de um Estado Democrático de Direito é sua Constituição Federal, elaborada e publicada de acordo com os ditames históricos, legais e políticos do momento de sua elaboração. Dessa não se pode fugir ao posicionar a relevância constitucional atribuída à jurisdição.

Dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da CF (Constituição Federal), ao tratar do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Torna-se importante trazer a lição de Alexandre de Freitas Câmara que defende que a norma que trata da inafastabilidade da prestação jurisdicional é endereçada tanto para o legislador quanto para o juiz.

Em relação ao Poder Legislativo, Câmara defende que a este não é possível elaborar leis que restrinjam o acesso à justiça, dando como exemplo “leis que proíbem a concessão de medidas liminares”. (CÂMARA, 2009)

Assim é que deve ser tida por inconstitucional qualquer norma jurídica que impeça aquele que se considere titular de uma posição jurídica de vantagem, e que sinta tal posição lesada ou ameaçada, de pleitear junto aos órgãos jurisdicionais a proteção de que sinta merecedor. (...) a proibição de liminares deverá ser tida por inconstitucional por ter como consequência uma restrição à proteção das posições jurídicas de vantagem contra ameaças que eventualmente sofram. (CÂMARA, 2009, p.47)

Estabelece, ainda, o referido autor que o juiz, como destinatário da norma constitucional, concretiza uma “tutela a ser prestada pelo Estado, porém, não pode ser meramente formal, mas verdadeiramente capaz de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado para o qual se pretende proteção.”

E, em torno de toda a teoria sobre a prestação de uma tutela efetiva ao direito ameaçado, trataremos, nesses breves apontamentos, especificamente sobre a tutela inibitória, não tendo qualquer intenção de esgotar o assunto, mas apenas discutir seus pontos principais.

2 DA EVOLUÇÃO DO DIREITO MATERIAL

Do aludido por Câmara, constata-se que a efetividade na prestação jurisdicional há que ser analisada em relação ao direito material e ao direito processual, que, independentemente da constatação da autonomia do direito de ação em face do direito material, fica estabelecida a interdependência entre as normas, sendo aceito que o processo serve à efetivação dos direitos materiais.

De início, analisa-se a busca de efetividade via normas de direito material, pautando-se que nosso sistema jurídico é de origem romano-germânico, com forte influência da Revolução Francesa e seu sistema de codificação, principalmente com grande influência do CC (Código Civil) francês de 1804 no CC brasileiro de 1916.

VENOSA (2003, p. 124) define o Código Civil Francês em poucas palavras dispondo que,

é um código essencialmente individualista e dá proeminência ao direito privado em suas relações com o direito público. Diz-se que é um código excessivamente 'burguês', mas é fruto de uma época e não se pode dizer que tenha sido uma lei para criar privilégio.

A influência do Código francês no Código brasileiro era visível, conforme palavras de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2008, p.44),

Nesse contexto, o Código Civil de 1916, cuja concepção original foi elaborada por CLÓVIS BEVILÁQUA em 1899 (discutido anos a fio no Congresso Nacional, oportunidade em que receberia a influência humanista de RUY BARBOSA, como visto), traduz, em seu corpo tão tecnicamente estruturado, a ideologia da sociedade agrária e conservadora daquele momento histórico, preocupando-se muito mais com o *ter(o contrato, a propriedade)* do que com o *ser (os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana)*.

Não há a menor dúvida que o CC brasileiro de 1916 teve forte influência do CC francês de 1804, que tinha como dois pilares os direitos obrigacionais e os direitos reais, na real tendência de acesso da burguesia a contratos e aquisição de propriedade. Estava-se diante de uma codificação baseada estritamente no “ter”.

Após a 2ª Guerra Mundial, deparamo-nos com um segundo momento das normas de direito material. Gangliano e Pamplona Filho (2008, p.45) creditam essa segunda ocasião legislativa à intervenção do Estado na economia, com a geração de incertezas, imprevisões generalizadas dos negócios e publicização do direito, o que acaba por gerar o aparecimento dos Microssistemas Jurídicos.

