

FDV
MESTRADO EM GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO
PROCESSO

ELVIO FERREIRA SARTÓRIO

TUTELA PREVENTIVA-CONDENATÓRIA NOS DEVERES
JURÍDICOS DE FAZER E NÃO FAZER: TÉCNICA DE
EFETIVIDADE E SEGURANÇA

VITÓRIA
2005

FDV
MESTRADO EM GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO
PROCESSO

ELVIO FERREIRA SARTÓRIO

TUTELA PREVENTIVA-CONDENATÓRIA NOS DEVERES
JURÍDICOS DE FAZER E NÃO FAZER: TÉCNICA DE
EFETIVIDADE E SEGURANÇA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais – Área de concentração: Garantias Constitucionais do Processo, sob a orientação do Prof. Doutor José Roberto dos Santos Bedaque.

VITÓRIA
2005

FDV
MESTRADO EM GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO
PROCESSO

ELVIO FERREIRA SARTÓRIO

TUTELA PREVENTIVA-CONDENATÓRIA NOS DEVERES
JURÍDICOS DE FAZER E NÃO FAZER: TÉCNICA DE
EFETIVIDADE E SEGURANÇA

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor José Roberto dos Santos
Bedaque (Orientador)

Professor Doutor Marcelo Abelha Rodrigues

Professor Doutor Carlos Alberto Carmona

Vitória, ____ de _____ de _____.

Dedico esta dissertação a Deus e meus familiares que tanto amo;

À Minha Aline, que merece uma dedicatória exclusiva por tudo que significa no meu dia a dia;

Aos meus amigos do curso de mestrado que me proporcionam a cada dia novas e profundas reflexões;

À minha eterna Faculdade de Direito de Vitória que participou de todos dos dias da minha caminhada pela busca do saber jurídico.

Meu agradecimento especial ao Prof. Bedaque, que me honrou com sua orientação e me ensinou, com seu exemplo, o quão importante é dominar o saber e compartilhá-lo sem egoísmo;

Outro especial agradecimento aos meus professores e amigos Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge, pelo que representam em toda minha formação jurídica e humana.

Aos amigos de mestrado: Zaca, Marcela, Bruna, Zenkner, Stan, Renata, Fábio, Eliana, Varella e Willian, Lígia, que me permitiram diversos momentos felizes em minha vida.

RESUMO

Trata-se da tutela preventivo-condenatória, modalidade de atuação do processo com base na ameaça de lesão à direito, antes da ocorrência de ato ilícito. O propósito do estudo é buscar características do instituto frente às demais modalidades de atuação da tutela jurisdicional. Analisa-se, também o instituto à luz da classificação das sentenças – declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas-. Com direcionamento na efetividade – processo civil de resultado – há espaço para identificar contornos apropriados para aplicação da prevenção com o uso dos mecanismos coercitivos e sub-rogatórios, acrescentando-se, por fim, a necessidade de trabalhar a efetividade do processo sem abrir mão da segurança que permeia as relações jurídicas.

ABSTRACT

This is a guardianship condemnatory-preventive, a modality of process performance based on the threat of a Rights rupture, before the incident of an illicit act. The main proposal of this study is searching for characteristics of the subject comparing to the other modalities of legal guardianship. Besides, this subject is analyzed under the focus of the sentences: declaratory, constituents, condemnatory and executives. Directed by effectiveness (results-driven civil process) there is space to identify contours adapted for the application of prevention using the coercive and substitutive mechanisms. Finally, the study broaches the need to work effectively in the process without discarding the security that permeates the juridical relationships.

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação versa sobre tutela preventiva, tema que pertence aos estudos atuais do “processo civil de resultado”.

Ao falar em tutela preventiva, no bojo desta dissertação, estar-se-á fazendo referência à tutela prestada pelo processo com aptidão para impedir que uma ameaça a direito se configure em ato ilícito e, conseqüentemente, carreie dano injusto a alguém.

Registra-se, de imediato, que a tutela preventiva é também denominada de tutela inibitória por força dos estudos do Prof. Luiz Guilherme Marinoni (2003). Usualmente haverá o emprego do termo tutela preventiva por apresentar mais facilmente o aspecto teleológico do instituto, porém, nalguns momentos, haverá o uso do termo tutela inibitória como sinônimo de tutela preventiva.

A importância deste estudo, com efeito, é buscar delinear os aspectos principais da forma preventiva de tutela, que ganha relevo nos dias atuais, principalmente com o surgimento dos denominados novos direitos e da conscientização de que nem sempre a tutela reparatória ou repressiva é adequada à proteção.

Outrossim, a importância desta tutela é ímpar quando se observa que ela faz uso dos mecanismos coercitivos (mandamentais) e sub-rogatórios (executivos *lato sensu*) que estão, recentemente, previstos na legislação pela redação dos arts. 84 do CDC e 461 do CPC.

Com a previsão dos mecanismos dos citados dispositivos, é possível dizer que a tutela preventiva, em especial, atua antes da existência do ilícito por meio de mecanismos diferenciados (coerção e sub-rogação), permitindo que se faça o conhecimento e a execução do direito, sem necessidade de posterior ajuizamento do processo de execução.

A presente dissertação buscará, com tal tema, traçar características da tutela preventiva, afastando-a de outros institutos processuais, tais como tutelas antecipadas e cautelares, investigando, sobretudo, seu âmbito de atuação frente à nova tendência de classificação das sentenças em declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu*.

Para não cuidar de problemas que ultrapassem a possibilidade deste estudo, fixar-se-ão os limites investigativos nos problemas relacionados aos deveres jurídicos de fazer e não fazer.

Ademais, avulta a importância de estudar todos esses elementos de efetividade com olhos críticos ao valor da segurança jurídica dos julgados, haja vista que apenas agregar ao processo celeridade nem sempre há de resultar em julgamento justo.

O problema central da presente pesquisa é responder quais são os contornos de aplicabilidade da tutela preventiva e quais limites devem ser respeitados para que se permita a sua atuação com segurança.

Dessa forma, o presente trabalho possui os seguintes objetivos: a) investigar a mudança do pensamento dos estudos processuais e verificar qual é o reflexo na tutela dos direitos e no surgimento da tutela preventiva; b) identificar como o processo civil atual está modificando seu funcionamento clássico, dos moldes de ação condenatória com necessidade de execução, com escopo meramente reparatório, para uma nova tendência de proteger sem reparar e sem processo executivo; c) identificar os aspectos necessários à configuração da tutela preventiva e dos seus requisitos; d) apresentar, no âmbito das discussões acerca da classificação das sentenças, onde está a tutela preventiva, a fim de entender melhor seu nicho de atuação; e) fazer um estudo dos mecanismos de coerção e sub-rogação que propiciam essa tutela, a fim de entender como ela deve ser atuada; f) apresentar, por fim, alguns aspectos da limitação da atividade jurisdicional no momento da concessão da tutela preventiva a fim de delinear critérios importantes da segurança jurídica para impedir que esta tutela se caracterize como processo civil do autor em desprezo do réu.

2 DIREITO PROCESSUAL CIVIL SINCRÉTICO, AUTONOMISTA E INSTRUMENTALISTA: MUDANÇAS DE PARADIGMAS

2.1 O DESENVOLVIMENTO DAS ESCOLAS PROCESSUAIS E O AFASTAMENTO DO DIREITO E PROCESSO

O estudo das tutelas preventivas depende da compreensão do próprio processo civil contemporâneo. Tal constatação defluiu das mudanças ocorridas no desenvolvimento da ciência processual, que, de uma forte mirada aos pensamentos conceituais abstratos (escola científica), retorna, hoje, ao estudo mais aproximado da realidade da qual se afastou indevidamente.

Para melhor compreender o que se pretende neste capítulo, é mister advertir que o processo civil, pedagogicamente, é dividido em diversas etapas históricas, o que viabiliza, até mesmo, enxergar algumas tendências e peculiaridades, que permitiram a alguns estudiosos classificá-las, de tempos em tempos, em “escolas processuais”.

Essa pluralidade de pensamentos das escolas processuais segue a lógica de que o processo civil é ramo pertencente a uma categoria maior, que é a própria ciência do Direito, ou seja, “micro-ramo” das ciências humanas, e, com efeito, importa dizer que, juntamente com as próprias relações do homem, a cada dia o tempo lhe permite evoluções ou retrocessos.

Nessa crescente evolução do pensamento processual, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1992, p. 295) afirma que o processo, de tão antigo que é, se perde na própria lembrança do passado, ou o processo “se perde na noite dos tempos”¹ tão longínqua que é a relação homem-processo. A comprovação dessa assertiva,

1 “Se pierde en la noche de los tiempos (...)”(ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO; 1992, p. 295).

certamente, se materializa ao lembrar-se de figuras legais antiqüíssimas, como o código de Hamurabi, na Mesopotâmia.

O processo, portanto, é algo que o homem conhece desde os seus dias primeiros, é derivação da constante necessidade de regradar ou procedimentalizar os atos humanos.

O problema do processo, na condição de organizador de atividades com início meio e fim, é que seu surgimento se deu antes no plano pragmático e só depois no âmbito científico², e isso dificultou em muito determinar seus contornos e institutos.

Com essa ressalva, basta observar que o processo surge na condição de pura ritualística, não se distinguindo do direito material. Muito pelo contrário, a obtenção de um direito é exatamente a obediência aos ritos exigidos para conseguir a graça e afastar a desgraça dos deuses.

Esse processo, que se misturava com o próprio direito, esteve intimamente atrelado ao enveredamento ao misticismo (sincretismo). Se o direito, nos primórdios da humanidade, é ofertado por deuses e oráculos, pode-se afirmar que o processo é parte da obtenção da promessa divina; a ritualística nessa época é obrigatória para alcançá-la.

Apenas exemplificando, a Bíblia é elemento vivo da história do homem em meios aos ritos. Verdadeiramente, os textos sagrados, quando utilizados pelo homem para alcançar a vontade divina, confundiam o próprio procedimento com a consecução de um direito. Há diversas passagens na Bíblia Sagrada que ilustram tais apontamentos, mas uma, a que foi escolhida para ser transcrita, demonstra, cristalinamente, que algumas das figuras mais conhecidas de nossa história tiveram de se submeter ao procedimento (ritual) correto para obter as promessas do Deus dos Judeus e dos Cristãos.

² É o que diz o prof. Bedaque: "Até meados do século XIX, o direito processual inexistia como ciência. A ação era considerada um aspecto do direito material, ou um direito nascido da sua violação." (BEDAQUE; 2003, p. 24)

2E APROXIMARAM-SE os dias da morte de Davi; e deu ele ordem a Salomão seu filho, dizendo: 2 Eu vou pelo caminho de toda terra; esforça-te, pois, e sê homem. 3 E guarda a observância do Senhor teu Deus, para andares nos seus caminhos, e para guardares os seus estatutos, e os seus mandamentos, e os seus juízos, e os seus testemunhos, como está escrito na lei de Moisés, para que prosperes em tudo quanto fizeres, para onde quer que te voltares. (I REIS; 11.38)

O conselho do rei Davi, ao seu filho Salomão, identifica que receber o direito prometido era, por tudo, a obediência ao bom procedimento, o que, se desrespeitado, indicaria até mesmo a retirada do que lhe foi entregue. Essa espécie de simbiose entre o direito e o “processo” (sincretismo) perdurou por séculos, e só começou a ocorrer uma mudança de paradigma quando nasceu de um momento ímpar, o ambiente propício ao desenvolvimento de uma escola científica processual.

Esse momento, no qual o direito processual pôde “nascer”, no sentido científico, é a publicação, no ano de 1868, da obra de Oscar Von Büllow, decorrente da intensa polêmica dos debates de Windsheidth e Muther. A empreitada da obra de Büllow viabilizou (e fomentou) uma incansável jornada do estudo processual, em busca de sua franca autonomia (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1992, p. 308)³ do direito substancial.

É inegável que, naquele período, o processo civil ganhou contornos de estudo científico, direcionando suas energias para alcançar as mais puras definições sobre os institutos processuais da Ação, Jurisdição, Processo, etc.

A busca do caráter científico do processo é visível, por exemplo, nas obras de Wach, Chiovenda, Carnelutti, Goldschmidt, etc. Também é nítido que, nesses estudos conceituais abstratos dos institutos processuais, houve o afastamento do processo e do direito material; sai o processo de um período de sincretismo jurídico para um período científico (BEDAQUE; 2003, p. 25-26), carregando a boa nova de que se descobriu uma ciência jurídica autônoma, mas que se descuidou por esquecer a sua relação necessária com o direito substancial.

3 No mesmo caminho, diz Dinamarco: “A ciência processual teve nascimento na obra de Von Büllow sobre as exceções e pressupostos processuais, publicada na Alemanha, em 1898.” (DINAMARCO; 1986, p. 12)

A crítica que mereceu esse período foi a de que, embora extremamente frutificante conceitualmente, pouco foi seu desenvolvimento no plano da entrega de uma tutela justa e efetiva, o que forçou o processo atual a mudar os rumos de seus estudos para uma fase que se pode indicar como instrumentalista, permeada por estudos direcionados a uma (re) aproximação do direito com o processo, não para voltar ao sincretismo (BEDAQUE; 2003, p. 26), mas para dar novo valor a um processo que estava de “alma vazia”.

Esse ponto de vista é muito bem expressado por Flávio Luiz Yarshell (1993, p. 15-17), que coloca em destaque o momento da consciência instrumental do processo:

Atingido tal nível de desenvolvimento, o direito processual, bem caracterizado como ciência autônoma, chegou a um terceiro momento metodológico, onde tem destaque o caráter instrumental do processo como pólo irradiador de idéias e coordenador de institutos. Nessa perspectiva, considerando por um lado sobredito desenvolvimento, e por outro lado um certo abuso do conceitualismo e das abstrações dogmáticas, preconizou-se o repúdio às investigações desprovidas de ‘endereçamento teleológico’, pondo-se em destaque a instrumentalidade do sistema processual com o direito material e com os valores sociais e políticos da nação. (YARSHELL; 1993, p. 56-57)

Nos tópicos seguintes, abordar-se-á o afastamento do binômio processo-direito material nos estudos clássicos do conceito de Jurisdição; em seguida, o mesmo no tocante aos estudos do princípio do devido processo legal, que apenas na contemporaneidade identifica forte tendência a amoldar-se ao direito substancial.

2.2 O DESENVOLVIMENTO DAS ESCOLAS PROCESSUAIS E O AFASTAMENTO DO DIREITO E PROCESSO

2.2.1 As teorias da jurisdição e o afastamento do direito material: dualidade de pensamentos entre a substitutividade e a justa composição da lide

Ao abordar o direcionamento dos estudos processuais ao ápice do cientificismo, torna-se bastante evidente a busca pelos conceitos abstratos dos institutos

científicos. Essa certificação não sugere que o cientista que está comprometido com o viés abstrato dos estudos é vazio de valor, porém, no ambiente atual do mundo e dos estudos do direito, a cada dia mais, clama-se por conciliar o estudo teórico ao momento prático de sua utilização.

Assim, longe de tolher quem busca identificar conceitos, não se pode esquecer de alertar que o processo civil, consoante linhas anteriores, é departamento da ciência do Direito, contida nas Ciências Humanas por excelência, implicando dizer que é um dos ramos mais experimentais da ciência jurídica; falar em processo é pensar no direito em movimento à espera da pacificação na sentença, é concretizar o direito.

Com peculiar facilidade de síntese e precisão de palavras, o professor Cândido Rangel Dinamarco expressa de forma imbatível a dualidade de estudos acerca do instituto Jurisdição e a influência sentida pelas correntes capitaneadas por Chiovenda e Carnelutti na história do direito processual.

Tradicionalmente até tempos bem recentes, acreditava-se que o sistema processual tivesse uma finalidade puramente jurídica, sendo ele, em resumo, um instrumento a serviço do direito material. Confrontavam-se a propósito duas conhecidíssimas posições metodológicas que fizeram escola na primeira metade deste século. Uma delas sustentava que a jurisdição tem o *escopo de atuar a vontade concreta da lei*, ou seja, ela seria exercida com o objetivo único de propiciar a realização prática do direito nos casos trazidos a juízo, não competindo aos juízes a *criação* de normas jurídico-substanciais (Chiovenda). A outra dessas doutrinas sustentava que a norma de regência de cada conflito só se considera perfeita e acabada por obra da sentença, sendo o direito material insuficiente para a *composição da lide*; conseqüentemente, o escopo do processo seria a *justa composição da lide* (Carnelutti). Nenhuma dessas teorias cuidava de examinar o sistema processual pelo ângulo externo e metajurídico, nem de investigar os substratos sociais, políticos e culturais que legitimam sua própria existência e o exercício da jurisdição pelo Estado. Atuar a vontade concreta da lei ou dar acabamento à norma de regência do caso são visões puramente jurídicas e nada dizem sobre a utilidade do sistema em face da sociedade. (DINAMARCO; 2001, p. 125-126)

Embora não exista, segundo a opinião do respeitado professor, repercussão imediata dos estudos conceituais de Jurisdição, houve incansável tentativa de delinear seus contornos, especificamente para refinar as idéias de independência dos Poderes idealizada pela teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu.

2.2.1.1 Teoria da substitutividade

Em seus estudos teóricos, Chiovenda entendeu por mais adequado firmar o elemento ontológico da Jurisdição na atuação substitutiva da vontade da lei pelo juiz imparcial⁴. Com efeito, isso resta claro nas linhas primeiras de sua investigação:

Pode definir-se jurisdição como a *função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.* (CHIOVENDA, 1998, p. 8)

Chiovenda parte de uma premissa de análise: a jurisdição como substituição de atividade (CHIOVENDA, 1998, p. 15), o que a distancia metodologicamente da atividade administrativa que não substituiu vontade em seus julgamentos. Por esse pilar pode-se afirmar que tanto o juiz como o administrador julgam, *mas só o juiz substitui a vontade alheia*, pois “Na jurisdição fala-se de juiz na segunda acepção, isto é, ‘juiz em *causa alheia*” (CHIOVENDA, 1998, p. 17). “É o que falta à administração. Administrar é uma atividade por si mesma imposta direta e imediatamente pela lei a órgãos públicos” (CHIOVENDA, 1998, p. 17-18). E, em seguida, arremata que “Pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força própria, automaticamente” (CHIOVENDA, 1998, p. 17). Dessa forma, fica explícito para Chiovenda que a norma é meio para o administrador agir, e para o juiz é fim, é momento de aplicação (CHIOVENDA, 1998, p. 18).

Embora existam críticas⁵ ao pensamento chiovendiano, ele frutifica e ainda é considerado o mais adotado pelos estudiosos do tema.

4 “a mim se me afigurou que o critério realmente diferencial, correspondente, em outros termos, à essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição” (CHIOVENDA, 1969, p.10-11).

5 Eduardo Couture é um dos que asseverava algumas palavras reprovadoras ao pensamento Chiovendiano: “*em los otros casos em los cuales no hay tal sustitución: la sentencias inherentes al estado civil, no son sustitutivas de la actitud omisa de las partes*” (COUTURE, 1993, p. 39)

2.2.1.2 Teoria da justa composição da lide

Ladeando o pensamento da substitutividade é que vem a lume, com grande influência, a teoria da justa composição da lide, que é defendida por Francesco Carnelutti.

É reconhecido que sua obra está calcada na concepção de lide; porém, em sua sistematização, Carnelutti finca ponto de partida para chegar ao tão difundido conceito: antes de lide é necessário falar de interesse. Carnelutti aborda o problema do homem no mundo e seu interesse voltado aos objetos dos quais necessita. Para Carnelutti (2000, p. 55), o homem, ao mirar um objeto, demonstra interesse, e, nessa visão “interesse não significa um juízo, mas uma posição do homem, ou mais exatamente: a posição favorável à satisfação de uma necessidade”.

Em seqüência, conclui que o homem tem posição de necessidade diante de um objeto; desta posição (necessidade) verifica-se o interesse. Informa, no entanto, que, se houver mais de um sujeito cobiçando o mesmo objeto, surge o conflito de interesses. Conflito de interesses, na concepção carneluttiana, é posição de necessidade para com um objeto possível de satisfazê-la, observando-se outro sujeito na mesma posição de interesse, com o mesmo objeto (CARNELUTTI, 200, p. 60-61).

Então, à pretensão do titular de um dos interesses em conflito se opõe a resistência do outro (*infra*, nº 124). Quando isto acontecer, o conflito de interesses se converte em litígio. *Chamo litígio ao conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro.* (CARNELUTTI, 2000, p. 93)

Esse é um dos pontos áureos de todo o processo civil, o conceito carneluttiano de lide⁶.

⁶ Não se afirma, porém, que o conceito de Carnelutti é isento de críticas. Por todos, Enrico Tullio Liebman: “Entretanto esta definição da lide, como sendo mérito da causa – e deixamos de considerar aqui outras aplicações que faz **Carnelutti** de sua referida doutrina, pode ser aceita, a meu ver, só com alguns detalhes [...] Para o processo, interessa o que for nele deduzido efetivamente e

Delineado o que é lide, vislumbra-se que, de acordo com a idéia elaborada por Carnelutti (2000, p. 354), em seu “Sistema”, o processo “consiste exatamente na composição do litígio”⁷.

Embora sustente tal posicionamento, o próprio Carnelutti admite processo jurisdicional sem existência de lide. Carnelutti dá exemplo, lembrando o caso do processo de nulidade do matrimônio ajuizado pelo órgão ministerial (2000, p. 362); Todavia, segundo ele mesmo, tal questão não lhe invalida principiologicamente a idéia de que a jurisdição serve à composição da lide⁸.

De tudo o que Carnelutti expôs, certamente que ficou à mercê das críticas, ele mesmo as reconheceu. Interessante é o posicionamento do professor de Milão Crisanto Mandrioli (MANDRIOLI, 1998, p.13), que afirma que o pensamento carneluttiano o trai, porque, ao afirmar o conceito de jurisdição pela lide, apenas tirou o foco da idéia de Chiovenda, mas dela não se desvencilhou, já que a composição da lide se dá por meio da atividade substitutiva⁹.

2.2.1.3 Comentários sobre os estudos teóricos da Jurisdição

Conforme esboçado pelo prof. Dinamarco (*supra*, 2.2.1), em linhas anteriores, houve uma grande influência dessas teorias nos estudos do Direito sem que o aspecto prático fosse apreciado com a devida relevância.

não importam os outros fatos que podem ocorrer pelo mundo a fora.” (LIEBMAN, 2001, p. 96-97). Em seguida, o prof. Liebman conclui que: “Podemos, pois, concluir que estava com razão *Calamandrei*, quando afirmava que a lide, tal como a entende *Carnelutti*, é conceito sociológico e não jurídico. O conflito de interesses **existente entre** as partes fora do processo é de fato a razão de ser, **a causa remota**, não o objeto do processo.” (LIEBMAN, 2001, p. 99)

⁷“fim específico da função processual aparece na composição do litígio” (2000, p. 355).

