

Considerações sobre a tutela inibitória^(*)

*Luiz Guilherme Marinoni^(**)*

1. Introdução

Em primeiro lugar eu gostaria de render as minhas homenagens ao professor René A. Padilla, notável jurista, que muito contribuiu para o engrandecimento do direito na Argentina e na América Latina. Quero, também, cumprimentar os Doutores Rodrigo Padilla e René E. Padilla, que coordenam este importante Congresso. Cumprimento, ainda, o meu amigo Álvaro Perez Ragone, estudioso ainda jovem mas de promissor futuro, agradecendo especialmente pela lembrança do meu nome para a participação neste evento, participação esta que, evidentemente, muito me honra e me traz alegria, notadamente por ter a oportunidade de conhecer os ilustres professores e juristas que aqui se encontram.

O tema da tutela inibitória, que me foi reservado, relaciona-se, basicamente, à necessidade de se garantir a integridade dos direitos, principalmente daqueles de conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, que não podem ser adequadamente tutelados através da via ressarcitória e do procedimento ordinário clássico, compreendido como o procedimento que não detém tutela antecipatória e que pode culminar apenas em uma das três sentenças da classificação clássica.

Para que tais direitos possam ser adequadamente tutelados é necessária a superação da idéia de que a única tutela contra o ilícito é a de reparação do dano, bem como a construção de um procedimento autônomo, capaz de garantir a prestação de uma tutela capaz de inibir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Tal procedimento, como é óbvio, deve ser dotado de tutela antecipatória e de uma modalidade de sentença que ordene sob pena de multa, espécie de sentença que não se enquadra nas definições de sentença declaratória, constitutiva ou condenatória, e que, justamente por isto, é definida como mandamental.

2. O processo civil clássico e a ausência de uma tutela capaz de impedir a prática do ilícito

^(*) Conferência proferida nas Jornadas sobre a responsabilidade civil, realizadas na Argentina

^(**) Luiz Guilherme Marinoni é Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná

O procedimento de cognição plena e exauriente, complementado pelas três sentenças da classificação trinária, é absolutamente incapaz de garantir uma tutela preventiva adequada.

Este modelo de “processo”, que pode ser chamado de “processo civil clássico”, além de refletir, sobre o plano metodológico, as exigências da escola sistemática, baseadas na necessidade de isolar o processo do direito material, espelha os valores do direito liberal, fundamentalmente a pretendida neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do fazer.

Um dos grandes obstáculos para a tutela preventiva está presente na própria classificação trinária, já que nenhuma das sentenças desta classificação tem a virtude de propiciar a tutela preventiva.

Como é sabido, o Estado liberal fez surgir um juiz despido de poder de *imperium* e que deveria apenas proclamar as palavras da lei. As sentenças da classificação trinária, todas elas *lato sensu* declaratórias, refletem esta idéia, já que não permitem ao juiz dar ordens.

Note-se que não é apenas a tutela declaratória *stricto sensu* que está comprometida com os valores do Estado liberal; a sentença condenatória igualmente obedece a esses valores, pois também atua apenas no plano normativo.

O juiz, através da sentença condenatória, além de declarar, aplica a sanção, abrindo as portas para a execução forçada. O que interfere, em concreto, no plano da realidade social, é somente a execução. Sem a ação de execução, aliás, a sentença condenatória ficaria reduzida a uma espécie de sentença declaratória.

Não há dúvida de que a idéia de jurisdição como função meramente declaratória está nitidamente comprometida com o princípio da separação dos poderes e, principalmente, com a relevância institucional que foi dada pelo direito liberal ao poder legislativo. A tutela *lato sensu* declaratória, neste sentido, apenas reafirmaria a vontade da lei e a autoridade do Estado-legislador; o juiz seria, em outras palavras, e como desejou Montesquieu, apenas a boca da lei.

Alguém dirá que o juiz, ao ordenar, também declara. Note-se, entretanto, que quando se diz que há uma ligação entre o princípio da separação dos poderes e a função declaratória da jurisdição não se nega que o juiz tenha que investigar a existência do direito afirmado para, depois, declará-lo. O problema está em se reduzir a função do juiz à declaração -

segundo o princípio de que “a ordem já estaria contida na lei”-, privando-o da possibilidade de dar ordens e de exercer *imperium*, o que faria retomar, aliás, segundo parte da própria doutrina francesa, o papel que era atribuído ao juiz francês anterior à Revolução Francesa.