[...] a dificuldade de proceder a uma reforma generalizada de nosso Código desencadeou, pois, o (inverso) fenômeno da *descentralização ou descodificação da Direito Civil*, marcado pela proliferação assustadora, à velocidade da luz, de estatutos e leis especiais que disciplinariam não somente as novas exigências da sociedade industrializada, mas também velhas figuras que se alteraram com o decorrer dos anos, sob o influxo de novas ideias solidaristas e humanitárias, e que não poderiam ser plena e eficazmente reguladas por um código ultrapassado e conservado. (GANGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008, p.45)

Com a Constituição Cidadão de 1988, passamos a ter um novo momento na ordem jurídica nacional: o Direito Civil passa a ser o Direito Civil Constitucional, interpretado e aplicado nos moldes da Constituição Federal, oportunidade em que os direitos reais e obrigacionais ganham como aliados os direitos subjetivos da personalidade. O Código Civil passa a se preocupar com o “ser”.

[...] a Constituição Federal, consagrando valores como a *dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica*, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária. (GANGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008, p.45)

Essa evolução das normas civilistas culmina, inclusive, na elaboração e publicação de um novo CC em 2002, demonstrando a preocupação do legislador em harmonizar o direito com as exigências da sociedade moderna em constantemovimento. Com o aparecimento de novos conflitos de interesses, há uma constante busca pela efetividade das normas materiais.

Em contrapartida, as normas processuais também devem se alinhar às normas materiais para uma prestação jurídica mais efetiva, pois, como qualifica DINAMARCO (2008), ao tratar dos escopos do processo, o classificado jurídico “deve conter técnicas processuais adequadas à realização do direito material”.

3 DO CAMINHO PERCORRIDO PELO PROCESSO CIVIL

Como é de conhecimento notório, o Brasil foi colônia de Portugal por muitos anos, e, no período desse domínio, nosso ordenamento jurídico era o ordenamento jurídico de Portugal. Todavia, nota-se que nem tudo mudou com a independência do Brasil em 1822.

Conforme relatado pela doutrina, as normas portuguesas ainda vigoraram em território nacional.

“A conquista da independência política não levou o Brasil a rejeitar em bloco a legislação lusitana, cuja continuidade foi assegurada pelo decreto 20 de outubro de 1823, em tudo que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro.” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1999,p.105)

Em sequência, o Código Criminal do Império foi sancionado pelo Decreto de 16 de dezembro de 1830, trazendo as primeiras normas processuais civis tupiniquins em um título que tratava da “disposição provisória acerca da administração da justiça civil.”

Com apenas vinte-e-sete artigos, a disposição provisória simplificou o procedimento, suprimiu formalidades excessivas e inúteis, excluiu recursos desnecessários – enfim criou condições excelentes para a consecução das finalidades do processo civil, estabelecendo as bases para um futuro Código de Processo Civil, que, infelizmente, não veio a ser elaborado. CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1999,p.105)

Posteriormente, em 1850, foi sancionado o Código Comercial, que editava o primeiro Código Processual brasileiro: Regulamento 737 de 25 de novembro de 1850. Este discorria sobre o processo comercial, ficando, conseqüentemente, as causas civis reguladas pelas Ordenações ainda vigentes.

Oportuno informar que, com a Constituição de 1891, instituiu a dualidade da competência para legislar sobre direito processual, dividindo-se o poder entre a União e os Estados. Todavia, segundo a doutrina, tal poder constitucional foi eliminado, pois, “com a Constituição Federal de 1934, concentrou-se novamente na União a competência para legislar com exclusividade em matéria de processo, mantendo-se essa regra nas Constituições subsequentes.” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1999, p.108)

Portanto, com o resgate da competência legislativa pela União, tornou-se necessária a edição de um novo Código de Processo Civil, sancionado em 1939.

Neste momento, atenta-se ao trecho da obra de L.A. Becker, que, ao tratar sobre a relação entre a elaboração da legislação e a ordem política vigente no Estado, parafraseando Calmon de Passos, afirma que “o processo civil está definitivamente comprometido com a política, com o poder e a dominação”. (BECKER, 2002, p.65)

O Código de 1939 nasce com a seguinte característica, segundo CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO (1999, p.109): “o princípio da oralidade, tal como caracterizado por Chiovenda, com algumas concessões à tradição, notadamente no que diz respeito ao sistema de recursos e à multiplicação de procedimentos especiais.”