⁸ “A existência de processos sem litígio que, por conseguinte, não é aqui de modo algum negada, não oferece, entretanto, o menor argumento contra a concepção do litígio”(CARNELUTTI; 2000, p. 362)

⁹ Nas palavras do próprio professor Crisanto Madrioli, “*Se si tiene presente che la <<lide>> nel senso tecnico carneluttiano non è altro che la posizione di contrasto che due o più soggetti assumono rispetto ad un diritto, appare evidente che tale posizione di contrasto in tanto sussiste in quanto si postula da uno o più di quei soggetti la lesione di una norma sostanziale ad opera delgi altri.*” (1998, p. 13)

Certamente que outras teorias foram explicadas pelos mais ilustres processualistas: alguns sustentaram o equívoco das duas principais e consideraram que a Jurisdição é distinguida pela formação de coisa julgada, tal como propuseram Enrico Allorio (1957, p. 23)^{10 11} e Eduardo Couture (1993, p. 36)¹²; outros, como Jaime Guasp (1998, p. 28-29)¹³, buscam conciliar posições, indicando que o processo, ao atuar a Jurisdição, é *“un instrumento de satisfacción de pretensiones”* (GUASP, 1998, p. 31)¹⁴.

A jurisdição foi exaustivamente estudada em seu viés científico, com desiderato de oferecer ao processo jurisdicional conceito mais depurado (DINAMARCO; 2001, P.125), porém hoje não se tolera mais “especular por especular”. Medem-se esforços para encontrar, hoje, os meios adequados para fazer valer a expressão de Chiovenda de que a jurisdição se expressa na aplicação substitutiva da vontade concreta da lei. É a prioridade de aproximação da Jurisdição ao concreto que se busca com os novos escopos processuais e que não de ser analisados adiante.

Com todo o esforço teórico imprimido em seus estudos, parece que Chiovenda (CHIOVENDA, 2002b, p.67) foi mais sensível aos problemas do direito material quando afirmou que “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a

10 *“Io non dico ancora, qui, d'aderire all'idea di Chiovenda. Sara manifesto, nell'ulteriore sviluppo della mia esposizione, come io arrivi a un risultato vicino a quello del Chiovenda, per un itinerario tuttavia abbastanza insolito, additatomi dalla teoria generale del diritto, e cioè ricavando non l' idea della giurisdizione in senso proprio da quella del diritto soggettivo, sibbene la seconda dalla prima: di guisa che credo di potere piuttosto parlare d'una finale coincidenza tra pregevole dottrina di Chiovenda e la mia opinione, Che non d'um'adesione da me prestata a quella dottrina”.* (ALLORIO, 1957, p.23)

11 *“(...) nessuna classificazione degli atti statali possa, appunto, rscuscire piu fruttuosa di quella che li raggruppa in atti giurisdizionali, cui consegue la formazione della cosa giudicata, da um lato, e in atti amministrativi, spovvisti di quella efficaci, d' altro lato.”* (ALLORIO, 1957, p. 33).

12 *“La cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si e lacto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada es jursidiccional. No hay jursdicción sin autoria de cosa juzgada”.* (COUTURE, 1993, p. 36)

13 *“Ahora bien, se puede hacer una critica común de todas teorías que definen el processo com esta orientación diciendo de ellas que resultan materialmente excessivas y formalmente insuficientes.”* (GUASP, 1998, p. 28)

14 De acordo com Osvaldo Gozaíni, Eduardo J. Couture já defendera algumas das idéias semelhantes às de J. Guasp. Adverte Gozaíni, no entanto, que as concepções de Guasp se calcavam em teorias e termos que apresentavam problemas de interpretação, motivo, inclusive, que teria feito Couture abandonar a idéia (GOZAÍNI, 1992, p. 25-26).

quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”¹⁵

2.2.2 O devido processo legal formal e o devido processo legal substancial: possibilidade de reaproximar o processo civil do plano social

Em seqüência ao estudo das teorias da jurisdição, é preciso tecer comentários sobre o princípio do devido processo legal. Essa obrigatoriedade tem seus motivos, pois que o devido processo legal é princípio que norteia as atividades processuais ao longo dos tempos. Ao estudar suas premissas, verifica-se que no passado sua garantia era limitada a franquear aos jurisdicionados um processo formalmente justo, mas hoje a tendência é a de afirmar que o processo legal é o que garante também as *decisões materialmente justas*, havendo, com isso, forte tendência a mudar os escopos da própria Jurisdição para um maior comprometimento com a pacificação social.

A garantia do processo legal, no sistema pátrio, é incontestável uma vez que a Constituição Federal de 1988 o elevou à condição de verdadeira garantia fundamental (cláusula pétrea) no art. art. 5º, LIV. De toda forma, nas linhas seguintes, apenas se apresentarão alguns contornos do instituto, que foi originado em solo inglês, frutificou em terras norte-americanas e foi acolhido em terreno brasileiro.

2.2.2.1 O devido processo legal no sistema da common law

Para compreender o alcance do devido processo, é impreterível checar algumas informações sobre o seu surgimento e desenvolvimento.

¹⁵ O direito processual desfruta de autonomia científica, para efeitos pedagógicos, mas sua compreensão só se torna útil quando se volta para determinar de que modo o processo pode

O devido processo legal (*due process of law*) surge para o sistema jurídico no âmbito da *common law*, especificamente, no reino britânico.

O aparecimento dessa garantia sobressai de elementos da história mundial que permitem que os jurisdicionados de diversos sistemas tenham garantias que hoje são consideradas habituais, mas que outrora constituíram conquistas inimagináveis aos direitos dos homens.

Os registros explicam que, por meados dos anos de 1189 e 1190, o rei inglês Ricardo Coração de Leão deixou seu reino para combater nas Cruzadas ao Oriente (READ, 2001, p.184-186). As Cruzadas significaram um misto de justificativa religiosa de libertação de Jerusalém (Terra Santa) dos não cristãos e uma justificativa para a abertura de uma rota terrestre para a busca de especiarias (READ, 2001).

A ausência de Coração de Leão possibilitou a ascensão ao trono inglês de seu irmão, João sem Terra. A história revela que Sem Terra traiu o irmão, que, ao retornar das batalhas, dele retoma a coroa. Sabe-se, ainda, que Coração de Leão, antes de morrer, perdoa ao irmão, que o sucede no trono britânico.

Dessa forma, foi que João sem Terra ascendeu legitimamente, no ano de 1199, ao trono inglês e começou a experimentar na prática, dia após dia, sua política obtusa de opressão, especialmente com a majoração incansável da tributação, o que gerou uma situação insustentável aos seus súditos.

Em meio a essa situação foi que a nobreza inglesa, em um forte movimento, insurgiu-se contra o poder opressor, obrigando o rei, no ano de 1215, a assinar uma carta com previsão de algumas das garantias mais importantes em favor daqueles súditos, e que se expandiu em proporção quase universal, persistindo até hoje nas leis ocidentais.

Por causa da assinatura deste documento, a *Magna Charta Libertarum*, é que, na Inglaterra, soa o eco das liberdades fundamentais do homem. Desde a assinatura da Carta Magna, o mundo ocidental tem conhecimento da figura do **(i)** *habeas corpus* que é garantidor e protetor das liberdades; **(ii)** da proibição da tributação arbitrariamente decidida pelo rei (ou executivo), confirmando-se essa prerrogativa ao parlamento (casa legislativa) e; **(iii)** nesse documento é que se tem nascitura a garantia expressa, na cláusula 39¹⁶ 17, de que *todos devem ser julgados por seus pares (iguais) e pela lei da terra*, que é o germe do princípio do devido processo legal (DAVID, 2002, p. 500).

A Carta Magna, ao prever em verbos expressos que ninguém seria julgado senão pelos seus pares (germe para uma idéia de juiz natural) e por meio da lei da terra (legislação comum a todos), firmou o entendimento e a garantia de que o processo judicial deve impreterivelmente desenvolver-se em meio a uma ritualística convolada de legalidade (segurança jurídica).

O processo legal, contudo, não ficou restrito aos limites das ilhas britânicas e tal assertiva tem confirmação quando se consulta o texto constitucional dos Estados Unidos da América e se extrai nitidamente a garantia do devido processo legal (*due process of law*) nas emendas V¹⁸ e XIV¹⁹ daquela Constituição.

Importa esclarecer que o tratamento do *due process*, em solo americano, não se limita à repetição do que ficou avençado no reino inglês, já que fez menção ao devido processo legal, só que agora com um escopo novo, que é a garantia de uma

16 "No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land."

17 Complementa-se que o termo devido processo legal (*due process of law*) surge expressamente no reinado de Eduardo III. (BARBOSA MOREIRA, 1992, p. 248)

18 "No person shall be held to answer for a capital or othewise infamous crime, unless on a presentment or indicment os a Grand Jury, except in case arising in the land or naval forces, or in Militia, when in actual service in time os War or public danger; nor shal any person be subject for for the same offense to be twice put in jeopardy of life limb; nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation"

19 "All persons born or naturalized in the United States, and subjetct to the jurisdiction there of, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; no shall any process of lae; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws".

decisão revestida de justiça (decisão justa) a todos os litigantes em juízo (*substantive due process*).

Essa nova visão permite dizer que o devido processo legal, na ótica processual, é o respeito às garantias constitucionais do processo, tais como contraditório, ampla defesa, juiz natural, etc. É a garantia de um processo justo no sentido de que ele é isonômico em sua estrutura, em seu aspecto formal. O grande problema é que dizer que o “procedimento é legal” é afirmar que o processo se tornou uma “avenida sem vícios”, mas infelizmente não significa dizer que a decisão final é justa, pois se sabe que um processo pode ser estruturalmente pautado na lei, mas o direito material nem sempre será entregue. A observação não passa despercebida por Nicolò Trocker (2001, p. 386) quando alerta que “<<*Giusto*>> *non è qualunque processo che si limiti ad essere <<regolare>> sul piano formale*”.

Com isso, surge a necessidade de haver um processo duplamente legal; legal na forma e agora no conteúdo, o que faz naquele sistema se dizer que é preciso dar ao jurisdicionado uma garantia de que ele tenha assegurado “seu dia na corte” (*his day in court*)²⁰, e isso cabe ao devido processo legal material (*substantive due process*).

A garantia de um devido processo legal substancial deriva, além de tudo, do fato de que o sistema norte-americano é relacionado fortemente (mas não exclusivamente) à decisão reiterada (e até certo ponto vinculada) dos tribunais com base no “costume” (regra dos precedentes ou *stare decisis*).

Dentro dessa visão, de Direito consolidado pelos tribunais, afigura-se a importância mais do que acentuada do jurista que, além de julgador, é verdadeiro criador da norma jurídica (legislador por casos concretos). Esse poder de julgar no caso concreto, criando precedentes vinculativos, traz uma certa temeridade de possíveis arbitrariedades dos julgamentos, o que levou Renè David (2002, p.501) até mesmo a considerar a existência de um *governo dos juízes*, de tão intenso que é o poder judicante.

20 “La Suprema Corte de los Estados Unidos le ha llamado genéricamente, la garantía *his day in Court: su día ante el tribunal*” (COUTURE, 1993, p. 101)

A previsão de um devido processo legal material é garantia de que, muito embora exista poder conferido aos juízes de criar precedentes, eles não podem decidir alheios a um processo legal formal e não podem deixar de emitir uma decisão judicial materialmente justa; sua decisão, mesmo que com força “legislativa”, esbarra no limite do devido processo legal (*substantive and procedural*) e dessarte o próprio sistema impõe limites aos anseios do julgador. Em palavras simples: a cláusula do devido processo, em seu duplo aspecto, permite ao juiz decidir o direito dentro dos anseios de um Estado Democrático de Direito, inviabilizando, assim, o julgamento torpe. Dessa forma, a cláusula funciona como alerta de que as garantias conquistadas pela sociedade não podem ser afastadas pelo julgamento desviado de sua legítima finalidade.

Tal peculiaridade fica clarividente nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, *in verbis*:

À cláusula atribui-se hoje uma dimensão que vai além dos domínios do sistema processual, apresentando-se como um devido processo legal *substancial* que, em essência, constitui um vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (*substantive due process of law*). (DINAMARCO; 2001, p.243)

Esse fenômeno simplesmente demonstra que a forma processual nada é se não houver ao final uma decisão materialmente justa, o que remete dizer que o devido processo legal hoje é aquele que visa a dar segurança e julgamento ético com uma forte sensibilidade junto ao plano substancial.

2.2.2.2 O devido processo legal no sistema brasileiro

A visão do devido processo legal ultrapassou a barreira do “sistema costumeiro”, hoje pertence à realidade do “direito escrito” e pode ser observado pelas denominações de *devido processo legal*, *debido proceso*, *giusto processo* (etc), termos que diariamente povoam as discussões jurídicas mais importantes.

O sistema brasileiro absorveu a idéia de forma tão indiscutível que foi elevada à condição de cláusula pétrea (art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988).

Na repercussão da influência, muito se escreve a respeito desse tema, e, na maioria das vezes, o devido processo já demonstra a idéia de que é um meta-princípio processual-constitucional que engloba todos os demais princípios garantidos na própria Constituição (NERY JÚNIOR, 2001, p. 41), o que significa dizer que devido processo legal é aquele que, antes de tudo, respeita todas as garantias formais do processo (sinônimo do *procedural due process of law*).

Os estudos processuais no Brasil, porém, avançam em uma linha similar ao que ocorreu no EUA, e se estuda hoje o princípio sobre uma ótica material. Costuma-se dizer que essa garantia material seria derivada de que um devido processo legal em sentido substancial, para que fique garantido que o próprio direito – a propriedade, a liberdade e igualdade – (NERY JÚNIOR, 2000, p. 34; 36), que já são reconhecidos como direitos dos cidadãos, seja respeitado e corretamente fixados na sentença pelo juiz.

Na mesma linha, vem entendendo a legislação italiana, e naquele país o termo ganhou um elemento extra e importantíssimo: *o processo deve entregar o direito em uma sentença materialmente justa, mas também observando um tempo razoável*. Essa é a idéia de que uma sentença intempestiva, por si só, é injusta e não corresponde ao devido processo. A previsão de um processo legal, calcado também na decisão tempestiva, é denominada por aquela doutrina de *giusto processo*, termo, inclusive, que está plasmado no artigo 111 da Constituição da Itália²¹, locução inserida em recente reforma datada de 23 de novembro de 1999, em vigor desde 07 de janeiro de 2000.

Essa forma européia, de dizer o que aqui é devido processo legal, reforça a idéia de que o processo precisa irremediavelmente se adequar aos novos tempos e fixar seus olhos no direito material. O ideário de processo tempestivo povoa textos e

21 Art. 111. “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.”

ensaios pátrios, e, embora o texto constitucional nada diga a respeito do tema, a doutrina brasileira afirma que o preceito é vigente no Brasil, derivado da assinatura da *Convenção Americana Sobre Direito Humanos*, que prevê direito ao processo em tempo razoável²².

A reforma constitucional italiana revela um fator merecedor de análise: o retorno do direito ao ideal de justiça²³, à proteção efetiva e rápida. Neste ponto, da tempestividade da atuação jurisdicional, é que também nasce campo fértil para afirmar que um devido processo deve até mesmo inibir o ilícito (tutela preventiva).

2.3 NOVOS RUMOS AO ESTUDO DO PROCESSO CIVIL: INSTRUMENTALIDADE, DIREITO SUBSTANCIAL E MOMENTO CIENTÍFICO OPORTUNO AO ESTUDO DA TUTELA PREVENTIVA (CONCLUSÃO PARCIAL DO CAPÍTULO)

Relembrando que, no presente capítulo, foi abordado o forte distanciamento entre direito processual e direito material, o que se torna nítido nos estudos acerca da essência dos institutos processuais, tal como a Jurisdição, verifica-se também que, na atualidade, não se admite a postura abstrata do processualista.

Em verdade, o processo civil é ramo do direito que precisa estar sempre próximo da sociedade, é o meio utilizado (técnica) pelo Estado para pacificar as crises jurídicas materiais.

22 Entendendo que já há, no nosso sistema jurídico, a prevalência de limite de tempo razoável para resolução dos conflitos por força da Convenção Americana sobre direitos humanos ver José Rogério Cruz e Tucci *in* Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas com corolário do devido processo legal, Revista de Processo n. 66, 1992, p. 72 e seq.

23 Embora, todavia, tenha ocorrido a reforma para adequar melhor a legislação italiana aos anseios da Comunidade, insta pôr em relevo as palavras proferidas pelo professor Nicolò Trocker, que não deixou passar a seguinte consideração: *“Il riferimento alla <<ragionevole durata>> dei processi contenuto nel nuovo art. 111 const. Riecheggia la formula contenuta nell’art. 6, § 1 della convenzione europea dei diritti dell’uomo con la differenza, peraltro non poco significativa, che nella convenzione europea la <<durata ragionevole>> del processo è configurata non come canone garanzia del singolo, come diritto soggettivo azionabile dalla persona lesa di fronte alla Corte, oggi giudice único europeo*

O quadro atual dos estudos jurídicos é diferenciado, bastando a confirmação com as novas tendências a uma reaproximação ao direito substancial, inclusive, com o aparecimento de princípios processuais comprometidos com a idéia de justiça substancial (*substantive due process*).

Essa guinada permite uma nova mentalidade para a atuação da própria Jurisdição, que até pouco estava confinada aos dogmas de purificação de conceitos, que afastavam o juiz da lide com idéias equivocadas de que o juiz imparcial é o juiz passivo (BEDAQUE, 2001, p. 106-114).

A nova mentalidade do processo requer juízes ativos, comprometidos com a justiça e, conforme se buscará identificar nos próximos capítulos, *atuando preventivamente ao invés de repressivamente*.

Dessa forma, segue-se, nas linhas seguintes, a demonstração da necessidade dos novos rumos processuais, cristalizando-se o momento adequado à aplicação da Jurisdição, com ênfase em um devido processo legal substancial, na atuação preventiva.

3 JURISDIÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL: A INAFASTABILIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E O COMPROMISSO COM A JUSTIÇA

Este capítulo firma os pontos anteriores. Poderia restar uma certa dúvida sobre a modificação da visão do escopo processual atual, mas outros elementos informam que realmente a mudança existe e tende a um longo aprofundamento, o que se confirmará nos próximos passos deste estudo.

3.1 O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS E A PRESSÃO FÁTICA PELA NECESSIDADE DE NOVAS TUTELAS

É domínio comum, entre os juristas, que o Direito trabalha na busca constante de atualização frente à evolução social. Nesse sentir, as lições do prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr. permitem dizer que o Direito se assemelha à tecnologia, ou seja, esforça-se para levar ao jurisdicionado o melhor desempenho possível na realização da paz social (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 83-91)²⁴. No plano processual, essa assertiva também é válida, já que nela se identifica a constante atualização para ofertar solução a todos aqueles problemas palpantes no âmago social e que atualmente lhe escapam da previsibilidade legal.

Para confirmar esses ditos, importa dizer que, enquanto o processo civil estava centrado em si, nos estudos eminentemente abstratos, foi que o direito material

24 Em breve trecho o prof. Tércio Sampaio explica: “Nesse sentido, podemos observar que, em sua transformação histórica, o saber jurídico foi tendo alterado o seu estatuto teórico. De saber eminentemente ético, nos termos da prudência romana, foi atingindo as formas próximas do que se poderia chamar hoje de saber tecnológico” (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 84). Em seguida, o prof. complementa: “O saber dogmático contemporâneo, como tecnologia em princípio semelhante às tecnologias industriais, é um saber em que a influência da visão econômica (capitalista) das coisas é bastante visível. A idéia do *cálculo* em termos de relação custo/benefício está presente no saber jurídico-dogmático da atualidade. Os conflitos têm de ser resolvidos juridicamente com o menos índice possível de perturbação social: eis uma espécie de premissa oculta na maioria dos raciocínios dos doutrinadores.” (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 86)

passou por modificações intensas, que hoje forçam o processo a caminhar por um redimensionamento radical de valores.

O Direito Processual Civil legislado em 1973 traz marcas fortes dos valores individualistas e do liberalismo pós-Revolução Francesa (CHEIM JORGE, 1996, p. 110; GRINOVER, 1979, p. 28), o que o impede de prestar tutela adequada a diversos direitos que se elevaram recentemente no seio social.

Sem maiores divagações, o processo civil de 1973, nos moldes individualistas, recebeu instrumental adequado para resolver **(i)** conflitos de alcance individual (autor *versus* réu); **(ii)** com a peculiaridade de transformar quase toda proteção em reparação por perdas e danos (indenização); **(iii)** e impôs, para a satisfação de diversos direitos, a obrigatoriedade de transpor um processo de conhecimento sem instrumentos de coação contra o réu, para, somente de posse de uma sentença condenatória, iniciar uma nova relação processual com fins executivos. Nesse mesmo sentido, o prof. Humberto Theodoro afirma:

“Na plenitude do liberalismo, então, não havia lugar, em princípio, para a execução específica das prestações de fazer e não fazer. Por ser intocável o devedor em sua liberdade pessoal, uma vez recalcitrasse em não cumprir esse tipo de obrigação, outro caminho não restava ao credor senão conformar-se com as perdas e danos” (THEODORO JÚNIOR; 2002, p. 10)

A evolução social permitiu identificar direitos diferentes daqueles destinados ao CPC/1973. Hoje, ao pensar em conflitos jurídicos, deve-se pensar que o litígio individual, tutelado por indenização, é apenas uma das miríades de possibilidades de conflitos das relações humanas, tendo em vista que, junto dele, convivem direitos que ultrapassam **(i)** a mera condição individualista e alcançam um viés coletivo (direitos de segunda e terceira geração²⁵) ou, ainda, **(ii)** mesmo sendo coletivos ou

25 Não adotamos, neste trabalho, nenhuma classificação de direitos como certa; hoje se discutem, inclusive, as próprias gerações de direito. A nós, parece adequado identificar a existência de direitos que ultrapassam a linha dos individuais e que não postulam por proteção indenizatória. Sobre o problema da classificação dos direitos, são valiosas as palavras do prof. Paulo Bonavides (2001, p. 17): “ em nosso entendimento, a geração ou dimensão de direitos humanos logra caracterização classificatória mais perfeita se nos afastarmos da clássica dualidade direito de defesa (*Abwehrrechte*) e direitos de participação (*Teilhaberechte*), e nos ativermos, de preferência, a outro critério, a saber, o da extensão referencial de sua titularidade, passando primeiro pelo indivíduo, a seguir, pelo grupo, depois pela sociedade ou comunidade propriamente dita até chegar, de último, ao gênero humano. Faz-se mister, todavia, assinalar que os direitos fundamentais da primeira geração conservam seu caráter de direito de defesa, ao passo que os da segunda, terceira e quarta, por sua vez, não perdem a índole de direitos de participação”.

individuais, não restam satisfeitos pelo estigma da mera reparação indenizatória, e a ambos, até pouco tempo, o CPC não se demonstrou um instrumento adequado.

3.2 A NECESSIDADE DE EVITAR A REPARAÇÃO

Além da insuficiência do processo individual, avulta outro sintoma desfavorável à tutela dos direitos, qual seja, o fato de que hoje existe tendência a não mais considerar adequada a reparação de um direito violado pela via do ressarcimento por indenização (THEODORO JÚNIOR; 2002, p. 10).

O direito processual parece que, por certo tempo, caiu em equívoco, ao generalizar a concepção de que proteger é reparar dano, quer dizer, é verificar a ocorrência de uma conduta contrária ao direito (ato ilícito) e reconhecer o direito a uma indenização pelo mal sofrido.

Esse problema é atrelado a uma crise por que passa também a própria sentença condenatória civil, tema que será objeto de capítulo próprio (*infra*, cap. 5), porém importa dizer, mesmo que rapidamente, que os novos direitos, considerados metaindividuais (ou pluriindividuais), apresentam um quadro diferenciado no âmbito de sua proteção, a saber, a *reparação pouco ou nada vale para diversos deles*. Essa realidade é nítida na visão moderna sobre a proteção ao meio ambiente, que carece de uma proteção essencialmente divergente da idéia de proteção indenizatória.