É importante lembrar, com efeito, que a própria doutrina francesa chegou a afirmar que as *astreintes* invocam o papel que era reservado ao pretor romano e que, portanto, fariam surgir um juiz que não seria aquele que melhor se adaptaria ao princípio da separação dos poderes.

O temor de se conferir ao juiz poder para dar ordens pode ser melhor explicado através de uma comparação entre o nosso sistema e o da *common law*. Há na *common law* e, em particular, na disciplina do *contempt of Court*, algo que não se concilia com as bases do direito liberal, já que o juiz, armado de *contempt power* para sancionar suas próprias ordens, passa a exercer importante papel criativo, deixando de ser um mero burocrata.

Além disso, as figuras das sentenças declaratória e condenatória têm uma nítida relação com um Estado marcado por uma acentuação dos valores da liberdade individual em relação aos poderes de intervenção estatal, revelando, ainda, uma nítida opção pela incoercibilidade das obrigações.

O processo liberal, permeado pelos princípios da abstração dos sujeitos e da equivalência dos valores, não estava preocupado em assegurar o adimplemento *in natura*, ou em assegurar ao credor o bem que lhe era devido, mas apenas em garantir o natural funcionamento da economia de mercado, e para tanto bastava a tutela condenatória.

Não importava para o direito liberal a diferença entre as pessoas e os bens que deveriam ser tutelados na forma jurisdicional. A essa abstração, a essa indiferença, correspondia, no plano da sanção, a tutela ressarcitória, que, ao expressar em termos econômicos o valor equivalente ao da lesão, objetivava apenas garantir o natural funcionamento da economia de mercado.

Não tinha o direito liberal preocupação alguma com a tutela das posições sociais economicamente mais fracas, nem mesmo com a proteção de determinados bens que hoje merecem, em razão da sua imprescindibilidade para a inserção do cidadão em uma sociedade mais justa, tutela jurisdicional diferenciada. Como resultado disso a tutela não precisava ser específica, bastando apenas o reestabelecimento do valor econômico da lesão, isto é, a tutela ressarcitória.

Há uma íntima relação entre a ideologia liberal e a transformação do processo econômico, ou uma estreita ligação entre a

igualdade formal das pessoas, a concepção liberal de contrato e o ressarcimento do dano como sanção expressiva de uma determinada realidade de mercado. Se os homens são iguais e, assim, livres para se autodeterminarem no contrato, não cabe ao Estado, no caso de inadimplemento, interferir na relação jurídica, assegurando o adimplemento *in natura*. Os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo negativo, gozando desta natureza a tutela ressarcitória.

A sentença condenatória, compreendida como uma sentença que se liga à execução por sub-rogação, afasta-se da idéia de coerção sobre a vontade do obrigado. A correlação entre a condenação e a execução por sub-rogação, implícita no conceito clássico de sentença condenatória, tem um evidente compromisso com a ideologia liberal, já que evidencia que o juiz não pode atuar sobre a vontade do réu mediante o uso de coerção, privilegiando, assim, o valor da liberdade individual.

A sentença declaratória, enquanto tutela que regula apenas formalmente (sem interferir na esfera do particular) uma relação jurídica já determinada em seu conteúdo pela autonomia privada, também reflete a idéia de uma rígida delimitação dos poderes de intervenção estatal na esfera privada.

Na realidade, tanto a sentença declaratória, quanto a sentença condenatória, refletem não só as doutrinas que inspiraram o art. 1.142 do Código Napoleão, pelo qual toda obrigação de fazer e não fazer, em caso de inadimplemento, se resolve em perdas e danos, como também a ideologia que deu origem ao dogma de que a coercibilidade das obrigações constitui um atentado contra a liberdade e a dignidade dos homens.

A tutela declaratória, exatamente porque não determina um fazer ou um não fazer, é impotente para permitir a prevenção do ilícito e, principalmente, a tutela das novas situações jurídicas, que não raramente se revestem de conteúdo não patrimonial.

Tudo isto revela que o sistema clássico de tutela dos direitos não foi pensado para permitir a tutela preventiva, ou ainda que a doutrina clássica não se preocupava com a tutela preventiva dos direitos, o que certamente tinha relação com a idéia de que a única tutela contra o ilícito constituía-se na reparação do dano.