Atenta-se, portanto, que a busca pela efetividade na prestação jurisdicional pelo Código de Processo Civil de 1939 se deu pela instituição de procedimentos especiais para a tutela de alguns direitos materiais que não seriam tutelados eficazmente pelo procedimento comum ordinário do CPC.

Diante da proliferação de legislação esparsa durante o período de Congresso fechado pelo regime Militar e da atividade legislativa praticada pelo Executivo, no pós-64 houve uma atividade em sentido contrário, com a plena codificação da legislação, no entanto, sem que houvesse qualquer incompatibilidade ideológica entre o novo Código e a legislação extravagante anterior.

De qualquer forma, oficialmente o objetivo era o de consolidar a legislação pós-64, por meio da sua sistematização (e consequente revogação da

legislação esparsa), tal qual ocorreu com a CF/67, que se limitou a uma compilação dos Atos Institucionais e Complementares e Emendas Constitucionais editadas sob o regime. (BECKER, 2002, p.183)

Com o passar dos anos, o CPC de 1973 foi sofrendo minirreformas, como explica CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO (1999, p.114) “um processo de pequenas reformas parciais [...], com vista à simplificação de seus atos e procedimentos, para a maior fluência do serviço jurisdicional (desburocratização)”.

As reformas do CPC de 1973 passaram a ganhar mais importância com a promulgação da Constituição de 1988, que, da mesma forma que fez com os institutos de Direito Civil, constitucionalizou os institutos processuais, tais como: os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade do controle jurisdicional, dentre outros, que devem ser aplicados de forma sistemática com os fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, principalmente com a dignidade da pessoa humana.

Aliás, com o advento da Constituição de 1988 é constitucionalizada a tutela jurisdicional preventiva, no artigo 5º, XXXV da CF, pois a Constituição de 1967 apenas previa a não exclusão do Poder Judiciário da tutela repressiva. A Constituição Federal de 1967, em seu artigo 150, § 4º, estabelecia que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, texto mantido pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 em seu artigo 153, § 4º.

Portanto, com a Magna Carta, a prestação da tutela jurisdicional deve levar em consideração a dignidade da pessoa humana na prestação da efetiva tutela jurisdicional, com a prestação da tutela preventiva ou repressiva, de acordo com o que for mais adequado à pretensão pleiteada.

Com a Constituição Federal de 1988 e a necessidade do CPC de se adequar a nova ordem constitucional, dá-se início às três maiores reformas que o CPC de 1973 sofreu: a reforma de 1994, a de 2002 e a de 2005.

A Lei 8.952/1994, iniciando o movimento reformador, copia norma já instituída no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, dispondo no artigo 461 do CPC sobre a concessão de tutela específica para a satisfação de obrigação de fazer ou

não fazer, ou a determinação judicial de providências que assegurem o resultado prático equivalente, tornando-se a execução prolongamento da cognição.

O CPC passa a buscar a concretizaçãoda prestação jurisdicional por meio da tutela específica e do resultado prático equivalente, deixando a tutela ressarcitória apenas quando houver a impossibilidade de efetivação das anteriores, como bem dispõe o §1º do artigo 461 do CPC.

Quanto a essa mudança do CPC, enfatiza FREDIE DIDIER JÚNIOR (2007, p.320),

De acordo com o sistema implantado em 1994, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer somente não será concedida em duas situações:(a) se o credor não quiser e preferir o ressarcimento pecuniário ou (b) se for impossível a prestação na forma específica.

Inverteu-se, portanto, o quadro: em vez de o devedor ter o poder de dizer se iria, ou não, cumprir o dever, o credor que passou a optar, em caso de descumprimento ou a exigência de ressarcimento pecuniário. A partir de 1994, estabeleceu-se o que se convencionou chamar de primazia da tutela específica.

Posteriormente, na contínua busca de maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional, é publicada a Lei 10.444/2002, que altera a execução das obrigações para a entrega de coisa, para que também a execução passe a ser mero prolongamento da fase de cognição.