Nessa toada, Marcelo Lima Guerra é expressivo ao tecer comentários sobre as características dos novos direitos, que se afastam vertiginosamente da necessidade de reparação indenizatória:

a) o conteúdo desses direitos corresponde, freqüentemente, a prestações de fazer e de não fazer de trato sucessivo, isto é, que se realizam continuamente através de um período de tempo mais ou menos longo; b) a violação deles conduz, quase sempre, a uma lesão irreparável (ou de difícil reparação); revela-se totalmente inadequada, para a proteção de tais direitos, a chamada *tutela ressarcitória, genérica ou por equivalente*, que consiste, como se sabe, na condenação ao pagamento de determinada quantia em dinheiro, ou seja, equivalente pecuniário da prestação adimplida. (1998, p.299)

Neste trabalho, também haverá momento próprio (*infra*, 3.2 e 3.4) para trabalhar o tema, mas desde logo é importante acentuar que os direitos que surgem pedem ao processo algo novo, uma tutela que lhes ofereça proteção efetiva, a proteção do bem *in natura*, que nalguns casos só é obtida preventivamente. Essa proteção diferenciada é trabalhada com esmero pela obra do prof. José Roberto dos Santos Bedaque, quando afirma:

A efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*); têm a seu dispor meios adequados (*effettività tecnica*) para a obtenção de um resultado útil (*effettività qualitativa*), isto é, suficiente àquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material (*effettività oggettiva*). (BEDAQUE, 2003, p.76-77.).

O trecho citado do aludido prof. permite um entrelaçamento com os dizeres do prof. Cândido Rangel Dinamarco, para quem “As soluções ditadas pelo direito material são variáveis de acordo com a natureza e circunstância das situações regidas” (2001, p. 146).

As expressivas palavras dos professores Dinamarco e Bedaque são corroboradas pelas lições de três renomados processualistas italianos, os professores Corrado Ferri, Michele Taruffo e Luigi Paolo Comoglio (1998, p. 29). Os aludidos mestres, em obra conjunta, indicam que, ao se observar que o processo ordinário, no moldes clássicos, não apresenta resposta ideal ao direito substancial, é mister trabalhar uma linha de raciocínio por meio da qual se busquem remédios processuais adequados à exata variabilidade das situações substanciais.

In linea generale l'esistenza di una tutela giurisdizionale effettiva rappresenta una variabile dipendente dalla disponibilità di rimedi processuali costruiti realisticamente in funzione dei bisogni che emergono nei diversi tipi di situazioni sostanziali, e dall'efficienza di questi rimedi in termini di accessibilità e funzionalità (FERRI; COMOGLIO; TARUFFO, 1998, p. 31)²⁶

Por tais motivos, para muitos processualistas os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos criaram, inclusive, a necessidade de um “processo coletivo” ou com instrumentos aptos a solver suas crises jurídicas, o que hoje é implementado

26 “Em linhas gerais, a existência de uma tutela jurisdicional efetiva representa uma variável dependente da disponibilidade dos remédios processuais construídos realisticamente em função das

pelas regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em conjunto com a Lei de Ação Civil Pública (LACP) (ABELHA, 2003, p.35), *mas não só, junto aos novos direitos, surge uma nova mentalidade que deve ser posta em prática, que significa deixar de lado também a visão de que uma tutela jurisdicional deve ser implementada por perdas e danos, já que, melhor do que isso, é impedir a ocorrência do dano ou do próprio ilícito.*

Essa sensibilidade está contida em obra destinada ao estudo do direito processual, em dependência do direito material, e que descortina a importância da prevenção no processo, já que se observa, nas palavras do professor José Roberto dos Santos Bedaque, com clareza, que “Merece crítica o legislador brasileiro pela pouca importância dada à tutela preventiva” (BEDAQUE, 2003, p. 127).

Das palavras citadas, é nítido que a mudança de pensamento, em favor da tutela preventiva, apenas está iniciando seus primeiros passos, uma vez que as informações apresentadas demonstram que é recente o pensamento do processualista em retornar ao estudo do processo ligado ao direito material.

3.3 O PROCESSO E O DANO MARGINAL: O PROBLEMA DO TEMPO E O PROCESSO

Além de todos os fatores até agora apresentados, é importante dizer que o processo corriqueiramente é tido como um mal, e isso porque existem dois fatores desagradáveis a ele atrelados: o fato de ser normal seu uso só depois de o direito ser violado e a longa espera para obter uma sentença, que muitas vezes, por intempestividade, não o protege como deveria. A visão pessimista identifica o processo como instrumento que necessita de largo espaço de tempo para alcançar sua finalidade, e, a cada dia, o pronunciamento final parece estar mais longe dos olhos do jurisdicionado, o que gera um contra-senso inaceitável.

necessidades que emergem nos diversos tipos das situações substanciais, e da eficiência desses remédios nos termos de acessibilidade e funcionalidade.”

Essa afirmativa é de fácil compreensão, até mesmo para o não iniciado nas ciências jurídicas, pois são generalizadas as pechas de reclamação sobre a demora da Justiça brasileira. Para não cair em sensacionalismos ou vulgaridades, pede-se licença para lançar mão de um escrito recente do prof. Barbosa Moreira, quando cuidou do tema:

É generalizada a convicção de que os processos judiciais duram bem mais do que seria razoável. Infelizmente, no Brasil, não se pode ir muito além desse impreciso lugar comum. Convém pôr de lado as exemplificações anedóticas, do tipo: “minha tia é parte num processo que se arrasta há mais de vinte anos”: de lamentações assim nada se extrai que abra caminho ao melhor conhecimento da situação, e, ainda menos, que sirva de indicação terapêutica. O diagnóstico precisaria basear-se em dados objetivos, colhidos na realidade do foro e tratados estatisticamente com boa metodologia. (BARBOSA MOREIRA, 2004c, 28)

Sabendo que o tema não merece ser trabalhado à luz do impressionismo, é preciso dizer que, na visão do “processo-instrumento”, atingir em tempo a tutela é a exata diferença entre prestar um serviço ou um desserviço ao jurisdicionado, ou, conforme as palavras do prof. Bedaque, “O processo, como instrumento de realização do direito material e dos valores sociais mais importantes, deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de tornar-se inútil”. (BEDAQUE, 2003, p. 72.).

É verdade que o processo não tem como se desvencilhar do tempo necessário ao seu começo e término, e a esse respeito, novamente são valiosas as palavras do prof. J. C. Barbosa Moreira:

(...) será difícil de atingir a perfeita coincidência entre a realidade e a norma, quando menos pela razão óbvia de que a atividade processual, por mais bem ordenada que seja, nos textos e na prática, sempre consome algum tempo, durante o qual fica o titular privado da utilidade a que fazia jus segundo o direito material (BARBOSA MOREIRA; 1980, p. 22)

Se é correto dizer que o processo depende do tempo, não é de bom tom aceitar que este impeça aquele de atuar a norma concreta. O processo que não atinge sua finalidade por não possuir instrumental adequado à tutela pretendida, ou que é demasiadamente lento, ao invés de prestar proteção, acarreta um segundo dano,

que se configura pela longa espera na fila da prestação jurisdicional tardia ou inalcançável²⁷.

É certo que, do início da vigência do CPC/73 até hoje, muito foi modificado no processo brasileiro; as reformas criaram institutos com desiderato específico para minorar o mal do tempo, tal como a tutela antecipada, que, juntamente com a cautelar, está hoje dentro de uma sistemática do processo civil de urgência²⁸, propiciando uma atuação célere do direito. Ainda assim, porém, essas técnicas, embora indispensáveis para os fins criados, esbarram em problemas que não podem resolver.

Havendo esse espaço para a demora e observando que para alguns problemas falta instrumental apto, é que a doutrina costuma aproximar o processo da idéia de um mal, ou melhor, de um segundo mal, que se denomina de dano marginal (TUCCI, 1997, p. 113). Dano marginal é o segundo dano que sofre o jurisdicionado. O primeiro ocorre com o descumprimento de direito material e o segundo dano, que é extra, decorre do fato de que o processo demora (e causa prejuízos) aos que buscam proteção. O prof. Tucci, com as palavras adequadas, apresenta as características desse dano:

27 o Prof. Dinamarco faz explicações importantes das maneiras de o processo se apresentar inoperante e moroso: "Por mais de um modo o decurso do tempo pode ser nocivo. A primeira hipótese é a do processo que chega ao fim e o provimento de mérito é emitido, qual o mal temido já está consumado e nada mais se pode fazer; isso se dá, p. ex., se o juiz concede um mandado de segurança para que o impetrante possa participar de um concurso público, fazendo-o, no entanto depois do concurso já realizado. O segundo grupo de situações é representado pela tutela jurisdicional demorada que chega depois de uma espera além do razoável e muito sofrimento do titular de direitos – p. ex., no caso do titular do direito a alimentos, que permanecesse anos a fio esperando a tutela jurisdicional, recebendo-a somente depois de muito tempo de injustas privações. O terceiro caso é o do processo que deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para sua correta realização ou para o exercício útil da jurisdição – o que sucede se vem a falecer a testemunha que poderia trazer informações úteis ao bom julgamento da causa ou se desaparece o bem que poderia ser penhorado para a justa satisfação do credor. No primeiro caso, o processo não terá produzido tutela jurisdicional alguma, porque sem a efetiva oferta do bem a que o sujeito tem direito não se pode falar em verdadeira tutela jurisdicional; no segundo, a tutela jurisdicional se realiza mas não é tempestiva, sendo ilegítimo e injusto sujeitar o titular de direito a tanta espera. No terceiro, ter-se-á um processo incapaz de oferecer a tutela justa ao sujeito que tiver razão, porque uma instrução sem o concurso da testemunha pode conduzir a resultados injustos e a execução sem a penhora do bem nada produzirá." (DINAMARCO, 2001a, p. 8)

28 "O grande desenvolvimento de estudos a respeito revela a importância que particularmente duas medidas vêm assumindo no sistema processual: a tutela cautelar e a antecipatória. São modalidades de tutela jurisdicional que, com variações decorrentes das especificidades da relação de direito material ou de técnicas legislativas, podem ser classificadas numa categoria única, à qual se mostra adequada a denominação *tutelas de urgência*" (BEDAQUE; 2003, p. 26-27)

...Além do aviltado prejuízo de natureza material, que tem como fonte a decisão serôdia, presume-se, sempre, a amargura da parte interessada que padeceu, durante anos a fio, sofrendo também o inafastável mal de índole psicológica advindo da exacerbada duração do processo.(TUCCI, 1997, p. 113)

No mesmo sentir do professor anteriormente citado, é que se pronuncia o prof. Augusto Morello:

El proceso constitucionalmente debido, el proceso justo, navega en esas aguas cuyas olas y temperatura buscan siempre el punto de equilibrio saludable, que impida – porque al cabo se lo hizo a destiempo – que la esperanza que se reconrtaba em el horizonte de la espera se vea suplantada por el fastidio y la frustación que provoncan lo que no llegó a puerto o, simplemente, encalló por la tardanza o el retraso em las inhóspitas costas encontradas em um indeseado forzoso desembarco. La justicia no fuee accesible; quedó em amago la tutela que asegura la Ley Fundamental. (MORELLO, 1994, p. 366-367)

O problema do tempo é sensível ao processo, e, a respeito disso, cita-se o sistema italiano, que hoje, em sua Constituição Federal, no art. 111, prevê a garantia ao jurisdicionado de que o processo deve durar um tempo razoável, pois que a intempestividade da tutela é o mesmo que não tutelar.

A morosidade²⁹ da Justiça é grave, e possui diversos fatores (acesso à justiça, número excessivo de demandas, insuficiência de juizes, etc), e nas palavras do prof. Rodolfo de Camargo Mancuso, avulta com nitidez o que se pretende dizer, *in verbis*:

A seu turno, José Augusto Delgado, Ministro do STJ, pondera que, enquanto em 1997 o STF aguardava receber 42.000 processos, ‘a corte americana recebeu, no ano passado [1996] 336 processos e escolheu apenas 126 para apreciar; a corte da Alemanha recebeu 3.000 e poucos processos, e desses, apenas entendeu de apreciar 300 e poucos, porque tem uma Câmara competente para selecionar processos relevantes (MANCUSO; 1999, p. 60)

Essa notícia demonstra, por tudo, que, além dos processos já existentes no STF, naquele período de 1997, outros 42.000 deveriam ser distribuídos naquela Corte (que não pode escolher apenas alguns para julgar) e, assim sendo, antes mesmo que qualquer desses processos estivesse perante o STF, o tempo já constituía um grande inimigo.

29 “Nunca más que ahora, frente a la vetiginosa aceleración histórica, la necesidad de que la solución a un conflicto judicial recaiga en un tiempo razonablemente limitado, de modo tal que la garantía de la efectiva tutela que anida en el marco de debido proceso, satisfaga los valores de pacificación, justicia y seguridad.” (MORELLO, 1994, p. 65)

Esse problema foi identificado em uma obra mundialmente conhecida pela acuidade no tratamento do acesso à justiça. Cappelletti e Garth assinalam:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de 'um prazo razoável' é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20-21)

Com fins ilustrativos, para confirmar a questão problemática da relação entre o processo e o tempo de sua duração, cita-se apenas pequena parte de uma pesquisa que consta de artigo da autoria do prof. Cruz e Tucci, realizada por *American Bar Association*, e que indica alguns prazos que poderiam ser tidos por razoáveis no curso de uma demanda judicial:

a) as causas cíveis:

a.1) *casos cíveis e geral*: 90% destes devem ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses; sendo que os 10% restantes, em decorrência de circunstâncias excepcionais, dentro de 24 meses;

a.2) *casos cíveis sumários*: processados perante juizados de pequenas causas (*small claims*), devendo ser finalizados em 30 dias; (TUCCI, 1999, p. 249)

Logicamente que esses dados devem ser apreciados com tempero, pois que derivam de estudo apresentado por pesquisadores no sistema da *common law*. De toda forma, ao pensar em causas sendo necessariamente decididas em 30 dias, em juizados especiais no Brasil, e na Justiça comum 90% em 1 ano e os 10% restantes em no máximo 2 anos, é intuitivo que várias mudanças devem ocorrer no sistema vigente³⁰. Para que não se pense que o problema do processo e do tempo é apenas

30 Infelizmente os parâmetros apresentados pelos estudos são muitas vezes exemplificativos, pois não há no seio das pesquisas jurídicas muitas fontes empíricas que possam trazer certezas de dados. A esse respeito, Vincenzo Vigoriti (1986, p.145.): “Antes que se entre propriamente no tema, é necessário que se tenham duas considerações propedêuticas. A expressão “duração do processo” indica o intervalo de tempo entre a *propositura* da ação e a sua *decisão*: não compreende o tempo necessário para execução forçada da própria decisão. Em segundo lugar todos concordam no sentido de que tal duração é excessiva e de que é também urgente reduzi-la. Ninguém, entretanto, indicou com relação a qual valor é que se considera excessivo o intervalo que existe atualmente entre propositura e decisão de ação, isto é, ninguém indicou qual devesse ser a duração ideal nos processos em geral, e de alguns processos determinados (procedimentos ordinário, trabalhista, de execução etc.).”

doméstico, cita-se a conclusão do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, que, em estudo das cortes européias, afirma:

A análise de duração média dos processos civis e a consequente verificação do aumento da lentidão da justiça é um dos temas mais intrigantes da investigação sociológica sobre os tribunais nos nossos dias (SANTOS; 2001, p. 169)

Em nosso sistema, em estudo mais recente, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro apresenta dados empíricos sobre o acesso à justiça que, infelizmente, são pouco animadores. Vejamos apenas uma amostra, que não se diferencia das outras que constam na obra, sobre o crescimento de processo e duração em juizados especiais cíveis do Rio de Janeiro. Observe-se, com fim meramente ilustrativo, o resultado do Juizado de Niterói:

Na primeira pesquisa (1994), o tempo de entrega da prestação jurisdicional (do ajuizamento até o encerramento, sem interposição de recurso) era estimado em 45 dias. Na segunda pesquisa (1997), passou para quatro meses e, na última (1998), o prazo atingiu média de seis meses e meio. (CARNEIRO, 2000, p. 147)

Mesmo com um quadro pouco favorável, o prof. José Rogério Cruz e Tucci é enfático ao afirmar que, “Assim, ao lado da efetividade do resultado que deve conotá-la, imperioso é também que a decisão seja tempestiva” (1999, p.235). Essa assertiva serve para voltar ao trilho inicial e confirmar que o tempo não será desatrelado do processo, mas não pode tornar-se impedimento à realização da justiça.

Sabendo que o tema não pode ser trabalhado pelo mero devaneio sensacionalista e, mesmo admitindo que certas mudanças estão longe de chegar com a devida intensidade, é que se traz a lume a tutela preventiva de direito como mais um mecanismo que pode facilitar a proteção dos direitos.

A tutela preventiva, com previsão no art. 84 e no 461 do CPC, traz a possibilidade de atender a três exigências comentadas neste capítulo, a saber, **(i)** atuar em tempo oportuno, diminuindo os males da espera pela tutela; **(ii)** conter instrumental que permita ao processo realizar na prática grande parte das promessas de uma justiça substancial e; **(iii)** apresentar tutela diferenciada aos direitos diferenciados, quais

sejam, todos aqueles que se afastam do pensamento comum de que a tutela meramente reparatória, convertida em perdas e danos, protege (*supra*,3.2).

Essas considerações admitem dizer que a implementação da tutela preventiva, quando cabível, modifica a visão do instrumento processual, *valorizando um processo que pode agir antecipadamente*, o que é muito superior a apenas conceder uma tutela antecipada no bojo de um processo reparatório. Agir antecipadamente, na ideologia preventiva, é buscar a proteção antes de o ato ilícito ocorrer, evitando qualquer necessidade de reparação do ilícito e dano.

3.4 A TUTELA REPARATÓRIA E A TUTELA PREVENTIVA DO ILÍCITO (TUTELA INIBITÓRIA): DIFERENÇAS QUALITATIVAS³¹

Observando na tutela reparatória um predicado pouco favorecedor às pretensões jurídicas contemporâneas, sabendo que o processo constitui, nalguns casos, um segundo prejuízo, surge como possibilidade trabalhar a tutela preventiva, identificando seus contornos e limites de aplicabilidade.

Ante a onda de efetividade, o legislador deu passos importantes ao criar institutos semelhantes à tutela cautelar e antecipada (art. 273 do CPC). Essa tutela de urgência almeja minorar o mal do tempo, tanto com fins assecuratórios quanto satisfativos. Identifica-se, com isso, que o processo civil trabalha hoje contra os efeitos do dano marginal (*supra* 3.3).

Ao mesmo tempo, o instrumento processual inicia uma guinada contra a generalização da tutela meramente ressarcitória ou indenizatória, trazendo a figura

31 Apenas com a finalidade de precisão do emprego dos termos, é mister informar que se emprega o termo tutela (proteção) no sentido da entrega do direito material mais específico (ora preventivo – que é a preferência – ora reparatório específico), e, com efeito, o enfoque centra-se nitidamente na proteção do ponto de vista do autor da demanda. Dessa forma, embora se reconheça com Flávio Yarshell (1998, p. 35) a possibilidade de tutela para o vencido, ela não será analisada, centrando-se

da tutela específica dos direitos (arts. 461 e 461A). Esse modelo, que já vigia no processo coletivo (art. 84 do CDC), chega ao processo individual clássico com o intuito de proteger o direito *in natura* (*supra* 3.1 e 3.2).

Proteção específica, nesse sentido, indica um início de mudança no pensamento processual, pois que o propósito dessa proteção é evitar as perdas e danos e entregar ao jurisdicionado exatamente a prestação pretendida antes da ocorrência do ato violador do direito. Caso a crise seja o descumprimento de uma obrigação, o processo deve agir para conceder exatamente a prestação, tanto um fazer ou não fazer quanto a entrega da coisa; noutras palavras: o processo deve franquear ao jurisdicionado uma proteção específica para o direito violado.

A tutela específica realmente apresenta uma evolução qualitativa do legislador processual, e nesse ponto está certo o prof. Ovídio Baptista da Silva (1996, p. 46), que sustenta que a sentença condenatória, tal como conhecida nos valores clássicos, equivocadamente disponibilizava a mesma proteção a direitos que pediam providências absolutamente distintas. O que ainda não é satisfatório, para os fins deste estudo, é enfocá-la na visão de proteção específica, porém *reparatória* dos direitos violados.

Em palavras simples, mesmo com a tutela específica reparatória sendo mais eficiente e adequada do que a tutela “genérico-reparatória”, o autor da demanda sempre vai ao processo em busca do prejuízo que já ocorreu no plano substancial.

Melhor, portanto, é pensar na possibilidade de transformar a idéia de atuação do processo, mudar seu paradigma de funcionamento. O processo civil sempre trabalhou para reparar, e talvez esse tenha sido o motivo das suas grandes frustrações no plano pragmático. *A reparação é o reconhecimento de que foi possível praticar o ilícito e que, muitas vezes, o dano já ocorreu, sem que possa ser revertido e indenizado adequadamente.*

A mudança desse paradigma é alerta feito pelo prof. Bedaque, que, em seu magistério, deixa claro não haver espaço para que prevaleça a tutela após o dano, mas para que seja ofertada antes de ele ocorrer, uma vez que “Mais eficaz é a tutela preventiva, que visa a impedir a ocorrência de um dano antes que a ameaça de lesão a um direito se consuma” (BEDAQUE; 2003a, p. 127).

Noutro estudo, enfocando as tutelas de urgência, o aludido professor retoma o tema:

A proteção jurisdicional é predominantemente sancionatória, ou seja, só atua após a violação do direito. Isso faz com que o conteúdo da tutela seja ressarcitório, o que revela a preocupação do legislador com direitos exclusivamente patrimoniais.

Existem, todavia, categorias de direitos, sem conteúdo econômico imediato, tão ou até mais relevantes do que aqueles suscetíveis de conversão em valor monetário. Os direitos fundamentais da pessoa são por exemplo típicos. Para eles, a tutela ressarcitória é ineficaz, revelando-se imprescindível a previsão de tutelas preventivas e/ou urgentes, destinadas a impedir que o dano se concretize ou se torne mais grave. (BEDAQUE, 2003, p.18-19.).

Outro doutrinador, que, com autoridade, caminha nesse pensamento é o prof. Luiz Guilherme Marinoni, que defende, hoje, a quebra de diversos paradigmas, sustentando a necessidade do processo de prevenir o ilícito ao invés de repará-lo. É por esse motivo, que nos seus dizeres, é certo que “A necessidade de tutela preventiva exige a estruturação de um procedimento e que desemboque em uma sentença que possa impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.” (MARINONI; 2003, p. 33)

Idéias dessa natureza são encontradas também em sistemas estrangeiros em que se buscam soluções por meio das tutelas preventivas, também denominadas de inibitórias. Conforme delinea o prof. Proto Pisani:

La funzione preminente di tali provvedimenti è però quella di anticipare il contenuto inibitorio del provvedimento principale, allo scopo di prevenire od impedire la continuazione della lesione del diritto azionato: in mancanza delle denunce, l'azione negatoria o comunque le azioni a difesa della proprietà interverrebbero quando ormai gran parte della lesione si è già verificata, con la conseguenza che il riferimento a questa parte della lesione, non potendosi eliminare il fatto che il diritto sia rimasto in stato di insoddisfazione per un certo lasso di tempo, la tutela giurisdizionale offerta dall'ordinamento sarebbe meramente repressiva. (PISANI, 2002, p. 624)³²

32 Noutra passagem o referido prof. Pisani afirma a importância “... azioni preventive le quali mirano a prevenire o ad impedire la continuazione dell'illecito e non (o non solo) ad eliminare gli effetti.” (PISANI, 2002, p. 624)

Na mesma linha de pensamento, Juan Monroy Gálvez e Juan Monroy Palacios aduzem que *“En este âmbito se mueve la tutela Inhibitoria, la que podemos definir como la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, por medio de un mandato judicial irremplazable de hacer o de no hacer, según sea la conducta comissiva u omissiva”*. (MONROY GÁLVEZ; MONROY PALÁCIOS; 2003, P. 201)

Nessa mudança de mentalidade, seria o processo um instrumento diferenciado (sempre que possível), na busca não de reparar, mas sim de prevenir, evitar que ocorra ilícito ou dano à esfera jurídica.