Se a tutela declaratória não é hábil para permitir a prevenção, e se a tutela condenatória tem um nítido escopo repressivo, não há possibilidade de se encontrar, dentro da classificação trinária das sentenças, uma via adequada para a tutela dos direitos não patrimoniais, o que revela uma total

incapacidade do processo civil clássico para lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea.

3. A tutela inibitória: premissa

Se é imprescindível uma tutela dirigida unicamente contra a probabilidade da prática do ilícito, é também necessária a construção de um procedimento autônomo e bastante para a prestação desta modalidade de tutela.

É preciso construir, em outras palavras, um procedimento que culmine em uma sentença que ordene sob pena de multa e que admita uma tutela antecipatória da mesma natureza.

Além disto, como é necessário isolar uma tutela contra o ilícito, requer-se a reconstrução deste conceito, que não pode mais ser compreendido como sinônimo de fato danoso.

A tutela inibitória é essencialmente preventiva, pois é sempre voltada para o futuro, destinando-se a impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação.

Trata-se de uma forma de tutela jurisdicional imprescindível dentro da sociedade contemporânea, em que multiplicam-se os exemplos de direitos que não podem ser adequadamente tutelados pela velha fórmula do equivalente pecuniário. A tutela inibitória, em outras palavras, é absolutamente necessária para a proteção dos chamados novos direitos, como reconhecem, no direito argentino, Noemi Lúcia Nicolau e Ricardo Luis Lorenzetti.

4. A tutela inibitória e os seus pressupostos

A tutela inibitória não tem o dano entre seus pressupostos. O seu alvo, como já foi dito, é o ilícito.

É preciso deixar claro que o dano é uma consequência meramente eventual do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para a configuração da obrigação ressarcitória, mas não para a constituição do ilícito.

Se o ilícito independe do dano, deve haver uma tutela contra o ilícito em si, e assim uma tutela preventiva que tenha como pressuposto apenas a probabilidade de ilícito, compreendido como ato contrário ao direito.

A doutrina mais moderna entende que a inibitória prescinde dos possíveis efeitos concretos do ilícito ou, mais precisamente, que tal espécie de tutela deve tomar em consideração apenas a probabilidade do ilícito.

Não há dúvida de que o ilícito, na maioria das vezes, torna-se visível em face de um dano, que é a sua consequência concreta. A inibitória, portanto, em grande número de casos, ainda que pensada como uma tutela voltada contra o ilícito, acaba por impedir a prática de um dano. Isto não quer dizer, porém, que não seja possível uma tutela inibitória dirigida apenas contra o ilícito.

Quando se pensa no ilícito olhando-se para o dano exige-se o elemento subjetivo – culpa ou dolo – para a configuração do próprio ilícito. O ilícito, se compreendido na perspectiva da responsabilidade civil, não apenas requer a presença do dano, como também exige – ao menos em regra – a presença do elemento subjetivo.

Contudo, compreendendo-se o ilícito como ato contrário ao direito, não há razão para se exigir o elemento subjetivo para a sua configuração. 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. Note-se que a culpa é um critério para a imputação da sanção pelo dano, sendo totalmente descartável quando se pensa em impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ato contrário ao direito. Se alguém está na iminência de praticar um ilícito cabe a ação inibitória, pouco importando se a culpa está presente.

É correto concluir, assim, que a tutela inibitória não tem entre os seus pressupostos o dano e a culpa, limitando-se a exigir a probabilidade da prática de um ilícito, ou de sua repetição ou continuação.

5. A tutela inibitória como corolário do direito constitucional de acesso à justiça

Afirma o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, que nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Tal norma, segundo a doutrina, garante a todos uma tutela jurisdicional adequada e efetiva; por tal razão é correto dizer que esta norma constitucional também garante a tutela inibitória.

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, um direito a uma tutela que seja capaz de evitar a violação do direito material.

Aliás, se a única sanção do ilícito fosse a ressarcitória, o próprio conceito de norma jurídica estaria comprometido, já que o direito não estaria sendo garantido adequadamente pela sanção presente na própria norma jurídica.