A referida leidefine, ainda, a possibilidade de imposição de multa por atraso no cumprimento da ordem judicial (§§ 5º e 6º do artigo 461, do CPC), como “instrumentos específicos de tutela material voltados a sancionar o devedor em mora”², com a possibilidade de o juiz, de ofício, modificar seus parâmetros, com a finalidade coercitiva da prática da medida aplicada.Em relação a este diploma legislativo e suas inovações, leciona FREDIE DIDIER JÚNIOR (2007, p.369),

Em vista do sucesso alcançado pela alteração do art. 461 do CPC, a Lei Federal n. 10.444/2002 veio estender às obrigações de dar coisa distinta de dinheiro a mesma forma de efetivação das obrigações de fazer e de não fazer, priorizando a tutela específica também desse tipo de dever, esteja ele fundado em direito real ou pessoal. Com isso, conseguiu criar um sistema bem mais eficiente de tutela, na medida em que, também para esses casos, faz previsão de uma execução sine intervalo, concedendo ao magistrado um poder geral de impor a medida coercitiva (direta ou indireta) que mais de adequasse à tutela do bem da vida em disputa.

²REsp 949509/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 4º Turma do STJ. Dje. 16/04/2013

Em função disso, as regras contidas no art. 461-A do CPC se prestam a regular o procedimento de efetivação das obrigações de restituir e as de dar propriamente ditas, bem assim as obrigações de dar coisa certa ou incerta, fungível ou infungível, móvel ou imóvel, desde que calcadas em título executivo judicial.

Por fim, a grande reforma no CPC de 1973 foi trazida pela Lei 11.232/2005, que acrescentou os Capítulos IX e X ao Título VIII da Livro I do CPC, culminando no fim do processo autônomo de execução fundado em título executivo judicial, salvo nas hipóteses excepcionadas pelo artigo 475-N do CPC.

Toda essa digressão nas reformas processuais busca demonstrar a preocupação do legislador com a efetividade do processo, principalmente a luz dos estudos de Barbosa Moreira, que defende que a esta entre outras coisas está atrelada a eficácia do provimento jurisdicional e a celeridade processual. (MOREIRA, 1982, p. 203-204)

4 DA CONFUSÃO ENTRE O ILÍCITO PURO E O ILÍCITO DANOSO

Com a mudança de mentalidade do ordenamento jurídico, do “ter” para o “ser”, e a conseqüente avalanche de direitos não patrimoniais no sistema, surgem direitos que podem ser desrespeitados pela simples conduta do agressor, sem que haja qualquer dano para o titular do direito.

Quanto à existência de ilícito sem dano, discorre MARINONI(2000, p.27) que

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

Continua o doutrinador separando o ilícito do dano, defendendo plenamente a possibilidade jurídica de prática de ilícito pelo agente sem a geração de dano, dispondo que,

Para se evidenciar que o dano não é elemento constitutivo do ilícito, argumenta-se que quando se diz que não há ilícito sem dano identifica-se o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal consequência e isto ocorre apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste frequentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico. (MARINONI, 2000, p.35)

No entanto, a doutrina civilista não estabelece essa distinção, a ponto, inclusive, de defender que o ilícito sem dano não importaria para o direito. ORLANDO GOMES (1998, p.490), ao defender que a linha de que o dano integra o ato ilícito pondera que,

[...] o dano torna-se elemento importantíssimo à compreensão da teoria do ato ilícito, a tal ponto que alguns o integram no seu conceito. Sem dano, não há ato ilícito.
O dano pode ser *patrimonial ou moral*. Mas é indispensável para determinar a responsabilidade civil. A *sanção* contra o ato ilícito consiste, precisamente, na obrigação e repará-lo. Se o erro de conduta não resultar dano, o ato, embora culposos, não tem relevância no campo do Direito Civil.

VENOSA (2003, p.590), na mesma linha, dispõe que, “no campo civil, só interessa o ato ilícito à medida que exista dano a ser indenizado” e continua, “não há, no campo civil, ao contrário do que vulgarmente podemos pensar, sentido de ‘punir o culpado’, mas o de indenizar a vítima.”

Porém, este entendimento não parece estar em consonância com o artigo 5º XXXV da Constituição de 1988, quando trata do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional em relação à lesão e ameaça a direito, constitucionalizando, definitivamente, a proteção contra ameaça de prática de ato em desrespeito ao direito.