Com a prevenção, a tutela do processo é dirigida para antes de o ilícito civil ocorrer, é proteção que sequer necessita da existência ou iminência de dano para ser viabilizada. Em verdade, essa providência é a materialização da Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça a direito*”.

Perceba-se algo ainda mais relevante: se for possível prestar a providência antes da ocorrência da prática do ilícito, mesmo que ainda diante da ameaça, haverá o processo modificado dois pontos cruciais: o primeiro é que não haverá mera reparação, porquanto sua providência será de qualidade infinitamente superior na prevenção, e o segundo é que o processo não será mais instrumento que corre contra o tempo; do contrário, se bem utilizado, o tempo será revertido a favor do processo, já que a tutela preventiva, que é anterior ao ilícito, não vai configurar dano marginal ao jurisdicionado.

Esta nuance, da tutela que visa a inibir o ilícito, é extremamente relevante ao processo civil da atualidade, que poderá ser remodelado a não mais agir apenas quando existe o ato contrário ao direito, e sim antes que ele ocorra. Ao jurisdicionado pelo menos duas novidades serão postas: a proteção anterior à prática do ilícito, que é a máxima proteção; e a oferta das mãos do Estado de um instrumento justo, que possui a característica de que o tempo, quando bem utilizado, passa a contar em seu favor.

Alcançada a dimensão da virtude da prevenção, frente à reparação, é imperioso trabalhá-la dogmaticamente.

Algumas premissas devem ser traçadas, é preciso descobrir o processo como forma de atuação dessa tutela, encontrar a separação conceitual dos termos dano e ilícito para enfrentar corretamente o problema. Esses elementos, como outros que adiante serão apresentados, configuram bases sólidas à viabilidade do processo preventivo. Passe-se, portanto, a eles.

4 PROCESSO CLÁSSICO E PROCESSO MODERNO: DA REPARAÇÃO À PREVENÇÃO

4.1 PROCESSO, PROCEDIMENTO E TUTELA JURISDICIONAL

Apresentados diversos dados que implicam a necessidade de pensar a tutela preventiva dos direitos, é importante iniciar um estudo estruturado sobre o âmbito de sua incidência. Dessa forma, para que os apontamentos não pareçam carentes de um apego metodológico, fixar-se-ão algumas idéias sobre o processo, o procedimento e a tutela jurisdicional, a fim de enfrentar as características da tutela preventiva.

4.1.1 O processo

O processo, consoante as lições de Elio Fazzalari (1996, 10-11), é a relação jurídica processual materializada em um procedimento e animada pelo contraditório³³.

A visão de um processo como “instrumento em contraditório” serve para demonstrar fatores diversos da ciência processual contemporânea, desde a garantia das partes de um processo de ação e reação, entre a Ação e a Defesa, até a inserção da figura do magistrado como mais um dos sujeitos participativos do contraditório, ponto no qual salta aos olhos, novamente, uma guinada do pensamento processual na ótica de um processo justo e da atividade jurisdicional comprometida com o direito

33 Seguem as palavras do próprio prof. Fazzalari (1996, p. 10-11): “i <<processi>> nei quali si svolge la <<giurisdizione>>, cioè lo Stato adempie, per ministero dei suoi giudici, il compito fondamentale di rendere giustizia (in materia civile, in materia penale, in materia amministrativa, in materia costituzionale): qui il <<processo>>, cioè lo svolgimento delle attività preparatorie con la

material (*infra*, Cap. 3 e 4). De acordo com o próprio prof. Elio Fazzalari (1996, p. 83), a importância do contraditório aflora no fato de que ele consiste *“nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatoria del medesimo”*³⁴.

O processo, que hoje se apresenta no movimento constante do contraditório, busca sua identificação em uma necessidade eminentemente instrumental, no âmbito da técnica e na ótica social.

4.1.2 O procedimento

O procedimento é um dos pilares diferenciais do processo, pois este, em sua visão ritualística, apresenta-se corporificado naquele, ou seja, o rito determina seu caminhar e sua instrumentalização mais ou menos célere na entrega do direito substantivo³⁵. Essa relação processual, que caminha em rito e em contraditório, do qual também participa o juiz, deverá culminar na tutela, que para muitos é a entrega do direito material pela sentença.

4.1.3 A tutela jurisdicional

Tutela significa proteção, amparo; quem busca a tutela deseja ser protegido contra a violação do seu direito. É o que explica com perfeição o prof. J. R. dos Santos

partecipazione e nel contraddittorio degli <<interessati>>, è la regola; nella esfera della <<giurisdizione>>, inoltre, vi sono i modelli più completi e complessi di processo, gli archetipi;”

34 “Por este ângulo, correto afirmar que o contraditório representa não simplesmente instrumento destinado às partes, mas, principalmente, instrumento operativo do juiz, imprescindível à adequada condução do processo” (BEDAQUE, 2003, p. 95)

35 “O procedimento, como integrante do conceito de processo (v.concl. nn. 22-23), tem sua legitimidade fundada na aptidão a proporcionar às partes a efetividade da participação em contraditório. Diz-se que os provimentos estatais, como atos imperativos de exercício do poder, são legitimados pela realização do procedimento -, mas essa legitimação só advém realmente, se e na medida em que o procedimento mesmo seja legitimado pelo contraditório efetivamente oferecido e observada a regra da paridade de armas” (DINAMARCO, 2000, p. 315-16)

Bedaque (2003, p.77) quando pronuncia que “*A garantia constitucional da ação representa, na verdade, garantia de tutela adequada à situação substancial, assegurando atuação e satisfação eficaz dos interesses reconhecidos no plano material.*” (grifos nossos).

As palavras citadas, além de confirmarem o desiderato da tutela, no sentido de proteção (amparo), fincam também um outro elemento que não se pode afastar: o processo, exercitado pelo regular direito de ação, deve entregar o direito reconhecido no plano material. Disso se extrai algo que, por muitos anos, “o processo civil não quis enxergar”: o processo é que se amolda ao direito substancial e não o contrário.

A proteção ao direito material é oferecida pelo processo civil; em regra depende de algum tipo de problema do direito substancial a solucionar e que, caso não seja apaziguado espontaneamente pelos interessados, dependerá do pronunciamento judicial via sentença³⁶.

O Processo não serve a si próprio³⁷, mas ao direito material em crise, que precisa de resolução, e, nesse ponto, surge na doutrina uma classificação que constata a existência das crises jurídicas do direito material. A existência de crise no âmbito substancial é que identifica a necessidade de tutela e determina qual é a proteção desejada. É possível dizer, com isso, que, identificada a natureza da crise jurídica, haverá o processo de ofertar uma proteção a ele ajustada.

36 Embora haja até hoje dúvidas de parte da doutrina quanto ao fato de a jurisdição voluntária ser ou não ser jurisdicional, não se nega que, quando o Estado-juiz nela atua, implica algum tipo de resultado no âmbito do direito material.

37 Quando se aborda a visão instrumental do processo, não se faz no sentido de diminuí-lo frente ao direito material, mas sim na idéia de colocar uma correta interpretação de seu uso. Andrea Proto Pisani, em sentido semelhante expõe: “*La prima caratteristica da evidenziare è quindi, la natura strumentale del diritto processuale (in quanto diretto ad intervenire solo quando la norma sostanziale non sai stata spotaneamente attuata) o – il che in parte è lo stesso – la indisponibilità del diritto sostanziale per il diritto processuale (nel senso che quest’ultimo non avrebbe senso o possibilità di esistenza se mancasse um diritto sostanziale – comunque individuabile – che ponesse norme da rispettare). Se ciò vero, non sarebbero, però, affatto corretto ritenere che il diritto processuale sai secondario rispetto al diritto sostanziale e che il diritto sostanziale, stante il suo carattere primario (e non strumentale), sai in sé perfetto e quindi possa anche fare a meno del diritto processuale.*” (PISANI, 2002, p. 4)

4.2 CRISES JURÍDICAS DE CERTEZA, DE SITUAÇÃO E DE ADIMPLEMENTO

Realmente o processo cuida de crises que, de acordo com o que ensina Dinamarco (2001; p. 149-152), são as de certeza, de situação e de adimplemento.

A crise jurídica de certeza é a ocorrência de dúvida acerca de situações, direitos ou relações. Para pensar em crise de certeza, basta lembrar a possibilidade de existir dúvida acerca da falsidade ou da autenticidade de um documento. Documento que se suspeita falso é documento que transparece incerteza de sua autenticidade. Ora, em uma crise de certeza sempre se observará a espreita indesejada de uma incerteza que deverá ser afastada. O direito material, quando é observado em meio a uma crise jurídica de certeza, apresentará, certamente, a dúvida sobre o que é ou não é, e o correto é debelar a incerteza, afastando o que é incerto e esclarecendo o que é certo. *“Assim, quem necessita eliminar a incerteza sobre a existência ou inexistência de um direito ou de uma relação jurídica tem à sua disposição a tutela declaratória.”* (BEDAQUE, 2003a, p. 103). Tal posição segue firme no que Chiovenda indicava como a necessidade de um autor *“que, tão somente, sabe que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário; pleiteia no processo a certeza jurídica e nada mais.”* (CHIOVENDA, 2002, p. 261)³⁸.

Outra crise que surge no plano material é a crise de situação jurídica, a qual provoca um problema diverso, que é a necessidade de modificar uma situação existente. Nesta espécie de crise, é vislumbrado que aquele que busca o poder judicante requer a modificação³⁹ de uma atual situação para alcançar outra que lhe favoreça. Exemplo disso é a ação de revisão de aluguel, na qual se deseja constituir um novo valor, mais correto à relação entre locador e locatário. Modificado o *quantum*, passa-se de uma situação anterior (aluguel velho) para a regulação da relação jurídica entre locador e locatário nas novas condições (situação jurídica nova).

³⁸ James Goldschmit afirma, em sua obra, que *“Existe tal interés cuando el actor se halla ante una inseguridad jurídica y la declaración constituye el único medio legal para evitarla”* (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 107)

A última crise, indicada por Dinamarco, é qualificada por ser uma crise jurídica de adimplemento, que surge com a inadimplência de obrigação pactuada. Para a solução dessa crise, existe a tutela condenatória, que permite sancionar o inadimplente, franqueando ao credor, inclusive, a via da execução⁴⁰. Essa crise esboça um problema que vem sendo o estopim de muitas discussões travadas na seara processual, a saber, quando se pensa em inadimplemento, logo se associa o processo condenatório (sancionatório) ao processo de execução, e ao problema da não efetividade dessa via processual na atualidade, que será apreciado no momento oportuno (*infra*, cap. 6).

4.3 FUNDAMENTO LEGAL DA PREVENÇÃO: A OBRIGAÇÃO, O DEVER JURÍDICO E A NECESSIDADE SISTEMÁTICA DO TERMO “CRISE JURÍDICA DE COOPERAÇÃO”

Na verdade, ao falar-se em tutela preventiva, que tem amparo legal nos arts. 84 do CDC e 461 do CPC, cuida-se da efetividade na solução das crises jurídicas de direito material.

É certo também dizer, que as crises que admitem prevenção, corriqueiramente, avolumam-se no âmbito das tutelas condenatórias, derivadas de crises jurídicas de adimplemento. Uma vez constatado o inadimplemento, há espaço para exigir uma prestação e, na proposta deste trabalho, até mesmo para prevenir sua ocorrência.

Na atuação do processo civil individual, é este o escopo do art. 461 do CPC, que regulamenta as tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer, com as seguintes prescrições:

39 “Tais sentenças, por si sós, sem qualquer atividade de efetivação posterior, constituem nova situação jurídica. A transformação na esfera dos jurisdicionados, também neste caso, se dá independentemente de qualquer providência material;” (TALAMINI, 2003, p. 188)

40 Para colocar fim às crises de adimplemento, prevê o sistema, a princípio, o binômio condenação-execução. (BEDAQUE, 2003, p. 103.).

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de **obrigação de fazer ou não fazer**, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (grifos, itálicos e negritos nossos)

Pelo apresentado literalmente pelo *caput* do dispositivo, poder-se-ia afirmar que a tutela específica **(i)** cabe para tutela do direito obrigacional (pessoal), **(ii)** que configure prestação de fazer e não fazer.

Doutrinariamente, todavia, não é bem aceita a literalidade do art. 461 do CPC, pois que ao afirmar restritivamente proteção à *obrigação de fazer e não fazer*, deixa carente de proteção todos os outros direitos não atrelados ao plano obrigacional, mas que ainda assim configuram exigibilidade a um fazer ou não fazer.

Com mais clareza, a doutrina clássica de direito civil trabalha o termo *obrigação*, em sentido técnico, para identificar relações pessoais nas quais se cria vínculo jurídico que, se descumprido, gera inadimplemento, o qual é exigível mediante uma prestação. É o que afirma o prof. Antunes Varella, em seus estudos:

“No seu sentido técnico, a obrigação consiste na relação jurídica por virtude da qual uma pessoa pode exigir, no seu interesse, determinada prestação de uma outra, ficando esta vinculada ao correspondente dever de prestar (1977, p.57).

Dessa visão técnica do direito obrigacional, pela redação do art. 461 do CPC, escapa todo o fazer ou não fazer que não seja de natureza pessoal.

Ante a constatação, a proposta da doutrina processual, que estuda o dispositivo em comento, é a de elastecer o termo obrigação para não restringir a sua aplicação aos direitos obrigacionais, em sentido estrito.

Para interpretar o referido termo, com certo elastecimento, é que se torna imprescindível passar pela análise daquilo que Kelsen (2000, p. 86-91) considerou por Dever Jurídico, qual seja, o cumprimento espontâneo da norma jurídica hipotética.

Dentre os diversos deveres jurídicos, o direito obrigacional é apenas um deles (espécie), e mais, no gênero dever jurídico⁴¹ existem categorias cujo cumprimento o cumprimento, embora dependa de fazer ou não fazer, não está atrelado aos elementos da personalidade do direito obrigacional e, por conseguinte, não se encartam na idéia clássica de prestação e adimplemento. Tal ocorre, *verbi gratia*, nas relações do direito real, que, quando ofendidas, não resultam em inadimplência, mas sim em direito de seqüela, que é a possibilidade de perseguir a coisa pelo descumprimento de um dever de abstenção.

A fim de evitar que direitos *não obrigacionais*, resultantes de fazer e não fazer, escapem da “geografia” do art. 461 do CPC, afirma-se caber tutela específica ou resultado prático equivalente tanto das *obrigações* de fazer ou não fazer, quanto dos *deveres jurídicos* de fazer ou não fazer, conforme vem sustentando parte da doutrina (TALAMINI; 2003, p. 127). Consoante o prof. Eduardo Talamini (2003, p. 129) afirma, “em síntese, ‘obrigação’ assume o sentido larguíssimo de dever jurídico”⁴².

No mesmo sentido, Sérgio Cruz Arenhart (2000, p. 110) afirma que, “Embora a norma refira-se a *obrigações*, ao que parece, autoriza ela também o uso deste procedimento para direitos não-obrigacionais, tais como os direitos da personalidade”.

Havendo esforços no sentido de que o art. 461 preserva o dever jurídico em geral, resta também que seu amparo não se fixa exclusivamente para as crises de adimplemento (no sentido obrigacional), mas também para os deveres jurídicos que escapam desse conceito e que carecem da tutela.

Ainda no campo dos deveres de fazer e de não fazer ***sem necessariamente natureza obrigacional***, podem ser mencionados aqueles atinentes a direitos autorais (Lei 9.610/98), propriedade intelectual sobre

41 Eduardo Talamini é objetivo: “A obrigação, em sentido técnico, é apenas uma das categorias de dever jurídico” (2003, p. 126) Mais adiante confirma: “Resta configurar a obrigação como constitutiva de uma das quatro tradicionais categorias de direito privado, ao lado dos direitos reais, dos direitos de família e dos direitos de sucessão” (TALAMINI; 2003, p. 126)

42 Concordando com o sentido esboçado por Talamini é que Marinoni afirma que “Um obstáculo que poderia ser levantado à tese de que o art. 461 constitui a fonte normativo-processual da tutela inibitória advém da letra do próprio art. 461, que fala em obrigações de fazer, não fazer, não se referindo a deveres. Em outras palavras, um espírito menos afeito à importância do princípio constitucional da efetividade poderia argumentar que o art. 461 só permite a tutela das obrigações *stricto sensu*, deixando sem resposta, v.g., os direitos da personalidade.” (2003, p. 87)

programas de computador (Lei 9.609/98) propriedade intelectual e proibição à concorrência desleal (Lei 9.279/96), proibição ao uso de poder econômico (Lei 8.884/94 –entre outros (v. cap. 19).” (TALAMINI; 2003, p. 129) (itálicos e negritos nossos)

A tutela preventiva, autorizada a agir contra o ilícito, deve atuar frente ao dever jurídico em geral. A prevenção é possível sempre que o provimento jurisdicional for capaz de adequar a conduta do provável descumpridor do direito antes que ocorra a violação da norma. Esta consideração é de suma importância no âmbito da prevenção porque permite proteger direitos, *v.g*, como o da imagem, que não é pessoal, mas que é relacionado simbioticamente a uma abstenção (*non facere*).

Por causa do largo conceito atribuído ao termo obrigação e considerando que a ordem constitucional não admite que lesão a direito ou *ameaça de lesão* fique sem o resguardo da jurisdição (art. 5º, XXXV a CF/88), é possível afirmar que, no âmbito do processo individual, o art. 461 do CPC surge na condição de fundamento jurídico à prevenção⁴³.

Essa conclusão indica que o aludido dispositivo possui instrumental adequado para evitar ocorrência do ilícito, por meio de técnicas processuais de coerção e sub-rogação, que serão adiante analisadas (*infra*, cap. 7).

Com esses dados, é forçoso concluir que: **(i)** *a tutela preventiva, com fundamento processual no art. 461 do CPC, é aplicável ao direito obrigacional e aos demais deveres jurídicos atrelada à prática de um fazer ou não fazer; (ii) mesmo diante de situações nas quais o descumprimento do fazer ou não fazer não gere inadimplemento, no sentido técnico do direito obrigacional, será possível a incidência de uma tutela preventiva.*

Se com tais premissas, é possível dizer que, se a incidência da tutela preventiva ultrapassa o termo obrigação em sentido estrito, também haverá uma insuficiência

43 Sabemos que Spadoni (2002, p.35-36) formula crítica aos que sustentam que o fundamento da tutela inibitória é o art. 461, porque para o respeitado autor, haveria uma inversão de ótica, qual seja, querer fundamentar o direito material pelo processo. Segundo seu parecer, é o direito material que postula sua proteção diferenciada e lá é que se encontra fundamento para a tutela preventiva. Entendemos a crítica do referido autor, mas é certo que, no sistema vigente, o CPC (art. 461) oferece o fundamento para a inibitória, mesmo que seja necessário admitir, tal como ocorre noutros casos,

no uso do termo crise jurídica de adimplemento, pois que várias serão as sentenças preventivos-condenatórias a debelar deveres jurídicos que, quando descumpridos, geram direito à exigência do ato comissivo ou omissivo, sem decorrer de um inadimplemento, tal como na hipótese de condenação a fim de inibir a prática de dano à moral, à imagem, turbação à posse, etc.

Para não causar confusões no decorrer dos estudos, em vez de empregar indistintamente o termo crise de adimplemento, preferir-se-á usar um termo mais amplo, qual seja, *crise jurídica de cooperação*, que se toma emprestada, com adaptações, da obra do prof. Andrea Proto Pisani (2004, p. 29-48)⁴⁴.

O uso do termo crise jurídica de cooperação busca atingir a exata incidência da tutela preventiva, que atua tanto quando há exigibilidade de atos positivos ou negativos derivados do inadimplemento quanto quando há descumprimento de um dever jurídico.

O ato comissivo ou omissivo, que viola direito, seja ele derivado de direito obrigacional ou dever jurídico não obrigacional, apresenta-se como a ausência de cooperação jurídica de alguém com o direito de outrem^{45 46}.

que um diploma processual cuidou de tema também da seara material (obrigações de fazer e não fazer).

44 O professor Pisani, no curso de sua obra *Lezioni di diritto processuale civile* (2004) apresenta por diversas vezes crises de direito material que necessitam de solução via processo. Em regra, ao qualificar tais crises (seja de certeza, situação ou adimplemento) ele indica um termo mais amplo, qual seja: *crisi di cooperazioni*. A crise de cooperação é termo lato que o prof. Pisani indica quando alguém não coopera com o dever jurídico alheio, e tais ausência de cooperação podem ser no âmbito da mera certeza, da situação jurídica, do adimplemento, ou ainda, pela prática de atos de fazer ou não fazer que, embora não derivem de direito obrigacional, se encartam na noção de uma não cooperação com fazer ou não fazer. Por tal motivo, adotar-se-á o termo empregado pelo prof., porém restringindo-se o uso aos deveres jurídicos de fazer e não fazer, que, quando são descumpridos, geram necessidade de tutela condenatória.

45 Com esse termo, engloba-se tanto o ato do inadimplemento, que é uma falta de cooperação com o direito alheio, quanto os demais deveres jurídicos que podem resultar em condenação. Em trecho da obra de Sérgio Cruz Arenhart há indicativos da utilidade de usar o termo cooperação: “O titular de obrigação está *com este bem em uma relação mediada da **cooperação do obrigado** (dever ter)...*” (ARENHART, 2000, p. 165) (negritos nossos)

46 Com sensibilidade aguçada para este detalhe, Marcelo Lima Guerra deixa transparecer em suas notas a necessidade de cooperação em certas relações jurídicas: “Através dos meios *sub-rogatórios*, a tutela executiva é prestada sem qualquer **cooperação do devedor**, exclusivamente pela atividade dos órgãos jurisdicionais (daí a pertinência de referir-se a ela como atividade ‘sub-rogatória’). Já com as providências ditas *coercitivas*, se obtém a tutela executiva com o cumprimento do devedor, induzindo por coerção indireta exercida pelo órgão jurisdicional, através de sanções adotadas dessa finalidade específica”. (GUERRA; 1998, p. 303) (itálicos e negritos nossos)

Diante dessa possibilidade de frustração por causa de uma não cooperação, é que cabe a prevenção com intuito de impedir que seja praticado o ilícito.

Por isso, no encaminhamento do trabalho, será utilizado o termo crise jurídica de cooperação a um fazer ou não fazer para designar tanto as hipóteses que derivam de inadimplemento como as demais.