É por isto que não temos dúvida alguma em afirmar que o princípio geral de prevenção é imanente a qualquer ordenamento jurídico preocupado em efetivamente garantir - e não apenas em proclamar - os direitos.

6. A tutela inibitória negativa e a tutela inibitória positiva

Em alguns ordenamentos, como no italiano, em que a tutela inibitória não existe na dimensão que é proposta no direito brasileiro, costuma-se associar a tutela inibitória a uma ordem de não fazer.

A tutela inibitória, contudo, não visa apenas impedir um fazer, ou seja, um ilícito comissivo, mas destina-se a combater qualquer espécie de ilícito, seja ele comissivo ou omissivo. O ilícito, conforme a espécie de obrigação violada, pode ser comissivo ou omissivo, o que abre oportunidade, por consequência, a uma tutela inibitória negativa – que imponha um não fazer – ou a uma tutela inibitória positiva – que imponha um fazer.

Algo semelhante se passa no direito anglo-americano, que conhece as chamadas *prohibitory injunction* e *mandatory injunction*, a primeira consistindo em uma ordem que impõe um não fazer e a segunda em uma ordem que impõe um fazer. Como é sabido, o sucesso da *injunction* decorre da flexibilidade que a caracteriza, permitindo a sua adaptação aos mais diversos casos carentes de tutela. Assim, se uma determinada situação concreta requer a imposição de um fazer, impõe-se a *mandatory injunction*; em hipótese inversa, concluindo-se pela necessidade de uma ordem de não fazer, determina-se a *prohibitory injunction*.

7. Os artigos 461 do CPC e 84 do Código de Defesa do Consumidor: a tutela inibitória individual e a tutela inibitória coletiva

De acordo com o artigo 461 do Código de Processo Civil, “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”. Segundo o par. 4º deste artigo, o juiz poderá, na sentença ou

na tutela antecipatória, “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

Como está claro, o artigo 461 permite que o juiz ordene sob pena de multa, na sentença ou na tutela antecipatória. O artigo 461, em outras palavras, faz surgir um procedimento que desemboca em uma sentença que ordena sob pena de multa, por nós chamada de mandamental, e que viabiliza uma tutela antecipatória da mesma natureza. Como a tutela inibitória, para ser prestada, necessita de um procedimento deste tipo, é correto afirmar que o artigo 461 constitui o fundamento – em termos de instrumentos de tutela – da tutela inibitória individual.

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à tutela de todos os interesses difusos e coletivos, tem redação praticamente idêntica à do artigo 461 do Código de Defesa do Consumidor. Tal norma do Código de Defesa do Consumidor, portanto, funda a ação inibitória coletiva, permitindo uma tutela preventiva adequada em nível “coletivo”.

Em outros termos, há no direito brasileiro meios processuais idôneos para a construção de um procedimento capaz de viabilizar a tutela inibitória dos direitos individuais, difusos e coletivos.

8. Tutela inibitória e princípio da demanda

De acordo com o artigo 460 do Código de Processo Civil brasileiro, “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Contudo, o artigo 461 – assim como o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor – permite que o juiz imponha a multa, na sentença ou na tutela antecipatória, de ofício.

Além disso, o artigo 461 afirma que o juiz pode conceder a tutela específica ou determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Admite-se expressamente, assim, que o juiz deixe de atender ao pedido formulado pelo autor para determinar providência diversa, desde que voltada à efetiva tutela do direito material. Neste sentido, é possível ao juiz, ao invés de ordenar sob pena de multa a paralisação das atividades de uma fábrica que está poluindo o meio ambiente, ordenar a instalação de uma tecnologia capaz de evitar o prosseguimento da poluição. Vice-versa, e quando não for suficiente o uso de tecnologias capazes de conter a poluição, pode o juiz determinar a paralisação das atividades, ainda que esta não tenha sido pedida.

Uma vez que confere-se ao juiz, visando-se a obtenção da tutela adequada do direito material, uma ampla latitude de poderes, aplicam-se os princípios da efetividade e da necessidade.

Os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor nada mais são do que respostas do legislador infraconstitucional à necessidade de uma efetiva e adequada tutela dos direitos que não podem ser tutelados através da técnica ressarcitória. Tais normas foram desenhadas a partir da tomada de consciência de que o processo está submetido ao princípio da efetividade e que, assim, deve fornecer uma tutela efetiva àqueles que necessitam recorrer ao Poder Judiciário para ter os seus direitos protegidos.