Portanto, com a análise deste inciso da CF nos deparamos com uma nova classificação das tutelas satisfativas, dividindo-as em *preventiva* (inibitória) e *repressiva*. Por consequência, a repressiva se dividirá em reintegratória e ressarcitória.

Para MARINONI (2004, p.475), “a tutela jurisdicional, em determinada perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano do direito material” e é nesse sentido que será aqui analisada.

A tutela preventiva (inibitória) tem como finalidade a não-praticado ato ilícito, pois, segundo MARINONI (2000, p.26), “quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano”.

Dispõe MARINONI (2004, p.487) que

Se o ordenamento jurídico afirma determinados direitos – como o direito à honra, o direito à imagem, o direito à higidez do meio ambiente etc. -, e estes, por sua natureza, não podem ser violados, o legislador infraconstitucional está obrigado a predispor uma tutela jurisdicional capaz de impedir a prática do ilícito. Na verdade, se a existência do direito material, em nível de efetividade, depende da efetividade do processo, não há como se negar que a instituição de direitos que não podem ser tutelados através da técnica ressarcitória faz surgir, por consequência lógica, direito a uma tutela que seja capaz de evitar a violação do direito material.

A tutela repressiva poderá ser reintegratória (de remoção do ilícito) ou ressarcitória. Segundo MARINONI (2000, p.28), a tutela ressarcitória “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 em relação à tutela reintegratória, defende que “é tutela contra o ilícito, e não tutela contra o dano – *visa a remover ou eliminar o próprio ilícito, vale dizer, a causa do dano; ela não visa a ressarcir o prejudicado pelo dano*”. (MARINONI, 2004, p.496)

O autor em questão ainda pontua de forma célebre que

Para a realização da tutela ressarcitória a sentença depende da *declaração do dano* (ilícito danoso) e da *prática de ato pelo réu* (ressarcimento na forma específica) ou da *retirada de algo que está legitimamente no seu patrimônio* (ressarcimento pelo equivalente monetário), ao passo que, para a realização da tutela de remoção do ilícito (p.ex., relativa à exposição à venda de produtos nocivos), é suficiente *declarar que o réu cometeu ato contrário ao direito*, pois isso *autoriza* a expedição de mandado executivo, exatamente porque a *execução não depende* de algo que precisa ser feito pelo réu (ressarcimento na forma específica) ou da retirada de bem que está legitimamente no seu patrimônio (ressarcimento em dinheiro).

O conhecimento da diferença entre as tutelas é de suma importância para que a parte, ao movimentar o Estado Juiz, o faça da forma mais célere e eficaz para a satisfação de seu interesse ameaçado ou lesado.

5 DA CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA PARA A CLASSIFICAÇÃO QUINÁRIA DAS SENTENÇAS

Devido ao surgimento de novos direitos e provimentos jurisdicionais, há nítida necessidade de criação de sentenças que abarquem tal modificação.

A busca de efetividade no âmbito processual concluiu que a classificação das sentenças de forma trinária seria insuficiente para os novos moldes de tutela permitidos pelo ordenamento. Tal doutrina tradicional classifica as sentenças de procedência do pedido em meramente declaratória, constitutiva e condenatória.

A doutrina normalmente conceitua a sentença declaratória como aquela que,

contém, apenas, o acertamento da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou a autenticidade ou falsidade de um documento. É de se notar que o ordenamento jurídico não admite, como regra, que se tenha sentença cujo conteúdo seja a mera declaração de um fato. (CÂMARA, 2009, p.420)

Quanto à sentença constitutiva, CÂMARA (2009, p.421), citando Antônio Carlos Marcato, a define como “aquelas que contêm um ato judicial capaz de determinar a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica.”

MARINONI (2004, p.466) faz uma importante ponderação em relação às sentenças declaratórias e constitutivas, ao afirmar que,

as sentenças declaratórias e constitutivas, ao contrário das sentenças condenatórias, mandamental e executiva, *bastam como sentença (por si)* para atender ao direito substancial afirmado, enquanto que as sentenças condenatória, mandamental e executiva exigem atos posteriores para que o direito material seja efetivamente realizado.