4.4 O DANO E O ILÍCITO

Estabelecido que existe, no processo, compromisso com a tutela preventiva, que abrange o máximo dos deveres jurídicos, é importante traçar notas diferenciadoras entre as figuras do dano e do ilícito.

Até recentemente, o direito civil esteve vinculado à idéia de que o processo só poderia prestar amparo ao direito violado que gerasse dano; o dano seria a materialização da ilicitude e tornaria justificável a prestação jurisdicional (MARINONI; 2003, p. 37).

A ocorrência de mero ilícito, sem danos decorrentes, não comportaria prestação processual, haja vista que a mera ilicitude civil seria pautada por irrelevância, conforme sustenta Marinoni (2003, p. 37). Esse pensamento, que vigeu por um bom tempo, ignorou a possibilidade de diferenciar a tutela do dano (reparatória) e a tutela do ilícito (preventiva ou inibitória)⁴⁷.

47 Para Sérgio Cruz Arenhart ainda é precária a distinção nas obras de direito privado: "Difícilmente se encontram autores de direito civil capazes de conceber as duas coisas como fenômenos distintos e, muito menos, de utilizá-los como critérios para tratar das questões do direito privado." (ARENHART; 2003, p. 101)

Ilícito, em uma visão apresentada por Kelsen (2000, p. 86-91), é o descumprimento do dever jurídico⁴⁸; ao descumpri-lo (violar a norma hipotética) ocorre a ilicitude, que, para Kelsen, deve gerar uma sanção por meio da imputação.

Da prática do ato ilícito, seja penal ou civil, costuma ocorrer algum dano jurídico, que implica uma tutela. É incorreto, porém, para a ciência processual moderna, fazer uma vinculação absoluta entre dano e ilícito, pois se caminha na atualidade para identificar a possibilidade de que exista também a tutela especificamente contra o ato ilícito, sem questionamento acerca da ocorrência ou não de dano. Essa, em verdade, é a tutela preventiva contra o ilícito, também denominada de tutela inibitória. Tal constatação é sentida na doutrina italiana, conforme se extrai das palavras de Filippo Danovi:

È possibile pertanto affermare che l'elemento <<danno>> rappresenti un requisito indispensabile per la sola obbligazione di risarcimento, ma non per il perfezionamento della fattispecie illecita avverso la quale è concessa la tutela inibitoria. (DANOVI, 1996, p. 1061)⁴⁹

Na realidade, para esclarecer adequadamente o que é uma tutela contra o dano e contra o ilícito, é preciso lembrar que o Direito, de forma geral, esteve influenciado pelos valores individualistas e liberalistas (*supra*, 3.1), que permitiam uma visão de tutela jurídica que apenas era oferecida para reparar direito quantificando os prejuízos (dano). O processo civil clássico, reparatório por indenização, fixava olhares com exclusividade na ocorrência ou não de dano patrimonial, sob pena de concluir que, ante a sua ausência, não havia o que ser reparado.

Hoje, com a necessidade de novas tutelas para novos direitos (*supra*, 3.1), observou-se que nem sempre reparar é proteger o direito. Em muitos casos, é imprescindível resguardar um bem jurídico prevenindo contra a ocorrência do ato ilícito.

48 “A conduta de um indivíduo prescrita por uma ordem social é aquela a que o indivíduo está obrigado. Por outras palavras: um indivíduo tem o dever de se conduzir de determinada maneira quando esta conduta é prescritiva pela ordem social. Dizer que uma conduta é prescritiva e que um indivíduo é obrigado a uma conduta, que é seu dever conduzir-se de certa maneira, são expressões sinônimas. Visto a ordem jurídica ser uma ordem social, a conduta a que um indivíduo é juridicamente obrigado é uma conduta que - imediata ou mediata - tem de ser realizada em face de outro indivíduo” (KELSEN; 2000, p. 128-129).

49 “É possível, portanto, afirmar que o elemento dano representa um requisito indispensável para a obrigação de ressarcimento, mas não para o aperfeiçoamento da *fattispecie* ilícita através da qual é concedida a tutela inibitória”.

Essa nova realidade permite identificar que o processo civil moderno não mais se contenta com análises sobre reparação de danos, mas sim com o compromisso de efetividade também na prevenção dos direitos, discernimento que conclui pela autonomia do ilícito frente ao dano, e pela necessidade de prestar uma tutela também com olhos fixados na possibilidade da prática do ato ilícito. Essas são também as considerações da doutrina do prof. Aldo Frignani (1997, p. 999), para quem *“Si trata dello strumento di tutela preventiva destinato ad operare in quelle situazioni di fatto nelle quali la tutela risarcitoria (intervenendo necessariamente a posteriori) è inadeguata.”*

O cerne de atuação da tutela preventiva, depende, por tudo, da exata distinção do dano e do ilícito, bem como da possibilidade de coexistir com a clássica tutela contra o dano a nova tutela contra o ilícito.

Explanando sobre o surgimento de direitos diferenciados e que não dependem de dano, cita-se, no âmbito interno, o não menos importante magistério do prof. J. C. Barbosa Moreira, que afirma sobre o tema que:

Entre essas ‘novas’ categorias jurídicas, que assomam ao proscênio, ameaçando ofuscar figuras de tradição ilustre mas um tanto fatigada, ocupa lugar de relevo o chamado direito à preservação da intimidade. Recente como objeto de pesquisa científica individualizada, não é de estranhar que permaneçam parcialmente imersos em uma bruma a sua natureza e seus contornos. Encaixam-nos os estudiosos no quadro dos ‘direitos da personalidade’; mas, em tal contexto, não se chegou por enquanto a traçar-lhe o perfil com linha nítida, em ordem a estremá-lo à perfeição de congêneres como o direito à liberdade, o direito à integridade física e psíquica, o direito ao nome, o direito à própria imagem e sobretudo o direito à honra, do qual entretanto parece haver inteira conveniência em mantê-lo distinto. Embora talvez ainda não se tenha cunhado fórmula exata para conceituá-lo, não se andarão longe da verdade se lhe identificar a essência no poder atribuído à pessoa de excluir o conhecimento alheio, em seu maior ou menor grau, quanto a fatos com ela relacionados e atributos do seu próprio ser. (BARBOSA MOREIRA, 1980b, 3-4)

Logo em seguida, o citado professor arremata:

Esse poder vem sendo reconhecido como digno, *em si mesmo*, de tutela jurídica, independentemente de considerações sobre as possíveis conseqüências da intromissão indébita e não consentida de outrem na ‘esfera íntima’ do indivíduo. Faz-se abstração de eventuais danos *externos*, quer de ordem material, quer até de ordem moral; isto é: prescinde-se da capacidade, que porventura tenha ingerência, de prejudicar a pessoa no seu patrimônio, ou mesmo na estima de outros membros da comunidade

social. A integridade da 'esfera íntima' vê-se considerada como bem autônomo, tutelável *per se*, nas múltiplas facetas que a circunscrevem, tão numerosas quanto possam mostrar-se os desdobramentos do interesse de alguém em guardar só pra si, ou para o estreito círculo de pessoas a quem livremente queira comunicá-los, os variadíssimos aspectos da sua vida pessoal: convicções religiosas, filosóficas, políticas ou científicas, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, estado de saúde, atividades profissionais, situação econômico-financeira e assim por diante.(BARBOSA MOREIRA, 1980b, p. 4)

Conforme se extrai dos ensinamentos do prof. Barbosa Moreira, embora exista uma relação comum entre o dano e o ilícito, nem sempre existirá essa “decorrência lógica” de um para o outro, e mesmo não questionando a existência do dano (patrimonial), ainda assim se afigura legítima a prestação jurisdicional.

Para evidenciar a diferença dos pressupostos das tutelas (contra o dano e contra o ilícito), pode-se dizer que a configuração da tutela do dano depende de **(i)** ato ilícito praticado, **(ii)** que cause prejuízo. Com tais elementos, afigura-se o interesse processual de agir com a consolidação do ato ilícito, e a tutela depende de produção de provas sobre o prejuízo (dano). Com grande precisão, novamente se encontra o prof. Aldo Frignani, que, em tom explicativo, indica que:

L'azione inibitoria è caratterizzata dalla presenza di tre condizioni: una positiva (pericolo di un pregiudizio futuro) e due negative (si prescinde dal danno e si prescinde dalla colpa). (FRIGNANI, 1997, p. 1000)

Para encontrar fundamento para a tutela preventiva, é mister **(i)** demonstrar a iminência de que seja praticado um ato contrário ao direito e **(ii)** não haver necessidade de questionamento sobre haver ou não dano posterior. O interesse surge com a ameaça ao direito, e a prova deve incidir exatamente sobre a iminência de que o ilícito ocorra.

4.5 PREVENIR O ILÍCITO E REPARAR O ILÍCITO: A TUTELA PREVENTIVA PURA, A REMOÇÃO DO ILÍCITO E A MERA REPARAÇÃO DOS DANOS

4.5.1 A tutela preventiva contra o ilícito, preventiva da repetição do ilícito, tutela da remoção do ilícito e tutela específica reparatória

Decerto, até o presente momento se pôde elucidar que o instrumental das tutelas específicas contidas no art. 461 do CPC ultrapassam os limites de atuação do direito obrigacional.

Considerando, mais detidamente, o foco da prevenção do ato contrário ao direito, é possível encontrar algumas variantes, que tendem a demonstrar melhor a forma de atuação da tutela jurisdicional.

Nessa busca pela prevenção, surge a necessidade de descobrir o que realmente se encarta em tal conceito e o que é, embora com atuação jurisdicional extremamente eficiente, mera tutela reparatória.

Para expor com mais clareza, dividiu-se esta parte do estudo nas distinções entre **(i)** tutela preventiva do ilícito; **(ii)** tutela preventiva da repetição do ilícito; **(iii)** tutela da remoção do ilícito; e **(iv)** tutela específica reparatória.

4.5.1.1 A tutela preventiva contra o ilícito

A tutela preventiva é caracterizada por impedir a prática de um ato ilícito antes que ele ocorra por meio do uso de instrumental apropriado para tanto (coerção e sub-rogação)⁵⁰. Seu centro de atuação é o próprio ato ilícito, ou melhor, seu móvel é atuar para que ele não ocorra; daí a doutrina classificar a tutela preventiva como sendo aquela que atua contra o ilícito (tutela contra o ilícito) para fazer contraponto

50 Não fazemos distinção entre tutela inibitória e tutela preventiva executiva de acordo com o meio técnico empregado para obter o resultado preventivo, conforme faz Marinoni (2003), porque consideramos que o emprego da técnica coercitiva ou sub-rogação é meramente instrumental e, portanto, não modifica a finalidade da tutela, que de um modo ou de outro será alcançado na finalidade que é prevenir contra ilícito. No mesmo sentido, segue a posição de Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 128-129).

às tutelas reparatórias, que atuam, em regra, com base nos danos (tutela contra o dano) (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 480-486)⁵¹.

Enfocando o estudo no ato ilícito é que a doutrina procede em uma classificação da tutela preventiva em duas vertentes, quais sejam: **(i)** a tutela preventiva, que impede indiscutivelmente que o ilícito ocorra (tutela preventiva contra o ilícito ou tutela inibitória); e **(ii)** aquela que é preventiva contra a sua repetição (tutela preventiva contra a repetição do ilícito). O prof. Andrea Proto Pisani (2004, p. 624), tecendo comentários sobre a tutela inibitória, afirma que *“La funzione preminente di tali provvedimenti è però quella di anticipare il contenuto inibitorio del provvedimento principale, allo scopo di prevenire or impedire la continuazione della lesione del diritto azionato...”*.

Em verdade, para ultrapassar, ponto a ponto, a classificação das tutelas inibitórias do ilícito, é mister dizer que sua característica base é a de atuar impedindo a materialização do ilícito. Nessa visão, conforme salienta o prof. José Carlos Barbosa Moreira (1980b, p. 34), acompanhado, dentre outros, pelo prof. Marinoni (2004, p. 256-259) e pelo professor Corrado Ferri (1996, p. 938), a prevenção é assinalada numa ótica futurista; enquanto a tutela reparatória direciona olhares para o passado, a fim de constatar o ato o ilícito danoso, a tutela preventiva mira o futuro, haja vista que nele não deve existir qualquer ato violador do direito.

Havendo a necessidade de uma tutela preventiva, há que se fazer uso dos meios processuais adequados ao seu atingimento, seja coagindo alguém a cumprir dever jurídico, seja mesmo sub-rogando sua vontade; em cada caso, conforme as suas peculiaridades, é que se descobrirá a melhor técnica preventiva (*infra*, cap. 7).

No âmbito da tutela preventiva contra o ilícito, basta que exista ameaça de sua ocorrência (ameaça de lesão)⁵² para que se possa falar na inibição. Conforme os professores Marinoni e Arenhart (2004, p. 486), “É correto concluir, assim, que a

51 “A tutela contra o ilícito é absolutamente independente da tutela contra o dano. Para prevenir-se o ilícito, não é necessário verificar o evento danoso. Como a culpa e o dolo consistem em categorias próprias da tutela repressiva do dano, sua investigação também se torna desnecessária.” (TESSLER, 2003, p. 133)

tutela inibitória não tem entre seus pressupostos o dano e a culpa, limitando-se a exigir a probabilidade da prática de um ilícito, ou de sua repetição ou continuação”. O que é imperioso para configurar a tutela genuinamente preventiva é observar se constam suas características mais importantes, a saber: **(i)** atuar contra o ilícito, **(ii)** antes que ele ocorra e **(iii)** obtendo sucesso em sua inibição.

4.5.1.2 A tutela preventiva da continuação e da repetição do ilícito

Praticado o ato ilícito, em regra, frustrou-se a prevenção. A doutrina (MARINONI, 2004, p. 256-259), porém, considera a possibilidade de encontrar a tutela inibitória ainda assim; é a denominada tutela preventiva contra a repetição do ilícito.

Para melhor compreensão da questão, é importante esclarecer que a concepção genuína de inibir o ilícito deriva de um ideário de impedir a prática desse ato afrontoso ao direito; porém, ainda que não se consiga prevenir a ocorrência de um ato ilícito, é possível prevenir contra a sua repetição.

A explicação dessa afirmativa depende do delineamento das linhas discriminantes existentes entre **(i)** atos ilícitos que ocorrem e exaurem seus efeitos em um só momento (dano instantâneo); **(ii)** os que ocorrem e repetem-se ao longo do tempo; **(iii)** e os que, depois de ocorridos, produzem efeitos que se estendem no tempo (efeitos continuados ou permanentes).

Quando o ato ilegal já foi praticado e já carreou todos os danos possíveis ao prejudicado, é certo dizer que só haverá possibilidade para a tutela reparatória. Essa situação possui a característica de que um mesmo ato consolida a ilicitude e o dano, cabendo, *in casu*, apenas a via judicial, *v.g.*, para identificar o valor contratado e não pago. Visando à reparação, até se pode imaginar uma tutela específica monetária,

52 “A existência de ameaça ao direito pode justificar, portanto, pedido de provimento jurisdicional destinado a fazer cessar definitivamente a situação de perigo”. (BEDAQUE, 2003a, p. 166.)

contudo a proteção é voltada para o passado e se afasta do ideal da tutela preventiva, que é inibir o ilícito salvaguardando uma situação futura.

Situação diversa é aquela na qual o ato ilícito é praticado, ocorre o dano, e ele se perpetua, ou melhor, o dano produz efeitos que perduram indefinidamente no tempo. Esse tipo de ato ilícito, que produz danos que se estendem no tempo (não cessa de causar prejuízos), pode ser observado em casos como o do candidato a cargo eletivo que, antes da época permitida⁵³, afixa outdoor com mensagens explícitas de campanha eleitoral, violando a norma proibitiva, causando danos aos seus futuros concorrentes e impedindo o livre direito de escolha do eleitorado; no caso versado, não resta o que prevenir, apenas se afigura possível uma tutela para impedir que os prejuízos continuem incidindo, e tal se dará somente com a revogação da propaganda irregular. Ao se retirar a propaganda da exposição pública, é removido o próprio ato ilícito, motivo pelo qual se diz que haverá uma “tutela de remoção do ilícito” (*infra*, 4.5.1.3).

Pelas hipóteses apresentadas, pode-se dizer que a tutela preventiva, caso não consiga realmente inibir o ilícito, não terá cabimento quando o ato praticado **(i)** for capaz de automaticamente exaurir, por completo, os danos, caso no qual somente resta repará-los; ou quando **(ii)** o ilícito é praticado e os efeitos danosos perduram no tempo, causando prejuízos continuados, situação que não enseja mais prevenção, e sim a necessidade de remover o ato ilícito, para que os efeitos cessem.

A prevenção não é cabível em ocorrências como essas porque, *in correto*, a tutela apenas pode voltar-se para remediar os males de algo ocorrido no passado.

A inibitória, depois de praticado algum ato contra o direito, é admissível se houver espaço para tutelar alguma situação futura, com objetivo, logicamente, de que o ilícito não volte a se repetir. Nesse sentir, é aceitável o uso da prevenção nos deveres jurídicos continuativos. A tutela preventiva contra a repetição do ilícito não se volta para tutelar o ato ilícito já praticado, porém, se houver possibilidade para

53 Art. 36 da Lei 9.504/1997.

sua repetição (novo ato ilícito), contra ele cabe uma tutela preventiva para inibir a repetição do ilícito.

Clareando ainda mais o tema da proteção preventiva contra a repetição do ilícito, pense-se em casos assemelhados ao de uma empresa poluidora da atmosfera com a emissão de gases. Este dever, de não poluir, é um dever continuado: a cada dia, a cada hora, a cada minuto na vida do ser humano, existe um dever jurídico de abstenção da não violação do meio ambiente.

Em deveres continuados, é possível um duplo enfoque de análise. Primeiramente é factível que um ato ilícito ocorreu e que dele pode resultar uma reparação contra os danos ocorridos no passado. Além disso, existe interesse de que futuramente não exista renovação do ato ilícito, ou seja, existe espaço para pensar em proteção judicial voltada para que não se repita mais o ato desrespeitoso ao dever jurídico de não fazer. Esse cabimento contra a repetição do ilícito não é incomum, motivo pelo qual Filippo Danovi (1996, p. 1054) expõe que no sistema italiano constitui essa repetição a hipótese mais freqüente, uma vez que nas suas palavras resta nítido que *“Nella quasi totalità delle fattispecie di inibitoria previste dall’ordinamento, infatti, il legislatore richiede che l’illecito si sia già verificato...”*.

Do mesmo fato, é possível existirem duas necessidades autônomas de tutela, uma reparando o passado e outra prevenindo o futuro. Essa constatação, longe de inovadora, já era bosquejada pelo Prof. J.C. Barbosa Moreira, com as seguintes linhas:

Se o credor, ao contrário, invocar a tutela enquanto subsistente a ofensa (nas obrigações com prestação negativa duradoura), ou enquanto subsistente a possibilidade de *reiteração* da ofensa (nas obrigações negativas de trato sucessivo) há distinguir: com referência do que *já* sucedeu, a tutela específica é impraticável, mas pode sem dúvida ser dispensada com a finalidade, respectivamente, de *fazer cessar* a atividade ilícita ou de *evitar-lhe a repetição*. A tutela específica tem sempre em vista o *futuro*, é essencialmente *preventiva*. (BARBOSA MOREIRA, 1980a, p. 34)

Essa forma preventiva, embora não seja qualitativamente da mesma “pureza” daquela que impede a produção de qualquer ato ilícito, é, mesmo assim, preventiva contra a sua repetição (MARINONI; 2003, p. 152). Sabe-se que das obrigações negativas de trato sucessivo decorrem duas linhas que se relacionam, mas não se

confundem: a violação, que enseja a reparação, e a possibilidade preventiva contra a repetição do ato violador de direitos.

4.5.1.3 Tutela da remoção do ilícito

A tutela da remoção do ilícito, por sua vez, tem cabimento quando ele ocorre e, além de violar o direito de outrem, perpetua efeitos que trazem repetidamente um maior número de danos.

Nas linhas de Luiz Guilherme Marinoni, a ação de remoção do ilícito ocorre de acordo com as seguintes premissas:

Se a ação inibitória se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção do ilícito, como o próprio nome indica, dirige-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu. (MARINONI, 2004, p. 269)

Em verdade, a genuína tutela preventiva não permite qualquer confusão com a figura da remoção do ilícito, haja vista que o êxito da sua atuação não permite nenhum ilícito para que se o deseje remover. Cabe, por outro lado, distinguir a remoção do ilícito da preventiva contra ilícitos que se repetem no tempo.

A linha diferenciadora dessas tutelas está sempre na forma de atuar sobre o objeto. A tutela preventiva atua contra a repetição do ilícito e é realmente preventiva naquilo que pretende; previne porque encontra espaço para evitar, no futuro, a nova ocorrência do ato ilícito, quer dizer, seu caráter preventivo é observado em sua função exclusiva de impedir a nova violação ao direito. No caso de uma violação continuada de marca industrial, duas tutelas podem surgir: a da reparação pelos danos e, independente dessa, a da prevenção à repetição dessa violação. Inclusive, é possível dizer que o interessado poderá ajuizar uma ou outra ação, sem obrigatoriedade de cumular as demandas ou de se insurgir contra os dois problemas.

O próprio prof. Marinoni apresenta exemplo interessante de tutela contra ilícito que produz efeitos continuados:

“... no caso de despejo de lixo tóxico em local proibido, *há ato ilícito – que depende apenas de uma ação – de eficácia continuada*. Nesse caso, basta a remoção do ilícito, ou melhor, que a tutela jurisdicional *remova o ato já praticado* para que, por consequência, cessem seus efeitos ilícitos.” (MARINONI, 2004, p. 260)

Noutra situação, a remoção do ilícito, segundo o prof. Marinoni, pode ser encontrada quando:

Nas hipóteses em que já foi industrializado, fabricado, importado ou exposto à venda produto de alto grau de nocividade ou periculosidade, ou dotado de defeito de concepção ou de fabricação, deve ser proposta ação de remoção do ilícito, também baseada no art. 84 do CDC, para que o produto seja apreendido ou inutilizado. Tratando-se de serviço, deve ser interdita sua comercialização. (MARINONI, 2004a, p. 28)

O mesmo prof. anteriormente citado esclarece que:

Há diferença entre temer o prosseguimento de uma atividade ilícita e temer que os efeitos ilícitos de uma ação já praticada continuem a se propagar. Se o infrator já cometeu a ação cujos efeitos ilícitos permanecem, basta a remoção da situação de ilicitude. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a ação inibitória, o ilícito que se deseja atingir está no passado, não no futuro. (MARINONI, 2004a, p. 10)

A remoção do ilícito, nos estudos de Clayton Maranhão, pode ser observada em várias situações:

Os anúncios publicitários abusivos ou enganosos podem ser realizados mediante painéis, cartazes, imprensa, internet, *telemarketing* etc. Em todos esses casos, a efetivação da tutela de remoção do ilícito objetiva a cessação de tais anúncios ao conhecimento do público consumidor, o que tanto pode dar-se mediante busca e apreensão (cartazes, suplementos da revista ou do jornal contendo anúncio), remoção de coisas ou desfazimento (painéis, páginas eletrônicas na internet), desligamento dos telefones, suspensão ou interdição da atividade (empresa exclusiva de *telemarketing*, veículos de comunicação etc), devendo-se optar, sempre, pela medida mais efetiva e adequada ao consumidor e, ao mesmo tempo, menos gravosa ao fornecedor (art. 620 do CPC, subsidiariamente aplicável). (MARANHÃO, 2003, p. 261)

Perceba-se que, na tutela de remoção do ilícito, existe um caráter eminentemente reparatório, sua prestação é contra o ato consolidado, havendo, nisso, desejo de reparar, e, no máximo, de prevenir contra maiores danos futuros, e não contra ilícitos futuros.