Admitir-se o desenrolar de um contraditório que evidencia a existência de uma situação ilícita e negar-se ao juiz o poder de conferir a tutela jurisdicional adequada para a respectiva cessação é desconsiderar o fato de que as normas já referidas objetivam evitar, inclusive em nome da garantia de importantes direitos protegidos constitucionalmente, a degradação da tutela efetiva do direito material em ressarcimento em pecúnia. Se o juiz pode declarar o ilícito, e a tutela requerida não é suficiente para impedir o seu prosseguimento, negar a possibilidade da concessão da tutela adequada 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.

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

O princípio da necessidade, que se desdobra nos princípios da menor restrição possível e do meio mais idôneo - e que seria, segundo Karl Larenz, uma modalidade especial do princípio da proporcionalidade -, relaciona-se com a denominada “proibição de excesso”. Pensando-se em “proibição de excesso” surgem as idéias de “equilíbrio” e de “justa medida”,

que destinam-se a evitar que o direito do autor seja tutelado mediante a imposição de medidas excessivas ao demandado.

Como afirma Larenz, a idéia de “justa medida” tem uma relação muito íntima com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível. O autor da ação inibitória, assim, deve requerer a ordem que imponha a consequência menos gravosa ao réu exatamente para que seja preservada a idéia de “justa medida”, que está indissociavelmente ligada à de justiça.

9. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito

Se não há dúvida de que há direito a uma tutela capaz de impedir a prática do ilícito, também não deve haver discussão acerca da possibilidade de uma tutela destinada a remover um ilícito ou a eliminar uma situação de ilicitude, ainda que dano não tenha sido produzido.

Uma vez aceita a distinção entre ilícito e fato danoso, sendo este último uma mera consequência do primeiro, fica fácil perceber que em alguns casos há a necessidade de uma tutela voltada a remover um ilícito ou a eliminar uma situação de ilicitude.

É o caso da apreensão de produtos nocivos à saúde do consumidor. A exposição para venda de um produto nocivo à saúde do consumidor configura ilícito, não obstante os eventuais danos que possam ser provocados aos vários consumidores em razão das vendas ilegais. Esta tutela destina-se a remover o ilícito, e não a evitá-lo, tarefa que, como visto, incumbe à inibitória.

Se um dos legitimados à ação coletiva, por exemplo uma associação de defesa dos consumidores, depara-se com a exposição à venda de produtos nocivos à saúde do consumidor, podem ser propostas as seguintes ações: a) coletiva de remoção do ilícito, na qual o juiz deve determinar a apreensão das mercadorias; b) coletiva inibitória, na qual o juiz deve ordenar que o produto não seja mais exposto à venda; c) e, se danos foram provocados aos consumidores, coletiva para a tutela ressarcitória de direitos individuais homogêneos, na qual o juiz fixará o dever de indenizar, surgindo como necessária uma fase subsequente para apurar a existência e o valor dos danos acarretados a cada um dos consumidores.

Como se vê, há, ao lado da inibitória, uma tutela destinada a remover o ilícito, e não apenas a inibi-lo. Esta tutela, como é evidente, não se

confunde com a ressarcitória, pois não tem por escopo ressarcir um dano, mas sim eliminar uma situação de ilicitude, que pode ou não ter gerado um dano.

No direito brasileiro, o juiz, na sentença ou na tutela antecipatória, está autorizado a determinar as medidas necessárias para que o ilícito seja removido. Tais medidas, determinadas na própria sentença, devem ser cumpridas por um terceiro ou por um auxiliar do juízo, independentemente da propositura de uma ação de execução. A sentença, no caso, já tem executividade intrínseca, permitindo a expedição de mandado para que o terceiro ou o auxiliar do juízo pratiquem os atos necessários para que o ilícito seja removido. Neste caso a sentença é definida como executiva, e não como condenatória.

10. Conclusão

Finalizando, eu gostaria de novamente cumprimentar os coordenadores deste Congresso, dizendo que é uma grande satisfação estar aqui ao lado dos colegas e amigos argentinos, que tanto têm contribuído para o aperfeiçoamento do direito na América Latina. Muito obrigado.