Sobre a sentença condenatória, muita discussão gira em torno de seu conceito, principalmente com muitos doutrinadores confundindo seu conteúdo com seu efeito - a possibilidade de ajuizamento de execução forçada da sentença não cumprida pelo vencido.

Segundo CÂMARA (2009, p.425), a sentença condenatória

é aquela que impõe ao réu o cumprimento de uma prestação (de dar, fazer ou não fazer), correspondendo a este conteúdo (via de regra) o efeito de permitir a execução forçada do comando contido na decisão.

Tal classificação nasce no Estado Liberal pautado pelos direitos de primeira geração, quando são garantidas as liberdades do cidadão face à intervenção do Estado. A única forma de execução permitida era a execução para pagamento em dinheiro, sendo impossível pensar em qualquer forma de execução em que o Estado obrigasse o cidadão a praticar atos.

Com a Constituição de 1988 e o princípio da inafastabilidade de jurisdição em caso de ameaça a direito; com a Lei 8.952/1.944 e o ajuizamento de ação de fazer não-fazer com concessão de tutela específica; com a Lei 10.444/2.002 e a imposição de multa para o atraso na prestação da tutela jurisdicional, a qual é convertida para a parte; e com a Lei 11.232/2005, com a execução como fase do processo quando condenado a pagar quantia certa, a classificação clássica das sentenças já não é suficiente, surgindo, então, as *sentenças mandamentais* e *executivas lato sensu*.

O que realmente importa é que, ao se admitir uma forma de sentença ligada à multa e outra que viabiliza a concentração da execução no processo de conhecimento, tomam-se em consideração – e isso é absolutamente evidente – novas realidades e novos valores. Reunir sob o rótulo de condenação as sentenças mandamental e executiva significa dar a novas realidades um nome que servia – e serve – para identificar outra. Ou muito pior: é eliminar os valores e as repercussões das novas realidades, espremendo-as para caberem em uma classificação antiga, como se as classificações fossem perenes.

Seria absurdo dizer que a classificação trinar é errada ou falsa, uma vez que, como já foi demonstrado, as categorias da verdade e da falsidade não devem ser relacionadas com as classificações. Mas é inegável que essa classificação não tem a capacidade de explicar os valores, as diferenças e as implicações dos conceitos das sentenças condenatória, mandamental e executiva, ou, em outras palavras, a riqueza da distinção entre essas diversas formas para a prestação da tutela jurisdicional. (MARINONI, 2007, p.227)

A sentença mandamental é conceituada por MARINONI (2004, p.470), como aquela “caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu; seu escopo é convencer o réu a observar o direito por ela declarado” e continua o autor,

“quando a sentença ordena, visando compelir o réu a cumpri-la, a execução é dita ‘indireta’, já que o direito declarado pela sentença só vai ser efetivamente realizado se a sentença convencer o réu a observá-la.”

Em relação à sentença executiva *lato sensu*, elucidativo é o conceito trazido por CÂMARA (2009, p.429), embora discorde da classificação quinária de Pontes de Miranda, defendendo que as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* seriam uma subdivisão das sentenças condenatórias.

Ao tornar ilegítima a posse da coisa que tem o demandado, esta espécie de sentença permitiria sua execução no mesmo processo em que foi proferida, ao contrário da sentença condenatória, que exigiria processo de execução autônomo, ou, em outras palavras, uma nova relação processual, distinta daquela em se formou o provimento condenatório.

Portanto, com a nova redação do artigo 461 e a inclusão do artigo 461-A no CPC, que proporciona efetividade a provimentos de tutela preventiva contra a prática do ilícito concedendo especialmente a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, outra coisa não há que se falar a não ser de sentenças mandamentais.

E, com a execução de título executivo judicial integrando o Livro I, tornando-se fase do processo de conhecimento e não mais processo autônomo e com o artigo 461 e 461-A do CPC permitindo que o Estado Juiz determine meios de execução que independem da vontade do demandado, não há como não se aceitar, em sua plenitude, a sentença executiva *lato sensu*.

6 Das Principais Características Da Tutela Inibitória

Até o presente momento, vários pontos da tutela inibitória já foram pincelados, porém se faz necessário que seus pontos principais sejam fixados.