4.5.1.4 Tutela específica reparatória

De acordo com a investigação das tutelas oferecidas pelo processo, é possível identificar aquela que atua nos moldes clássicos pela ocorrência do ato violador do direito e a conseqüente necessidade de reparação, e a que atua antes de ocorrer a ilicitude, denominada tutela preventiva ou inibitória. Nesse sentido, pode-se dizer que a tutela preventiva e a reparatória atuam com base em premissas distintas, e a tutela preventiva se apresenta com feição de antagonista da tutela reparatória ou sancionatória (BEDAQUE, 2003, p.127)⁵⁴.

A tutela preventiva, na sua atuação, alcança exatamente o objetivo postulado pelo requerente, qual seja, impedir o acontecimento do ato violador do direito. Sua proteção, neste sentido, é específica pois resolve o direito material exatamente conforme deveria ser respeitado *in natura*.

A tutela específica, por sua vez, pode nem sempre acontecer por meio da prevenção. O sistema processual oferece ao jurisdicionado, hoje, a possibilidade de conseguir o resultado específico também no âmbito reparatório dos direitos.

Interessante, com a exposição, é dizer que, se a tutela preventiva é sempre específica, o mesmo não se pode dizer sobre a tutela reparatória, haja vista que poderá se apresentar ora genérica (indenizatória), ora específica (*in natura*).

A tutela reparatória, que nos moldes clássicos operava pelo ressarcimento, instrumentaliza-se hoje para alcançar um grau qualitativamente superior pela proteção específica do direito (proteção *in natura*). Nessa tendência, o Prof. Dinamarco traduz o “novo processo civil” da seguinte maneira:

54 Com o mesmo direcionamento, Dinamarco: “Quando já consumados os atos comissivos ou as omissões lesivas, resta dar remédio à situação criada (repará-la), o que o direito material manda que se faça mediante recondução dos sujeitos, na medida do possível, ao estado precedente à transgressão. Tal é a tutela reparatória, que se distingue da preventiva justamente porque tem cabimento com o fito de restabelecer situações, não de prevenir transgressões” (DINAMARCO; 2001, p. 153).

Sempre que jurídica ou materialmente a *tutela específica* não seja possível – só mesmo quando não o for – tem lugar a *tutela ressarcitória*, que é modalidade da tutela reparatória. Ela consiste em propiciar *dinheiro* em lugar do bem ou da situação subtraída ao demandante, em casos como a perda ou destruição do bem devido, a alienação a terceiro do imóvel prometido à venda (sem que a promessa haja sido levada a registro) *etc.* O direito moderno vem progressivamente impondo a tutela específica, o *processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter*. Essa sapientíssima lição (Giuseppe Chiovenda), lançada no início do século, figura hoje como verdadeiro *slogan* da moderna escola do *processo civil de resultados*, que pugna pela efetividade do processo como meio de acesso à justiça e proscreve toda imperfeição evitável. A *Reforma do Código de Processo Civil* deu especial ênfase à prioridade da satisfação específica dos direitos, municiando o juiz de severíssimos poderes destinados a obter o cumprimento das obrigações de fazer em não-fazer ou, de todo modo, a oferecer ao redor um resultado prático equivalente ao cumprimento – sempre com a expressa advertência de que a solução pecuniária só se admitirá por opção do próprio credor ou quando impossível a satisfação *in natura* (art. 461, *caput* e §1º). (DINAMARCO; 2001, p. 153) (grifos no original)

Para afastar a tutela genérica da regra comum do processo civil, é que o art. 461 do CPC apresenta instrumental apto para a tutela específica, seja no âmbito da prevenção do ilícito, seja na atuação específica contra o dano (reparatória). Embora essas tutelas derivem de dispositivo legal comum, são importantes as ressalvas do Prof. Marinoni, para quem :

É importante sublinhar que as ações destinadas à obtenção destas várias tutelas, evidentemente, têm seus pressupostos próprios. Com efeito, os pressupostos da ação inibitória não se confundem com aqueles que dizem respeito a uma série de outras tutelas que também encontram instrumentos processuais adequados nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC. Ora, confundir tutela inibitória com tutela específica da obrigação contratual inadimplida, ou com tutela ressarcitória na forma específica, apenas pelo fato de encontrarem instrumentos processuais na mesma norma, é, além de ignorar a distinção entre técnica processual e tutela, esquecer que os pressupostos de cada uma destas tutelas são diversos (MARINONI; 2003, p. 116)

A mesma ressalva, de que cada uma dessas tutelas têm seus pressupostos, é professada nas lições do prof. Aldo Frignani (1997, p. 1001), quando explica que *“Quanto alla funzione, la distinzione com il rimedio dell’azione rissarcitoria è netta: prevenzione dell’illecito contro ristorazione del dano patito.”*⁶⁵.

Dessa forma, embora ambas possam atuar no plano concreto com proteção *in natura*, seus pressupostos e finalidades diferem, não interessando a este estudo as formas de atuar especificamente para reparar, e sim para evitar.

4.6 CONCLUSÃO PARCIAL

O processo civil, na busca da melhor proteção, hoje oportuniza a tutela específica do direito até mesmo na modalidade preventiva.

No enfoque das formas de atuação do processo, é possível identificar, no âmbito do resultado da tutela, suas modalidades genérica ou específica.

Com relação ao momento da tutela, ela pode atuar preventivamente contra a ocorrência do ilícito ou depois de sua ocorrência, na modalidade reparatória, hipóteses nas quais a ilicitude já está configurada.

Especificamente, sobre a tutela preventiva, seu mote é atuar *evitando o ilícito*, porém, em alguns casos, mesmo que alguma atuação contrária ao direito ocorra, é admissível essa tutela preventiva para impedir a sua repetição, casos nos quais existe um dever jurídico continuado que permite enxergar utilidade em prevenir futuro descumprimento.

Em nosso sentir, não parece adequado classificar a tutela preventiva como tutela contra o ilícito, haja vista que tutelas reparatórias, tal como a da remoção do ilícito, também atuam sobre o mesmo objeto.

Melhor, parece-nos, é indicar sua característica de atuação no estado de ameaça do ilícito a fim de impedir sua concretização; é sua atuação direcionada para o futuro sem que nele exista estado de lesão.

55 “Quanto a função, a distinção com o remédio da ação ressarcitória é clara: prevenção do ilícito contra restauração do dano sofrido.”

Dessa forma, a tutela preventiva, longe de ser uma “nova tutela” é apenas uma técnica processual para atuar no momento da ameaça do ilícito, impedindo a sua ocorrência.

5 TUTELA PREVENTIVA CONTRA O ILÍCITO (TUTELA INIBITÓRIA)

O presente capítulo tem seu encaixe, neste estudo, com finalidade de ingressar no âmbito das tutelas preventivas. Já se traçou, nas linhas pretéritas, o momento propício por que passa o direito para pensar em prevenir, seja pela aproximação do processo ao direito (*supra*, 3.3 e 3.2), pela necessidade de efetividade da jurisdição (*supra*, 3.1 e 3.2), seja pelas novas concepções de tutelas diferenciadas que escapam da via ressarcitória (*supra*, 3.2). Resta, para continuar trilhando a via da tutela preventiva, apresentar, neste ponto, algumas informações de sua origem no sistema nacional, bem como buscar alguns traços da doutrina de direito comparado, a fim de verificar o estado atual de desenvolvimento da tutela inibitória brasileira e a sua distinção de institutos afins, tais como a tutela antecipada, a tutela cautelar, a condenação para o futuro e a ação declaratória “preventiva”.

Apresentadas essas distinções, fixar-se-á ainda mais o âmbito da incidência da prevenção, e seguir-se-á, nos demais capítulos, pelo estudo da tutela preventiva e de técnicas de efetivação coercitivas e sub-rogorárias.

5.1 ADVENTO DA TUTELA PREVENTIVA NO ATUAL PROCESSO CIVIL

Consoante os dados históricos (*supra*, 3.2), o processo civil, tal como legislado em 1973, segue o modelo instrumental limitado à resolução de conflitos individuais, com ausência de mecanismos executivos no bojo do processo cognitivo.

Os institutos processuais, de igual forma, também foram mentalizados a partir de uma concepção individual de conflitos, *v.g.* a legitimidade das partes (ordinária e extraordinária) e os limites subjetivos da coisa julgada (*inter partes*). O surgimento

dos direitos coletivos pugnou pela reformulação de alguns desses dogmas processuais, para que o processo pudesse fazer a realização do direito material também na seara coletiva.

Além das restrições do alcance aos litígios individuais, o processo civil de 1973 carrega o fardo da constante cobrança por uma atuação efetiva. A falta de efetividade tornou o processo pequeno diante do fator tempo, que aparece na tortuosa figura do dano marginal e da reparação genérica dos direitos (*supra*, 3.3 e 3.4).

A necessidade de mudanças solicitadas pelo plano substancial vem tornando imprescindíveis ao processo novas conquistas, a saber: delinear técnicas aptas à solução de conflitos não individuais e evitar a reparação por equivalente pecuniário. No âmbito da coletividade, houve produção legislativa contínua (ACP, LAP, CDC, ECA, etc). O prof. Marcelo Abelha Rodrigues, em estudo do processo coletivo, conclui da seguinte forma:

É com esta visão que devemos encarar daqui pra frente as regras e técnicas previstas na lei de ação civil pública. Uma lei que foi criada para atender da melhor forma possível, com justiça e efetividade, aos bens e valores que visa tutelar. Para tanto, reconheceu-se a insuficiência da utilização imediata do sistema tradicional, do procedimento ordinário, para se criar um procedimento especial não previsto no Código e com técnicas específicas de efetivação do direito que esta lei pretende instrumentalizar. (ABELHA, 2003, p.11)

Ladeando essa evolução do individual ao coletivo, mergulha o legislador pátrio na busca de uma nova concepção de tutela efetiva, e isso se deu, em diversas e demoradas etapas, que ultrapassam várias conquistas, importando citar, exemplificativamente, a criação do mandado de segurança, a previsão de providências liminares nalguns procedimentos especiais do processo civil, bem como a posterior consagração do poder geral de cautela, que oportunizou, em meio aos debates do tema, o surgimento de outros mecanismos efetivos, tais como a tutela antecipada do art. 273 e o da tutela específica do art. 461⁵⁶.

56 “Esse ideal da tutela diferenciada começou a ser implantado, de maneira tímida, com a adoção do poder geral de cautela (art. 798 do CPC), com o julgamento antecipado da lide (330 do CPC), com o procedimento sumário (arts. 275-281 do CPC), com a ampliação do rol de títulos executivos e outros expedientes originariamente manejados pelo Código de 1973”. (THEODORO JÚNIOR; 2002, P. 14)

No feixe de atuação das tutelas preventivas, é preciso tecer comentários sobre a introdução no sistema processual dos arts. 84 do CDC e 461 do CPC. O art. 461, que trata das tutelas específicas, é fruto da influência do art. 84 do CDC, que antes dele já regulava situações de tutela diferenciada⁵⁷ no processo coletivo.

Os direitos coletivos, com habitual característica de extrapatrimonialidade, solicitam uma tutela diferenciada, no molde preventivo, haja vista que repará-los com indenização é fazer com que tenham pouco ou nenhum valor. O objetivo da tutela específica não é se perder pura e simplesmente em indenizações, é mais que isso, é proteger o bem conforme a necessidade específica do caso, pois que, de acordo com o prof. Cândido R. Dinamarco (2001, p. 147), “A variedade de meios processuais constitui, assim, espelho da variedade das soluções ditadas no direito material”.

Para alcançar a possibilidade das tutelas específicas, e ainda mais no momento preventivo, é que atualmente existe uma paulatina quebra do modelo condenação-execução *ex intervallo*, pois, com a tutela específica, o processo de conhecimento recebe mecanismos com aptidão a entregar, na própria sentença, o bem jurídico, utilizando-se das técnicas mandamentais (coercitivas) e executivas *lato sensu* (subrogatórias); com isso, o processo de conhecimento obtém autorização legal para conhecer e executar, entretantes (BEDAQUE, 2003a, p. 125).

Hoje é possível dizer que o modelo ‘conhecer-executar’ está sendo modificado para ‘conhecer-executando’, e, dentro da implementação da tutela específica, foi também criado o espaço necessário para a tutela preventiva dos direitos.

⁵⁷ Insta uma pontuação sobre o parágrafo único do art. 83 (poderá ser ajuizada, pelos legitimados no artigo anterior ou por qualquer interessado, ação visando ao controle abstrato e preventivo das cláusulas gerais), que foi vetado, mas de toda sorte não compromete o sistema de tutela específica e preventiva, porque, de acordo com Watanabe, “o parágrafo continha norma redundante, pois o *caput*

5.1.1 Impossibilidade de o art. 287 do CPC, na redação originária, configurar mecanismo de prevenção e a inexistência de mecanismo genérico de tutela preventiva

Embora o tratamento das tutelas específicas seja tema atualíssimo, é importante comentar que o sistema processual anterior ao vigente (CPC de 1939) continha a previsão de uma ação conhecida por cominatória, nos arts. 302 a 310, que estipulava as regras para o cumprimento da obrigação de fazer e não fazer semelhantes ao que se observa no processo de hoje.

J. C. Barbosa Moreira, em estudo relacionado ao tema, deixa clara a importância da ação cominatória naquele sistema processual:

... produzira no Código de 1939 fruto precioso: uma figura genérica de tutela preventiva das obrigações de fazer e não fazer, nas vestes da ação cominatória do art. 302, n° XII, concedida, 'em geral, a quem, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou que preste fato dentro de certo prazo'. O traço característico da ação cominatória consistia, como se sabe, no fato de que a comunicação da demanda ao réu assumia caráter de preceito ou comando: após cognição inicial sumária e provisória, ordenava o juiz ao devedor que se abstinésse do ato proibido, ou que praticasse o ato devido, sob ameaça de pena (*lato sensu*) para o caso de descumprimento. (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 28)

Lamentavelmente, o CPC de 1973 se afastou da técnica da antiga ação cominatória e foi, segundo o próprio professor Barbosa Moreira (1980, p. 28-29), fruto da adoção de entendimento jurisprudencial equivocado, que considerava que a multa cominada ao devedor somente deveria iniciar sua incidência depois de constatado o trânsito em julgado da sentença⁵⁸, o que refletiu na redação, original, retrógrada, do art. 287, que assim dispunha:

do art. 83, com a amplitude anteriormente indicada, já possibilita a propositura da ação ali mencionada". (WATANABE et al., 1999, p. 748)

58 Ada Pellegrini Grinover acompanha esta posição: "... quanto à ação cominatória, prevista no art. 287 do CPC, houve uma degradação da tutela preventiva, porquanto o Código de 1939 dispunha que, após o conhecimento sumário e provisório, o juiz ordenasse ao devedor que se abstinésse do ato proibido, ou que se praticasse o ato devido, sob ameaça de pena para o caso de descumprimento da obrigação (e não da sentença, como hoje se prevê)". (GINOVER, 1981, p. 29). No mesmo sentido, o prof. Fux: "Destarte, o artigo 287 do Código de Processo Civil brasileiro não se mostra servil à inibição, tanto mais que sua aplicação supõe descumprimento da sentença e, portanto, a consumação da lesão após a transgressão de exortação de inibição constante da decisão". (FUX, 2004a, p.80.).

Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento (arts. 644 e 645).

Com essa previsão legal, ocorreu um esvaziamento da tutela preventiva, que não poderia contar com aparato adequado para prevenir contra o ilícito em tais condições, carecendo, certamente, de instrumental coercitivo ou sub-rogatório apto a satisfazer direito no curso de ação judicial.

A tutela preventiva obteve novo fôlego com o advento do art. 84 do CDC, para os direitos coletivos, e com a redação do novo art. 461. Se a redação antiga do 287 não valia para prevenir⁵⁹, sabe-se que, no novo art. 461, estão consolidados os mecanismos mandamentais e executivos *lato sensu* aptos a aparelhar o processo de instrumentos que facilitem a consecução da prevenção.

Com a previsão adequada da nova legislação, houve, inclusive, mudança na composição do art. 287, que recebeu redação atual harmoniosa com o art. 461 e não mais prevê as exigências anteriormente criticadas⁶⁰.

Embora na redação originária do CPC não houvesse previsão de um dispositivo atípico que autorizasse a tutela preventiva, seria incorreto afirmar pela sua absoluta inexistência. Em verdade, dentro da sistemática do Código, reconhecia-se a proteção preventiva para os procedimentos especiais do interdito proibitório e da nunciação de obra nova⁶¹; a tipicidade destas tutelas, entretanto, não permitia pensar em uma atuação em sentido lato para prevenir (MARINONI, 2003, p. 66-70).

59 Em comentário à antiga redação do 287 valem as palavras de Barbosa Moreira: "Cabe lamentar que o vigente Código, em vez de reagir contra a deturpação, restaurando em sua dignidade a ação cominatória, se haja dobrado a essa funesta orientação, tornando certo, no art. 287, que a 'pena pecuniária' só será devida no caso de 'descumprimento' da sentença" (BARBOSA MOREIRA; 1980, p. 29)

60 "Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A."

61 "Mesmo assim, quanto à segunda caberia a ressalva de que, pelo menos à luz da letra de alguns textos, pressupõe obra *começada*, ou seja, violação não só *potencial* mas já *atual*". (BARBOSA MOREIRA; 1980, p. 26)

5.2 SITUAÇÕES JURÍDICAS FAVORECIDAS PELA TUTELA PREVENTIVA

De acordo com o que foi explicado, existe previsão de tutelas preventivas *ex vi* art. 84 do CDC e, posteriormente, *ex vi* art. 461 do CPC.

A fim de realçar a importância do instituto e de delinear alguns aspectos, segue-se *infra* a possibilidade de aplicação na seara coletiva e individual da tutela.

5.2.1 Direito ambiental

O direito ambiental é classificado como um dos novos direitos tutelados em favor da coletividade. Dentre as suas características, está a supra-individualidade (ABELHA, 2003, p. 19), que remete à idéia de que é direito qualificado por indivisível, não permite um tratamento atomizado ou um enfoque egoístico (ABELHA, 2003, p. 37).

No departamento do direito ambiental, é possível atuar a aplicação do art. 84 do CDC, considerando ainda que tal sistema funciona em conjunto com os mecanismos da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), configurando, nas palavras do prof. Marcelo Abelha, um sistema processual coletivo (ABELHA, 2003, p. 35).

Pelas características apresentadas, ainda pelo prof. Marcelo Abelha Rodrigues, é possível indicar que tal objeto é de natureza não patrimonial, haja vista que sua existência/essência não se mensura por valores econômicos (RODRIGUES, 2002, p. 148).

Ademais, insta dizer que no estudo do direito ambiental vige, inclusive, um princípio denominado de “princípio da prevenção”, pelo qual se observa a importância de tutelar o direito ao meio ambiente sadio consagrado na Constituição Federal, art.

225, de forma adequada. Tal importância faz o prof. Marcelo Abelha Rodrigues explicar que:

O princípio da prevenção constitui um dos mais importantes axiomas do Direito Ambiental. A sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstituição é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável, Uma floresta desmatada causa um (sic) lesão irreversível, pela impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam. Enfim, com o meio ambiente, decididamente, é melhor prevenir do que remediar. (RODRIGUES, 2002, p. 148-149)

Esse é o mesmo sentido que move o prof. Ramón Martín Mateo a esclarecer que *“En muchos campos la evitación de la incidencia de riesgos es superior al remedio”* (MATEO, 1995, p. 54).

Essas nuances tornam o meio ambiente terreno fértil para atuação da tutela inibitória, na medida em que se observa que a via ressarcitória apresenta-se nitidamente como meio inefetivo (MARINONI, 2003, p. 94), pois que na, tutela desta espécie de direito, *“Dadas las características propias del daño ambiental, no siempre resulta posible volver al statu quo ante”*. (CUINÃS RODRIGUES, 1999, p. 162).

5.2.2 Direito do consumidor

Na linha dos direitos do consumidor, também é possível pensar na atuação preventiva, realçando, por tudo, a previsão do art. 84 das tutelas preventivas, no sistema coletivo, exatamente na Lei 8.078/90, que é o Código de Defesa do Consumidor . Em verdade, para pensar em prevenção, é mister que se adote, como no âmbito geral das tutelas coletivas, um enfoque diferenciado do próprio direito substancial que faz jus à prevenção. É o que resta claro das palavras de Gabriel A. Stiglitz:

En efecto, la característica preventiva de las normas y soluciones del sistema de protección del consumidor (y de los intereses colectivos en

general), supone una de las más notables superaciones del sistema clásico, que sólo genera la reacción frente al daño ya producido. (STIGLITZ, 1995, p. 22)

E complementando essa idéia, o próprio Stiglitz explica a importância do papel preventivo na legislação brasileira:

La importancia del perfil preventivo lega al punto que el Código brasileiro de defensa del consumidor (1991) (sic) consagra explícitamente el derecho a la efectiva prevención de daños (Art. 3, inc. 6 y 7) y complementariamente, reconoce como derecho básico, el acceso a los órganos judiciales con vistas a la prevención (art. 6, inc. VII). (STIGLITZ, 1995, p. 22)

Ainda, o prof. Gabriel A. Stiglitz (1990, p.7-8), porém noutra obra dedicada ao estudo dos direitos do consumidor, descreve de forma interessante que o interesse primário do consumidor é o de preservar sua integridade contra a intensa agressão que sofre pela sistemática da produção em larga escala, e a conseqüente transformação do consumidor em objeto do mercado de massa. Tal interesse de proteção, logicamente passa pelo aspecto da prevenção (STIGLITZ, 1990, p. 8)⁶².

Exemplo dessa atuação é visível no controle das propagandas enganosas, na proteção à saúde e a segurança do consumidor, nas cláusulas contratuais abusivas, etc.

Da mesma forma que impedir dano ao meio ambiente é fator decisivo para a boa tutela, é certo que a tutela que impeça que produto seja distribuído fora das normas de segurança ou que propaganda enganosa seja veiculada constitui vitória da tutela preventiva.

62 “El interés primario del consumidor, que las directivas comunitarias recogen de las garantías consagradas en los singulares ordinamientos constitucionales, aparece conformado por una pretensión vital, la del mantenimiento de las condiciones genuinas de integridad psicofísica del género humano. Condiciones amenazadas, sin embargo, por la transformación del consumidor en un objeto del mercado masa, banco de presiones materiales y espirituales surgentes de fenómenos de producción, promoción y distribución, sistemáticamente organizados por la gran empresa. La estrategia se lleva a cabo mediante prácticas comerciales a menudo abusivas, y que pueden alcanzar el extremo de poner en peligro la salud y la seguridad de los individuos. De allí acción de las directivas comunitarias, encaminadas a prevenir, y en su caso contrarrestar, los efectos nocivos derivados del proceso de fabricación en serie. (STIGLITZ, 1990, p. 7)

5.2.3 Direito eleitoral

Ramo no qual também se destaca a inibição é o eleitoral. O direito de sufrágio é garantido a todos os que apresentem condição de eleitores no país. Característica inerente ao direito ao voto é o de escolher livremente o candidato.

Nessa marcha, a legislação eleitoral regulamenta em várias disposições, regras e mecanismos de controles para permitir que o eleitorado possa exercer o livre direito de voto.