A primeira característica da tutela inibitória é ser ela uma tutela preventiva, voltada a impossibilitar que o ilícito ocorra, segundo MARINONI (2000, p.26), “quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano.”

Portanto, deixa-se claro que não há relação entre a tutela inibitória e a tutela de contenção do dano, pois, quando do ajuizamento da ação inibitória, não houve dano.

Como já estabelecido anteriormente, a tutela inibitória não se confunde com a tutela ressarcitória, nem com a tutela de remoção do ilícito, aquela relacionada à existência de dano consumado e esta com o ilícito praticado em todos os seus aspectos, respectivamente.

Como firmado na doutrina, em não se falando de dano, não há que se falar em dolo e culpa, elementos subjetivos para a configuração do dano. Como bem define MARINONI (2004, p.486), “tratando-se de tutela inibitória, forma de tutela jurisdicional que nada tem a ver com o dano, mas apenas com a probabilidade da prática de um ilícito, não há razão para se pensar em culpa.”

Outra característica apontada pela doutrina é ser a tutela inibitória uma tutela específica, com o condão de conservar a integridade do direito pleiteado. Característica esta que, inclusive, está expressa no artigo 461 do CPC, quando dispõe que, na obrigação de fazer e não fazer, o juiz concederá primordialmente a tutela específica da obrigação.

A tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equivale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se dar preferência à primeira. (MARINONI, 2000, p.28)

A tutela inibitória é requerida em processo de conhecimento de cognição exauriente, no entanto, pode perfeitamente ser concedida via tutela antecipada.

Não há qualquer dúvida sobre a possibilidade de concessão de tutela inibitória antecipada, com base no artigo 461, §3º do CPC e artigo 84, §3º do CDC, quando demonstrada a probabilidade de ocorrência do ilícito, além do fato de que a espera pelo provimento final da demanda a torne ineficaz pelo decurso do tempo.

Há que se informar que antes do início das reformas do CPC, com o intuito de preventividade, utilizava-se as cautelares inominadas. Ressalva-se que havia

procedimentos especiais que possuíam a preventividade como parte importante de sua efetivação, como o interdito proibitório, artigo 932 do CPC e artigo 1º da Lei do Mandado de Segurança.

Por mais que a ação cominatória disposta no artigo 302, XII do CPC de 1939 dispunha sobre o direito de exigir de outrem a abstenção ou a prestação de fato sob a ameaça de pena, a jurisprudência da época entendia que tal multa apenas poderia incidir após o trânsito em julgado da sentença, caminho que foi seguido pelo CPC de 1973 quando da redação do artigo 287 que dispõe que o réu poderá ser condenado a abster-se, tolerar ou prestar fato *sob pena de multa em caso de descumprimento da sentença*.

Portanto, diante do uso das cautelares inominadas e da ineficácia da ação cominatória afirma MARINONI (2000, p.55) que

Se a cognição da ação cautelar é sumária, e se o art. 806 do CPC não pode deixar de ser observado, a ação principal havia de ser proposta, ainda que o resultado perseguido pelo autor – a prevenção – já houvesse sido encontrada. Tal ação principal era a cominatória, fundada no art. 287, que objetivava reafirmar, com base em cognição exauriente, a tutela preventiva já concedida, ou prestar – na hipóteses em que a tutela cautelar não houvesse sido deferida -, a própria tutela preventiva. Como a tutela cominatória era completamente inidônea para garantir uma efetiva tutela jurisdicional preventiva, a doutrina jamais se empenhou em tentar construir uma tutela preventiva a partir do art. 287. Essa norma, em outras palavras, apesar de ter sido a fonte da tutela das obrigações de fazer e de não fazer, nunca foi tomada como o fundamento normativo-processual da tutela preventiva.

Em relação a ajuizamento de ação inibitória no plano dos direitos coletivos, não há qualquer dúvida diante da dicção do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública que dispõe que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” no qual esta inserido o artigo 84, que trata da tutela inibitória, inclusive diante de ato do Poder público.