Nesses termos, conduta que pode gerar problema é o a veiculação de propaganda eleitoral extemporânea, que significa nesse ramo jurídico o uso de propaganda com fins eleitorais antes da época permitida por lei (art. 36 da Lei 9.504/97).

Essa característica de propaganda fora da época ganha relevo quando se observa que o candidato que faz uso do expediente de propaganda antes de 5 de julho do ano de eleição expõe seu nome, sigla partidária, número de candidatura e propostas políticas sem concorrer com nenhum adversário, o que torna a corrida eleitoral injusta e pode fazer aquele pré-candidato mais lembrado do que os outros que somente na época correta veiculam propaganda⁶³. Certamente que o candidato que iniciou antes consegue atingir a mente do eleitor com maior intensidade do que aquele que está veiculando suas propostas juntamente com milhares de outros concorrentes. O que começou antes da época tem maior probabilidade de ser lembrado e escolhido nas urnas pela manobra utilizada.

Para evitar esse benefício pessoal do candidato e, principalmente, para preservar o direito de livre escolha do voto, é que se pode certamente sustentar a inibitória que impeça o início dessa forma ilegal de propaganda.

Além disso, no período das propagandas eleitorais gratuitas, é muito comum a formulação dos pedidos de direito de resposta (art. 58 da Lei 9.504/97), que são

feitos por candidatos, partidos ou coligações que se consideram prejudicados ilegalmente pelos seus adversários.

5.2.4 Interdito proibitório

O enfoque dos direitos individuais permite a tutela preventiva.

Seguindo a linha procedimental das ações possessórias, é que ganha relevo o interdito proibitório com tal natureza (MARCATO, 2004, p. 176; MARINONI, 2003, p. 287).

Sua característica é a de atuar mediante a existência de justo receio do possuidor de ser molestado na posse, circunstância na qual poderá impetrar ao juízo competente requerimento condenatório a um não fazer que impeça a turbação ou o esbulho iminente (art. 920 do CPC).

A característica preventiva da ação é a de atuar para impedir que ocorra o ato ilícito contra a posse; tal característica permite identificar a ação com cunho inibitório porque atua antes do ilícito e impedindo a sua realização.

Conforme realçado pelo prof. Antônio Carlos Marcato, em obra amplamente reconhecida:

Enquanto as ações de manutenção e de reintegração têm por escopo a obtenção de provimento jurisdicional que ponha fim, respectivamente, à turbação ou ao esbulho, o interdito proibitório caracteriza-se pela sua **natureza preventiva**, impondo ao réu, sendo acolhido pelo órgão jurisdicional, um **veto** (preceito de *não fazer*, o seja, de não turbar ou não esbulhar a posse do autor) e uma **cominação de pena pecuniária** caso ele transgrida a ordem judicial (CPC, art. 932). (MARCATO, 2004, p. 176)

63 Adriano Soares da Costa explica que o objetivo da propaganda eleitoral é “o convencimento do eleitor para a escolha de uma certa candidatura...” (COSTA, 1998, p. 438)

Interessante realçar, ainda nas linhas do ilustre prof. Marcato (2004, p. 163), que as ações possessórias derivam da tutela jurídica da posse romana, em que avultava inclusive a forma preventiva de proteção⁶⁴.

5.2.5 Nunciação de obra nova

A ação de nunciação de obra nova é procedimento especial do processo civil, tal como o interdito proibitório, e tem previsão do art. 934 até o 940, com escopo de preservar direito de vizinhança, em especial, o direito de construir em respeito a estas regras (MARCATO, 2004, p. 182).

A ação em exame poderá ser utilizada de forma preventiva, tal com esclarece o prof. Luiz Guilherme Marinoni:

Nos casos em que, por exemplo, o particular já iniciou os trabalhos preparatórios para construir uma obra 'em contravenção da lei, do regulamento ou de postura'(art. 934, III), a tutela de embargo da obra poderá impedir a construção que seria ilícita, daí resultando sua natureza nitidamente inibitória. (MARINONI, 2003, p. 289)

Esse é o mesmo sentir da doutrina do ilustre professor Ovídio Baptista da Silva:

... considera-se como obra nova já começada, para fins de possibilitar o embargo, aquela em que apenas os trabalhos preliminares de preparação do terreno e colocação dos materiais a serem utilizados na futura construção, tenham sido realizados, sem que se faça indispensável ter ocorrido o início efetivo da construção, ou da demolição ou da reforma. (BAPTISTA DA SILVA, 1998, p.284)

Dessa forma, ao lado do interdito proibitório, é possível dizer que são as ações previstas originariamente no atual Código de Processo Civil, que possuem traços preventivos (BARBOSA MOREIRA, 1980,p. 27-29).

64 "No direito romano a tutela jurídica da posse era obtida por meio do interdito proibitório (derivado do interdito *uti possidetis*) e das ações *damni infecti*, de forma preventiva, bem como por meio dos interditos *retinendae possessionis*, *recuperandae possessionis* e *adpiscendae possessionis*, que visavam a conservar, recuperar ou adquirir a posse."(MARCATO, 2004, p. 162)

5.2.6 O Dano moral, a imagem e privacidade

Outra classe de direitos que permitem a atuação na fase de ameaça ao direito é a da proteção aos direitos da pessoa, que lhe permite a intangibilidade da moral, da intimidade, da imagem, etc.

O âmbito de incidência da inibitória nessa seara de direito é favorecida, inclusive, pelas próprias peculiaridades do bem jurídico a ser tutelado. Os termos direito à imagem, à honra, à privacidade, à moral, dentre outros, remetem à necessidade de absoluta intangibilidade, ou seja, a mera ameaça é o suficiente para concentrar esforços para impedir a realização do ilícito. É por tal motivo que Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 108) é preciso ao explicitar que “A honra, por exemplo, uma vez maculada, jamais poderá ser restaurada em sua forma primitiva...”.

Dessa forma, é viável a utilização do meio inibitório para a proteção efetiva desses bens juridicamente relevantes.

5.3 BREVE ANÁLISE DA TUTELA PREVENTIVA NO DIREITO COMPARADO

A análise do direito pátrio serviu apenas para ilustração da variedade de aplicação da tutela preventiva, havendo, decerto, espaço mais amplo para sua implementação, uma vez que o sistema preventivo do art. 461 do CPC e do Art. 84 do CDC configuram sistema geral de prevenção.

A tutela preventiva, todavia, não é trabalhada apenas no sistema jurídico interno, e decerto também ganha relevo em outros sistemas, valendo fazer rápida ressalva nos tópicos seguintes.

5.3.1 Tutela Inibitória no sistema italiano

A tutela inibitória é denominada, no sistema italiano, de *azione inibitoria*, cuja função, de modo semelhante ao que se propõe neste estudo, é a de inibir a prática de um ato ilícito ou, ainda, a de impedir a sua repetição. Nesse sentido, é claro o magistério do prof. Aldo Frignani ao expor que:

Tutta la dottrina intende con l'espressione <<azione inibitoria>> la pretesa giudiziaria di colui il cui diritto sta per essere leso, o la lesione del quale è in corso, e/o c'è pericolo che si ripeta o continui in futuro, di ottenere dal giudice un ordine, indirizzato al trasgressore, di far cessare tale stato di pericolo, o il comportamento lesivo. (FRIGNANI, 1997, p. 999)⁶⁵

Havendo previsão naquele sistema de proteção preventiva, a qual recebe o nome de *inibitoria*, insta dizer que existem problemas na implementação do instituto no sistema processual italiano, quais sejam: **(i)** a inexistência da previsão de uma ação inibitória genérica (MORETTI, 1997, p. 883), nos moldes da inibitória do art. 461 do CPC, e **(ii)** a carência no sistema italiano da previsão generalizada do uso de meios coercitivos para facilitar sua atuação (FERRI, 1996, p. 938).

Na ausência de uma ação inibitória atípica, existe no sistema italiano a possibilidade de prevenção do ilícito nas situações legisladas, v.g. uso de pseudônimo ou imagem, concorrência desleal, direito do autor, interdito proibitório, dentre outros tipicamente previstos, conforme Filippo Danovi (1996, p. 1054)⁶⁶.

A inexistência de um sistema geral de prevenção talvez configure, em nosso sentir, a primeira desvantagem do atual sistema italiano de ação inibitória para o sistema brasileiro, que possui previsão individual e coletiva, *ex vi* arts. 461 do CPC e 84 do CDC.

65 "Toda doutrina entende com a expressão ação inibitória a pretensão judiciária daquele cujo o direito está para ser lesado, ou a lesão esta em curso, e/ou há perigo que se repita ou continue no futuro, de obter do juiz uma ordem, endereçada ao transgressor, de fazer cessar tal estado de perigo, ou o comportamento lesivo."

66 A tutela inibitória italiana, embora seja atuada em sistema típico, não impede que parte da doutrina italiana busque interpretação extensível no sistema para atuação atípica dessa tutela conforme explica Filippo Danovi (196, p. 1081).

Outrossim, ainda existe naquele sistema a problemática da carência de instrumentos coercitivos que enfraquece, sobremaneira, a efetividade das tutelas condenatório-preventivas. O prof. Corrado Ferri, analisando a introdução de norma inibitória contra cláusulas abusivas em contratos de consumo, revela a ausência de um regramento coercitivo para implementação da atuação preventiva:

Nell'ipotesi prevista dall'art. 1469-sexies, è mancato totalmente l'intervento del legislatore inteso a disciplinare la fase attuativa del comando inibitorio, così come del resto la novella del codice di rito n. 353 del 1990 aveva ommesso qualsiasi cenno a misure coercitive analoghe a quelle previste in ordinamenti stranieri ... (FERRI, 1996, p. 939)⁶⁷

Na mesma toada do prof. da Universidade de Pavia, é que se encontra semelhante conclusão nas linhas de Filippo Danovi, que, em estudo do mesmo tema, indica que:

Non è questa la sede per descrivere compiutamente detti istituti e l'efficacia degli stessi, ma certo rimane il rammarico che il legislatore non abbia pensato di rafforzare l'ordine inibitorio con poteri coercitivi di altra natura. In effetti l'art. 1469 sexies non specifica come possa essere seguito il provvedimento (finale ovvero provvisorio) accordante l'inibitoria, limitandosi a prevedere la possibilità per il giudice di ordinare la pubblicazione del provvedimento << in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale>>. (DANOVI, 1996, p. 1080)⁶⁸

A esse respeito, o professor Proto Pisani (2002, p. 160-161) é ainda mais específico. Em suas considerações, apresenta que, no sistema europeu continental, coexistem dois sistemas bem eficazes de medidas coercitivas, as multas francesas (*astreintes*) e as multas alemãs (*zwangsstrafen*), porém na Itália elas pouco frutificaram. Na Itália, a adoção das *astreintes* estaria restrita a:

Le solo due, interessantissime, applicazioni sono costituite dagli artt. 63, 2° comma, e 66, 2° comma, sui brevetti per machi d'imp resa e 83, 2° comma, e 86 1° comma, sui brevetti per invenzioni industria li; tali provisioni non sono però suscettibili, de iure conditio, di applicazione analogica, in quanto non consente il carattere penale, sai pure attenuato, proprio di tali misure che costituiscono pene pecuniare 'private'. (PISANI, 2002, p. 161)

Quanto à aplicação das multas com os caracteres assemelhados à multa alemã:

67 "Na hipótese prevista pelo art. 1469-sexies, falta totalmente a intervenção do legislador disposto a disciplinar a fase atuativa do comando inibitório, igualmente como o resto da novela do código de rito n. 353 de 1990 omitiu qualquer aceno a medida coercitiva análoga àquela prevista em ordenamentos estrangeiros ..."

68 "Não é este o local para descrever formalmente os institutos e os efeitos dos mesmos, mas sobra o desabor que o legislador não tenha pensado em reforçar a ordem inibitória com poderes coercitivos de outra natureza. Com efeito o art. 1469 sexies não especifica como possa ser exigido o provimento (final ou provisório) concedendo a inibitória, limitando a prever a possibilidade para o juiz de ordenar a publicação do provimento em um ou mais jornais, dos quais um ao menos de difusão nacional".

Le uniche tre ipotesi in cui, nel nostro ordinamento, si fa uso di tale modello sono quelle relative all'art. 18 ult. Comma 1.300/70 in cui si dispone il pagamento al Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta; all'art. 28, stessa legge (nonché ai paralleli artt. 15 1.903/77 e 4, 8° comma, 1.125/91) dove, richiamando l'art. 650 c.p., si minaccia l'arresto o l'ammenda; e all'art. 44 d. leg. 286/98, dove si richiama l'art. 388, 1° comma, c.p.; l'unica differenza rispetto al modello tedesco consiste nel fatto che per ipotesi citate à la legge, e non il giudice, a comminare la pena in caso di inottemperanza al provvedimento di condanna (ma v. l'interessantissimo art. 3, comma 5-bis, l. 1.281/1998 così come introdotto dalla 1.39/2002). (PISANI, 2002, p. 161)

Nessa visão, havendo uma carência de instrumentos coercitivos, é possível observar que o sistema inibitório italiano, tal como legislado, é menos elástico que o vigente no sistema pátrio; porém, no âmbito daquela doutrina, ainda assim é possível pinçar diversas contribuições que serviram de inspiração para a doutrina nacional (MARINONI, 2003), havendo naquele sistema nítido entendimento dos contornos da atuação preventiva, qual seja, da *atuação preventiva contra o ato ilícito impedindo a sua ocorrência ou a sua repetição* (FRIGNANI, 1997, p. 999).

Ainda, naquele sistema, é versado que não é mister, pelas peculiaridades da prevenção, a prova de dolo ou culpa, conforme assinala o prof. Corrado Ferri (1996, p. 937-938)⁶⁹, bem como há clareza da irrelevância da prova de dano para a concessão da inibitória contra o ilícito (DANOVI, 1996, p. 1058).

Outrossim, nas linhas do prof. Aldo Frignani (1997, p. 999), há nítida tendência de aplicação da tutela inibitória para situações de direito material que não são suscetíveis de tutela adequada por meio de reparação ou ressarcimento, o que nas suas palavras se confirma quando afirma que *“Si tratta dello strumento di tutela preventiva destinato ad operare in quelle situazioni di fatto nelle quali la tutela risarcitoria (intervenendo necessariamente a posteriori) è inadeguata”*⁷⁰; situações

69 Filippo Danovi (1996, p. 1063) explica que a análise da tutela preventiva é feita com uma projeção para o futuro, momento no qual se pode ter certezas acerca de questões do âmbito subjetivo, tal como o dolo e a culpa; dessa forma, é que diz que *“Infine, la stessa tutela preventiva dell'azione inibitoria conferma l'irrelevanza della volontà e della colpa del soggetto agente.”* Tradução: “Enfim, a mesma tutela preventiva da ação inibitória confirma a irrelevância da vontade e da culpa do sujeito agente”.

70 “Trata-se de instrumento de tutela preventiva destinado a operar naquelas situações de fato nas quais a tutela ressarcitória (intervindo necessariamente a posteriori) é inadeguada”.

tais, em acordo com o próprio prof. Frignani (1000, 1001), como os direitos reais, imagem, personalidade, meio ambiente, bem como os do consumidor, etc.

Quanto ao direito do consumidor, inclusive, operou-se a modificação do art. 1.469 *sexies* do Código Civil italiano, no ano de 1996 (MONTESANO, 1997, p. 1), em adaptação legislativa determinada pelo art. 7º da Diretiva 93/13/CE, para previsão de tutela preventiva dos interesses do consumidor contra o uso de cláusula contratual abusiva, conforme realça Carola Moretti (1997, 883-884).

A previsão dessa disposição legal, no âmbito de atuação inibitória, dá-se em favor do consumidor para obter o reconhecimento da existência de cláusula abusiva⁷¹ que deva ser controlada, impedindo, inclusive, posterior uso em novos contratos.

Secondo la norma in esame dunque alla dichiarazione giudiziale d'inefficacia, una volta accertata la vessatorietà della clausola, può conseguire l'inibitoria ossia l'ordine del giudice diretto alla parte in causa, professionista o associazione di professionisti, di non utilizzare le condizioni generali del contratto. (FERRI, 1996, p. 936-937)⁷²

O estudo deste controle de cláusulas abusivas permite sublinhar que avulta um problema classificatório das “sentenças inibitórias italianas”, qual seja: por um lado parte da doutrina considera que a sentença das ações inibitórias são condenatórias, conforme se observa oportunamente nas palavras de Filippo Danovi (1996, p. 1060), que cita a posição do prof. Proto Pisani; mas por outro lado, professores não menos renomados, como Luigi Montesano (1997, p. 3), consideram que a sentença inibitória é constitutiva; e outros, do porte de Corrado Ferri (1996, p. 938), classificam tais tutelas de condenatório-constitutivas.

Com relação a esse aspecto, haverá oportunidade para melhor compreensão do problema das “sentenças preventivas”, haja vista que este é o objeto de capítulo próprio neste estudo (*infra*, cap. 6).

71 Conforme Danovi (DANOVI, 1996, p. 1047), é considerada a cláusula como *vessatorie* quando inserida em contrato realizado entre consumidor e profissional (comerciante-fornecedor) “(malgrado la buona fede) <<determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto>> (art. 1469, bis, 1º co.,c.c).”

Dessa forma, quanto a esse ponto, haverá a possibilidade de maior aprofundamento com observância de alguns aspectos da doutrina italiana, bem como da doutrina brasileira, que analisaram o fenômeno.

Encerrando o item, registra-se que não houve a intenção de apresentar todos os elementos trabalhados na doutrina italiana porque, no desenvolver dos tópicos relacionados, haverá a exposição das idéias desses doutrinadores com os devidos esclarecimentos.

Dessa forma, conclui-se aqui apenas o aspecto positivado do sistema italiano de tutelas inibitórias, que apresenta hoje uma variedade de ações inibitórias, porém com as restrições de um sistema típico de tais tutelas e, conforme o exposto, com certa carência de instrumentos coercitivos para efetivar sua atuação.

5.4 TUTELA PREVENTIVA, TUTELA ESPECÍFICA E RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE

O advento do art. 461 inaugurou a possibilidade de novas proteções diferenciadas e que equacionam com maior adequação as crises jurídicas materiais.

Se o advento da tutela específica possibilitou nova época da tutela dos direitos, é porque ofertou mecanismos denominados correntemente por mandamentais e executivos *lato sensu*, que podem ser tratados por coercitivos e sub-rogatórios. Com esses expedientes, e de acordo com as premissas lançadas por todo o estudo proposto, evita-se a via do ressarcimento pecuniário (perdas e danos) e chega-se à proteção específica do bem violado, que, em regra, é a entrega exatamente daquilo que se pretendia ter no plano do direito material caso não houvesse violação⁷³.

72 “Segundo a norma em exame, portanto, com a declaração judicial de ineficácia, uma vez acertada a abusividade da cláusula, pode-se obter a inibitória ou seja a ordem do juiz direto à parte da causa, profissional ou associação de profissionais, de não a utilizar nas condições gerais do contrato.”

73 Interessante é a ressalva de Yarshell (1993, p. 34) ao alertar que “Tendo a execução por expropriação lugar para a satisfação de crédito em dinheiro, não se poderia negar que essa modalidade executiva igualmente proporciona o bem devido, dando-se também de forma específica.”

O caput do art. 461, buscando demonstrar essas novas possibilidades, franqueia aos jurisdicionados o acesso à proteção específica ou ao resultado prático equivalente ao específico⁷⁴.

A primeira impressão do dispositivo é a de que existe um resultado específico, que, conceitualmente é obter exatamente a prestação devida (proteção *in natura*), e um resultado prático equivalente, que consistiria em uma proteção que equivale ao resultado específico, mas a ele não chega a ser idêntica.

Essa diferenciação tem caráter finalístico, pois o que interessa é identificar se a tutela entrega exatamente o direito ou algo que a ele equivalha.

É, todavia, interessante dizer que, na estrutura geral do dispositivo em exame, não se pode dar essa interpretação, sob pena de não compreendê-lo. A diferença esboçada, conquanto seja coerente por afirmar que o resultado específico é a prestação e o equivalente seja algo similar (mas não o específico), afasta-se da visão adotada pelo código processual. O art. 461, na implementação desses conceitos, utilizou uma metodologia diversa, qual seja: para o CPC, art. 461, §5º, é específico o resultado que advém do meio coercitivo (multa), pois será adimplido pelo próprio obrigado, e o resultado prático equivalente é o derivado do uso dos mecanismos sub-rogatórios, ou seja, é o resultado alcançado por terceiro (GUERRA; 1999, p. 47)⁷⁵.

Se, em uma situação concreta, o sujeito B é obrigado a construir um parque temático para A, e não o fez, tornou-se inadimplente; e, havendo requerimento judicial pelo art. 461 de que ele cumpra com a obrigação, deverá o juiz determinar, em prazo

No sentido do prof. Yarshel, muito bem situado, diga-se de passagem, se a dívida é dinheiro e o processo entrega dinheiro a tutela é extremamente específica porque se além ao bem material violado.

74 “**Art. 461.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a **tutela específica** da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o **resultado prático equivalente** ao do adimplemento”. (negritos e itálicos nossos)

75 No mesmo sentido Spadoni para quem “O dispositivo reporta-se à diferenciação, considerando que a ‘tutela específica’ é aquela que se realiza com a obtenção do cumprimento da decisão pelo próprio devedor, por meio do emprego de medidas coercitivas, enquanto ‘resultado prático equivalente’ é aquela satisfação do direito obtida sem a participação do devedor, ou seja, por meios sub-rogatórios.” (SPADONI, 2002, p. 199)

razoável, a realização da obra, sob pena de multa. Cumprida a ordem, B se exime da multa e realiza a obrigação pessoalmente, e o processo entrega ao autor A a proteção *in natura* das “mãos” do próprio obrigado, o que constitui a tutela específica. Imaginando agora que B se recuse a cumprir a ordem, ou que o juiz, de antemão, já tenha informação de que não haverá cumprimento, é possível o uso do mecanismo sub-rogatório, com a escolha de terceiro para construir o parque sem que necessite do consentimento de B. Com a implementação do mecanismo sub-rogatório haverá a entrega do próprio parque, mas pelas “mãos” de terceiro, e isso constitui o resultado prático equivalente.

Nesse exemplo nota-se que, pelo conceito finalístico, tanto a obtenção da tutela pelo obrigado, quanto por terceiro entregam ao autor a proteção pretendida, que é o parque temático, tal como contratado, o que configuraria dizer que, em ambos os casos, a tutela foi específica. À luz do Código, porém, a primeira foi específica; e a Segunda, apenas equivalente.

A diferença, apontada pela lei, força o prof. Marcelo Lima Guerra (1999, p. 45) a concluir que existe uma dose de artificialismo na diferenciação apresentada entre a tutela específica e o resultado a ela equivalente⁷⁶, ponto que também tem o seguimento do prof. Eduardo Talamini (2003, p. 230), já que “Ocorre que a ‘obtenção do resultado prático correspondente’ também se enquadra na noção doutrinária de tutela específica”.

Havendo essa certa problemática entre a diferenciação adotada pelo Código e aquela considerada adequada pela doutrina, é possível buscar uma tentativa de classificação que não exclua ambas, mas as harmonize.

Ao observar as nuances da implementação da tutela do art. 461, podem-se encontrar as seguintes hipóteses de variação fática: **(i)** o autor requer especificamente um provimento e o juiz cumpre exatamente esse pedido e entrega o resultado específico; **(ii)** o juiz modifica, em algum ponto, o pedido originário, mas entrega, ainda assim, a tutela.