Um ponto importante que deve ficar esclarecido é que há inibitória positiva e inibitória negativa, “isto significa, em princípio, que na hipótese de ilícito omissivo exige-se uma inibitória positiva, e que no caso de ilícito comissivo é necessária uma inibitória negativa”. (MARINONI, 2000, p.101)

Outro dado relevante a ser analisado é sobre a possibilidade de aplicação de multa tanto em relação às obrigações fungíveis como em relação às infungíveis, “e nem poderia ser de outra forma, já que o próprio espírito do art. 461 é voltado a permitir a efetividade da tutela específica, independente da prestação devida.” (MARINONI, 2000, p.107)

Característica ainda a ser analisada é a possibilidade de o juiz conceder a tutela de modo diverso do requerido pela parte, em respeito ao princípio da efetividade, ou seja, o juiz pode impor multa de ofício, conceder a tutela específica ou até mesmo impor medidas que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento de forma diversa ao requerido pelo autor da demanda.

Se o juiz pode declarar o ilícito (obviamente porque este ficou demonstrado), e a tutela requerida não é suficiente para impedir seu prosseguimento, negar a possibilidade da concessão da tutela adequada ao caso concreto é subtrair da jurisdição a possibilidade de impedir a transformação do direito em pecúnia. É o princípio da efetividade, portanto, que ilumina as normas que deferem ao juiz a possibilidade de conceder tutela diversa da pedida para que um direito possa ser efetivamente tutelado. (MARINONI, 2004, p.490)

E por fim, eis que nossa intenção não é esgotar o tema e sim trazer apenas seus aspectos mais pertinentes à evolução do sistema processual, ao requerer a tutela preventiva, deve o autor se pautar na razoabilidade, pois “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” e continua o doutrinador,

o autor da ação inibitória, assim, deve requerer a ordem que imponha a consequência menos gravosa ao réu exatamente para que seja preservada a ideia de ‘justa medida’, que está indissociavelmente ligada à de justiça. (MARINONI, 2004, p.490)

7 CONCLUSÃO

Verificou-se, diante do surgimento dos novos direitos e da mudança de paradigma do “ter” para o “ser”, de que é possível a prática que ato ilícito puro, sem que ocorra conseqüentemente dano e que tais atos devem ser tratados de forma preventiva e não repressiva.

Desse novo norte assumido pelo ordenamento jurídico, passamos a falar em tutela preventiva (inibitória) e em tutela repressiva, estando aquela definitivamente constitucionalizada pelo artigo 5º, XXXV da Constituição Federal ao tratar do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional diante da “ameaça a direito”.

Todo o conteúdo aqui analisado teve o intuito de estabelecer que a tutela inibitória (preventiva) é a tutela com maior efetividade em caso de ameaça á prática de ato ilícito; que há direitos que o Estado Juiz não pode deixar para tutelar apenas após a prática da conduta ilícita, eis que tutelar o ato via tutela ressarcitória com o pagamento em pecúnia pode, na maioria das vezes, não ter qualquer efetividade quando se trata de direitos relacionados a saúde, meio ambiente, personalidade do indivíduo, dentre outros.

Deve o Estado Juiz conceder à parte, dentro do possível, o que ela conseguiria se a conduta fosse cumprida espontaneamente de forma lícita, e, hoje, concluímos que, das normas que o ordenamento jurídico processual coloca à disposição da parte, a tutela inibitória é a mais eficaz e célere para tutelar os direitos do “ser”.

Com a Constituição Federal e o originário inciso XXXV do artigo 5º, e posteriormente com a Emenda Constitucional 45/2004 e o inciso LXXVIII, a efetividade da prestação da tutela jurisdicional é uma realidade que o aplicador do direito não pode deixar em segundo plano, deve ser sim o fim buscado pelo Estado Juiz quando da prolação da sentença. Os novos direitos não são suficientemente tutelados pela tutela ressarcitória após a prática do dano, mas sim com a tutela de inibição da prática do ilícito. Ao direito é exigido que se adapte as novas necessidades da sociedade, e a utilização da tutela inibitória coaduna com isso.

8 REFERÊNCIAS

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

CAMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CINTRA, A.C.A; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GANGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito civil, Volume I: parte geral**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 2**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

L.A. BECKER. **Contratos bancários, Execuções Especiais**. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. As Novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para a Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5.ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. “**Notas sobre o problema da efetividade do processo**”. Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982, p.203-204.

SILVA, Ovídio Araújo Batista. **Processo e Ideologia – O paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.