76 Nas suas palavras: “Parece-nos, portanto, algo artificial uma distinção entre a *tutela específica* da obrigação e o *resultado prático equivalente* ao adimplemento” (GUERRA, 1999, p. 45).

Observando a possibilidade do magistrado trocar em algum ponto o pedido originário, poder-se-ia imaginar a entrega do mesmo direito substancial ao jurisdicionado, porém, com a troca da técnica coercitiva por sub-rogatória, e assim, ter-se-ia, no plano substancial a entrega da prestação e, na forma processual, uma técnica que equivaleria, para o jurisdicionado, o mesmo resultado tal qual se houvesse sido cumprida espontaneamente a prestação. Este é, portanto, o *resultado prático equivalente, com caráter específico, no plano do pedido substancial*.

Em um segundo momento, o magistrado pode, conforme a peculiaridade do caso, modificar o pedido material e permanecer com o uso da mesma técnica processual. Por exemplo: o autor requer a instalação do filtro antipolvente em uma fábrica, sob pena de multa, e o juiz determina que o réu passe a utilizar outro reagente químico, que não polui, também sob pena de multa. Nesse caso, a técnica processual permaneceu coercitiva, mas o núcleo substancial do pedido foi modificado. Para o código, o uso da mesma técnica explicaria esse caso como tutela específica, mas não se nega que a mudança do pedido material constitui um resultado equivalente.

Uma última possibilidade é a de que o juiz modifique o pedido originário na técnica e na substância, tal como se, por acaso, o pedido inicial fosse o de fechamento forçado da fábrica polvente, e o juiz determinasse a instalação do filtro, sob pena de multa. Esse caso também configura resultado prático equivalente, tanto no uso de técnica quanto no de mudança do próprio pedido em sentido mais estrito.

Dessa forma, quanto ao resultado prático equivalente, tem-se que ele pode ser tomado em sentido lato e classificado em três variantes: **(i)** o resultado prático equivalente com natureza de tutela específica, que decorre sempre quando a modificação do pedido se dá no plano da técnica, mas preserva-se o núcleo substancial do pedido; **(ii)** o resultado prático equivalente, propriamente dito, com a modificação do pedido substancial, mas com o uso da mesma técnica originariamente requerida; **(iii)** o resultado prático equivalente propriamente dito, com a dupla modificação, qual seja, a da técnica e a do pedido material.

Essa análise demonstra algo ainda mais importante, que são a possibilidade de mudança do pedido e o limite imposto pelo princípio da adstrição. Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues apresenta um problema que será objeto de análise posterior (*infra*, 8.2).

Portanto não pode ser olvidado que resultado prático equivalente é forma de tutela específica em sentido lato, de modo que não seria lícito pensar que o resultado prático equivalente fosse distinto daquele obtido da tutela específica em sentido estrito, porque senão estaríamos diante de uma decisão *extra petita*, na medida em que o resultado obtido seria diverso do pleiteado (RODRIGUES; 2003, p. 231)

A questão do resultado prático equivalente, destarte, configura a possibilidade, ou não, de existir sentença que desrespeite o pedido (adstrição) e, conseqüentemente, qual seria o limite de autorização do julgador para modificar o pedido na busca da tutela.

5.5 TUTELA PREVENTIVA E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Antecipar a tutela, ou melhor, prestar uma proteção jurisdicional antes de sentenciar, decorre da inserção, no ano de 1994, desse novel instituto, no art. 273 do CPC.

Presentes os requisitos da verossimilhança da alegação do autor, o perigo de ameaça de lesão irreparável ao direito ou de difícil reparação e havendo reversibilidade fática da tutela, está o juiz autorizado a conceder a tutela antecipada com base na urgência⁷⁷ (art. 273, *caput*, inciso I e § 2º).

A prevenção depende, em muitos casos, da sua própria antecipação no processo. O Código de Processo Civil, ao oferecer a tutela específica, também autoriza a sua antecipação pelos permissivos do art. 461, §3º e 273 §3º.

77 Não interessa, no âmbito deste estudo, o aprofundamento da tutela antecipada “sem urgência” tal como na hipótese do inciso II e § 7º do Art. 273 do CPC, haja vista que o presente estudo é centrado na idéia da técnica de celeridade e urgência para atuar a inibitória. A respeito do assunto, e admitindo a aplicabilidade, os profs. Spadoni (200, p. 139) e Zavascki (2000, p.154).

Importante, ao observar o estudo da prevenção e da tutela antecipada, é distingui-las para observar como podem ser utilizadas em conjunto.

Tutela preventiva é requerimento inibição do ilícito com base na ameaça de lesão ao direito, ao passo que antecipação da tutela é técnica processual para proteger antecipadamente no bojo dos autos. Dessa forma, estando em curso “ação preventiva”, cujo objeto é a inibição, é possível requerer, antecipadamente, uma proteção para atuar imediatamente a prevenção, conforme se observará a seguir.

5.5.1 Requisitos para a antecipação da tutela nos processos preventivos

O que se depreende da necessidade do direito substancial é que ele muitas vezes depende da celeridade da proteção. Nesses casos, havendo perigo da demora, haverá a permissão de que se formule pedido de antecipação da tutela. Tal urgência é comum existir nos processos de atuação preventiva, pois, conforme bem pontua Spadoni (2002, p. 130), “A tutela inibitória, por sua própria função de prevenção do ilícito, de tutela voltada para o futuro, necessita ser prestada com a maior rapidez possível pelo órgão jurisdicional”.

Conforme exposto em linhas anteriores, a antecipação da tutela, na sua visão de proteção de urgência, necessita, em regra, da presença de *prova inequívoca da verossimilhança da alegação e perigo de ameaça de lesão irreparável ou de difícil reparação do direito*⁷⁸.

Quanto à tutela preventiva, sua previsão, na modalidade antecipada, não decorre imediatamente do art. 273 do CPC, pois que sua fonte é o art. 461, que, em conjunto com o retrocitado dispositivo, permite a atuação antecipada com a exigência de que

78 “Art. 273. 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;”

exista *relevante fundamento da demanda e receio de ineficácia do provimento final*⁷⁹.

Em que pese posição de parte da doutrina⁸⁰, por considerar que os requisitos para antecipar a tutela do art. 461 são os mesmos que devem estar presentes para antecipação preventiva, é mister apontar algumas particularidades.

Em verdade, embora não se possa dizer que exista uma distinção pragmática entre figuras tais como prova inequívoca da verossimilhança da alegação, fundamento relevante ou fumaça do bom direito⁸¹, *há que se distinguir o perigo da lesão irreparável ou de difícil reparação do receio de ineficácia do provimento*⁸² final.

É que o *periculum in mora*, de origem cautelar, é interpretado como perigo da ocorrência de dano, haja vista ser a cautela uma prevenção contra danos ao instrumento principal. Por outro lado, a prevenção, que se volta para atuar antes do ilícito, pretende apenas inibi-lo, não com base em dano decorrente, mas sim com fulcro na ameaça da ilicitude. Conforme Sérgio Cruz Arenhart:

A fim de permitir a proteção *initio litis* o interesse ameaçado, ou mesmo antes da proteção final e definitiva, basta que a parte apresente indicativos (novamente com base em juízo de aparência) da impossibilidade de agudo da decisão definitiva, porquanto a ameaça de lesão ao direito mostra-se premente – havendo probabilidade de que venha a acontecer antes de completado o *iter* necessário para a tutela final. (ARENHART, 2003, p. 301)

Existindo, portanto, existindo ameaça ao direito, há possibilidade de ajuizar ação com finalidade preventiva; no bojo dos autos, todavia, caso ocorra urgência, não há como esperar a proteção *ex sentença*, permitindo o sistema a antecipação da tutela com finco da verossimilhança do direito apresentado e da existência de provas de

79 “§ 3º 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.” (itálicos e negritos nossos)

80 Com efeito, ‘fundamento relevante’ é enunciado de conteúdo equivalente a ‘verossimilhança da alegação’; e ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’ é expressão que traduz fenômeno semelhante a ‘fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’. (ZAVASCKI; 2000, p. 152)

81 “Não tem, assim, sentido dizer que a tutela cautelar e a tutela antecipada – fundada ela em qualquer dispositivo daqueles mencionado (arts. 273 e 461 do CPC ou art. 84 do CDC) – exigem graus de cognição diferenciados para sua concessão. Todos eles exigem para a concessão da antecipação da tutela, prova da *aparência da existência do direito afirmado*, contentando-se com isso e sem necessidade de prova maior” (ARENHART; 2003, p. 301)

82 termo utilizado pelo legislador.

que o ato ilícito poderá ser materializado imediatamente, o que significa dizer que, caso não seja concedida a tutela, haverá uma ineficácia do “provimento”⁸³ final, que não poderá mais atingir seu fim inibitório.

Essa distinção é relevante no plano pragmático, haja vista que a tutela preventiva independe da demonstração de dano; e, por conseguinte, se houver urgência para fins de antecipação, deve ser provada **(i)** a probabilidade do direito, por prova indiciária, inclusive, e, destarte, **(ii)** não se pode exigir que urgência na demora seja derivada do receio de dano irreparável ou de difícil reparação; *o requisito exigível é o de que a demora possa tornar inócua a própria prevenção com a possibilidade de ocorrência do ato violador do direito*. Exatamente por esse motivo é que o dispositivo do art. 461, § 3º, explica que a antecipação do “provimento” depende do receio da ineficácia do “provimento” final e não do receio de dano.

Certamente, há necessidade de averiguar sobre a irreversibilidade fática da tutela a ser concedida. Em situações comuns de inibitória, é um pressuposto que exista uma dupla irreversibilidade no momento da antecipação, qual seja: não conceder gera a situação irreversível de não haver mais espaço para prevenir o ilícito, e conceder poderá gerar uma situação fática irreversível ao réu; é o que ocorre com direitos da natureza da intimidade, marca, invenção, ambiental e com outros que pugnam por proteção de igual intensidade. Essa problemática deve ser analisada sempre com tempero, sob pena de impedir antecipação de efeitos da tutela. Verdadeiramente, o entendimento, pelo magistrado, em relação às cautelares, quanto à irreversibilidade, não pode ser da mesma forma em relação às antecipatórias; isso é apontado com peculiar maestria, nas notas do prof. Dinamarco:

...as medidas inerentes à tutela antecipatória têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares. [...] Sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipatória com o veto a possíveis efeitos irreversíveis às medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu (cauções etc.). (DINAMARCO, 1995, 146-147)

Pelas linhas apresentadas, é mister fixar que, havendo em ação de natureza preventiva a necessidade da antecipação e existindo seus requisitos, ela deve

83 entenda-se provimento por tutela.

ocorrer, observando os limites da atuação menos onerosa em favor do devedor (*infra*, 8.5).

5.6 TUTELA PREVENTIVA E TUTELA CAUTELAR

Havendo diferenciado a tutela preventiva, que é proteção final da sentença, com base em interesse processual de agir que nasce da ameaça de direito, ao passo que a tutela antecipada é técnica de aceleração do pedido de prevenção, com fulcro no perigo da demora, impende deixar algumas palavras sobre a distinção da tutela cautelar para a tutela preventiva.

A tutela cautelar possui características de providência destinada a assegurar outro processo, a fim de que não perca a utilidade, observando, ainda, que atua provisoriamente (interinamente) e, conceitualmente, não visa a satisfazer direitos (BEDAQUE, 2003, p. 126).

Em uma visão de tutelas que atuam contra o dano e contra o ilícito, é possível dizer que a tutela cautelar atua evitando o dano. As tutelas cautelares, principalmente quando atuadas nos moldes preparatórios, visam a evitar a ocorrência de danos (ARENHART, 2003, p. 119-124).

A preventiva tem por objeto agir contra o ilícito, inibindo-o; seu objeto lhe dá *status* de ação própria, sem instrumental de outro processo. Segundo a doutrina do prof. Marinoni, “parece não haver dúvida de que a ação inibitória, compreendida como ação autônoma e independente de qualquer ‘ação principal’, não pode ser confundida com ação cautelar.” (MARINONI, 2003, p. 241). Tais distinções são nítidas nas palavras, sempre precisas, do prof. J. R. dos Santos Bedaque:

Tutela preventiva não se confunde com tutela cautelar. Aquela constitui remédio voltado à proteção direta da situação material em si; é definitiva, não tem característica de instrumentalidade hipotética e é satisfativa. Opõe-se à tutela sancionatória, que visa a reparar lesão já ocorrida (BEDAQUE, 2003, p. 127)

O posicionamento do professor citado é corroborado pela voz de autoridade da prof^a. Ada Pellegrini Grinover:

A tutela preventiva visa diretamente à proteção da situação material [...] A tutela cautelar, ao contrário, visa a assegurar imediatamente a eficácia do próprio processo, protegendo o direito substancial apenas indiretamente. [...] A tutela cautelar leva a um provimento sempre provisório; a tutela preventiva, a um provimento definitivo. (GRINOVER, 1981, p. 27)

Dessa forma, a primeira, e fundamental, distinção reside no fato de que inibir é pedido principal, ao passo que cautelar é acessório⁸⁴ para outro pedido⁸⁵.

Interessante, ainda, é um comentário da prof^a. Ada Pellegrini acerca da pouca racionalidade de utilizar a via cautelar como propícia à tutela preventiva, uma vez que esta é pedido principal e aquela “instrumental”⁸⁶:

Mas, observou-se também, a tutela cautelar é insitavelmente instável; de outro lado, leva a um desdobramento inútil de processo, quando a rigor um só seria suficiente; e, finalmente, porque se daria a título de cautela aquilo que se poderia dar sob a forma de prestação jurisdicional satisfativa? (GRINOVER, 1981, p. 28)

A esse respeito, interessante citar que, no sistema italiano, que não faz distinção, na lei, de tutela antecipada e cautelar, conforme o art. 700 do Código de Processo Civil Italiano, existem alguns autores (FIGNANI, COMPORTI e ZIGNONI) que consideram a concessão provisória da inibição, que é tida como cautela, como proteção de mesmo conteúdo da decisão final (DANOVI, 1996, p. 1051), o que desconfiguraria o seu caráter meramente assecuratório.

Pode-se afirmar que tutela preventiva é tutela de direito material, pontuando ainda que tutela cautelar “trabalha” para o próprio processo e é, com efeito, instrumental⁸⁷.

84 “É não só temporário, como também provisório, isto é, sobrevive somente até a emissão do provimento definitivo, de cognição ou de execução. Temporário significa de duração limitada no tempo, enquanto provisório implica interinidade, ou seja, duração até a superveniência de evento sucessivo.” (BEDAQUE, 2003, p. 126).

85 “Deveras, seria totalmente absurdo compreender a tutela inibitória como uma espécie de medida cautelar inominada, a depender da futura ação principal. Ora, esta ação principal nenhuma função teria, a não ser repetir todo o conteúdo do debate já formado no processo anterior. A ação inibitória permite, por si mesma, o debate pleno da matéria jurídica e a prova satisfatória os fatos articulados; é por isso mesmo de cognição exauriente e dispensa, logo, a propositura de eventual ação principal futura”. (ARENHART, 2000, p.115)

86 “Chegou-se no estágio no qual não bastam as tutelas repressivas para que as garanta um acesso à ordem jurídica justa, faz-se necessária a preventividade, daí falar-se em *tutelas preventivas*, não para assegurar o processo principal, para o qual há o processo cautelar, mas para garantir a própria situação de direito material.” (MESQUITA, 2002, p.182).

Obtendo-se uma antecipação da tutela preventiva, atender-se-á o direito material com cunho eminentemente satisfativo, sem caráter de sujeição a outro instrumento.

Sabe-se que há doutrina autorizada⁸⁸ que considera a cautela forma preventiva de atuação jurisdicional, porém, na linha de atuação distinta das tutelas contra danos e ilícitos é que não se afigura possível no âmbito deste trabalho confundi-las.

Em verdade, a linha discriminativa dessas tutelas reside na sua concepção e nas suas características. Cautela é para provisoriamente servir ao processo principal, assegurando-o: tutela preventiva é atuação satisfativa e principal, com caráter definitivo contra o ilícito.

É possível que nalguma proteção cautelar exista reflexo preventivo, p. ex., na hipótese de separação de corpos, que evita por conseqüência, a ocorrência do ato ilícito contra a integridade daquele que futuramente pretende ajuizar ação de separação judicial; porém é de se dizer que o objeto da cautela, *in casu*, é assegurar o processo futuro e o efeito preventivo decorre por reflexo, haja vista que separar os corpos do casal é medida que permite a um dos cônjuges do casal, provisoriamente, ausentar-se do lar. Não há, verdadeiramente, uma ordem de não fazer, mas sim uma permissão de ausentar, que costuma, reflexamente, evitar ato ilícito⁸⁹ (art. 888, VI, do CPC).

A cautela não pode ser considerada no plano ôntico uma tutela preventiva, porque não foi idealizada e instrumentalizada para tal, e, assim sendo, em regra, não se pode exigir o caráter preventivo do ilícito dessa forma de tutela.

87 "Na verdade, o provimento cautelar, embora possa ter características cognitivas ou executivas, será sempre e necessariamente provisório, ou seja, interino. Jamais assume caráter definitivo. Os efeitos da tutela cautelar estão limitados no tempo, invariavelmente." (BEDAQUE, 2003, p. 126)

88 "Trata-se, portanto, de forma essencialmente preventiva de proteção jurisdicional, destinada a preservar a incolumidade dos direitos ou de algum interesse legítimo, ante uma situação de emergência que os coloque em posição de risco iminente de periclitção. (BAPTISTA DA SILVA; GOMES, 2002, p. 340)". Em sentido semelhante é o que conclui Joaquim Felipe Spadoni (2002, p.27), ao afirmar que "Diante dessa sua característica é que entendemos ser a tutela cautelar espécie do gênero tutela preventiva".

89 Interpretando nesse mesmo sentido e entendendo que nesses casos a tutela cautelar é tutela preventiva contra o dano (desejo de evitar dano)e não contra o ilícito (não se volta para impedir o ilícito), consultar Sérgio Cruz Arenhart (2003, p.119-124)

5.7 TUTELA PREVENTIVA E CONDENAÇÃO PARA O FUTURO

A condenação para o futuro não se confunde com a tutela preventiva; de acordo com Proto Pisani (2002, p. 167), “A condenação para o futuro opera de modo tal a criar um título executivo que prescinde da atualidade do inadimplemento”⁹⁰. Exatamente por isso é que o referido autor afirma que só se pode considerar a condenação para o futuro preventiva se se emprestar ao termo uma dimensão muito mais larga do que aquela que é usual (PISANI, 2002, p. 166). Na realidade, o caráter preventivo da condenação para o futuro é o de constituir “preventivamente” um título executivo, antes da ocorrência do inadimplemento, mas, nessa sua finalidade preventiva, não se encaixa a previsão de inibir a prática do ilícito; do contrário, até o admite. Esta é a previsão que o CPC faz em seu art. 290:

Art. 290. Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.

Tem-se, então, por condenação para o futuro, a possibilidade de que se constitua título antes da ocorrência do ilícito, tal como na condenação ao pagamento das parcelas vencidas e *vincendas* das prestações. Exemplo claro é fornecido por Chiovenda, *in verbis*;

“b) Na conveniência de evitar processos *reiterados* para conseguir o que é devido periodicamente (quota de aluguel, de alimentos, de juros, de rendas), uma vez que haja razão para supor que esses processos se tornariam, de qualquer forma, necessários: como quando o devedor se mostra moroso no pagamento de algumas cotas.” (CHIOVENDA, 2002, p 238)

Se o instrumental da condenação para o futuro não previne o ilícito, se apenas faz com que exista a constituição do título antes do normal, é porque se costuma atrelar à condenação ao futuro a economia processual e a celeridade, porquanto seria

90 no original: “...la condanna in futuro opera in modo tale da create un titolo esecutivo che prescinde dall’attualità dell’inadempimento”.

desnecessário ajuizar demanda para obter condenação daquilo que é mera decorrência do direito já reconhecido.

Condenar para o futuro, portanto, afasta-se irremediavelmente da noção de tutela preventiva que se busca nesta pesquisa.

5.8 TUTELA INIBITÓRIA E AÇÃO DECLARATÓRIA PREVENTIVA

A sentença declaratória, na visão trinária, e ainda sob o enfoque do processo de conhecimento e execução *ex intervallo*, era considerada por *Chiovenda* como possível de apresentar natureza preventiva⁹¹. Nas suas palavras, constava na declaração as seguintes funções:

Assegurar às relações dos homens a certeza, prevenir os atos ilegítimos, em vez de sobrecarregá-los com o peso de graves responsabilidades, eis aí um alvo digníssimo do processo de um povo civilizado (CHIOVENDA, 2002, p. 261)

A declaração clássica, porém, esbarrava em um problema crucial, qual seja: apenas declarar e nada além disso. O processo conhecido por *Chiovenda* não dispunha dos instrumentos de tutela específica atuais, e, por isso, resta saber se a mera declaração é possível prevenir contra a ilicitude.

Essa concepção preventiva, como bem realça Adroaldo Furtado Fabrício, também foi afirmada por outros doutrinadores:

Outros viram a ação declaratória como remédio preventivo de litígios, e mesmo alguns autores que lhe buscam outra justificação destacam a preventividade da ação, como o clássico Maynard, que deu ao seu estudo o subtítulo 'Uma nova forma de atividade judiciária: a Justiça preventiva'. (FABRÍCIO, 1996, P. 29)

91 *Chiovenda* apresenta a possibilidade preventiva, mas não exclui que exista também uma atuação reparatória pela tutela declaratória, basta observar suas palavras: "Não se deve asseverar que a declaração tenha por fim garantir o direito contra uma *ameaça*, ao passo que a condenação o garante contra a *violação*. Pois que a *ameaça* pode constituir uma causa da ação declaratória, mas decerto, não a única." (CHIOVENDA, 2002, p. 275)

Para elucidar a possibilidade preventiva da declaração, é preciso expor que a ação declaratória é prevista no processo civil brasileiro, conforme art. 4º, para declarar acerca da existência ou inexistência de relação jurídica e autenticidade ou falsidade de documento, mesmo que exista violação do direito (art. 4º, parágrafo único).

A disposição legal demonstra duas frentes de atuação da tutela declaratória: aquela que atua contra a mera incerteza e a que atua já com a violação do direito.

O ajuizamento, ainda sem ilícito, é que pode apresentar caráter preventivo (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 27). Pensando em ação ajuizada para declarar domínio (direito real), é admissível que a sua sentença retire a incerteza que paira sobre a titularidade do objeto. Essa providência apresenta inicialmente uma aptidão preventiva. Diz-se apenas aptidão preventiva porque ela precisa ser acatada pelo adversário do vencedor, que deverá respeitá-la, ou seja, o vencido deve se resignar com a decisão e passar a respeitar a propriedade alheia agora reconhecida judicialmente (BARBOSA MOREIRA; 1980, p. 27). Por outro lado, não havendo resignação, o vencido poderá infringir o direito do autor, mesmo aquele sabendo ser este judicialmente o proprietário.

É perceptível que a declaratória, para alcançar valor inibitório, necessita de um fator externo, não depende de si, mas sim daqueles que são destinatários de sua declaração. A declaratória, portanto, não é preventiva na essência, ou em um momento primário. É certo que ela pode, casualmente, apresentar esse resultado, entretanto ele não dependerá dela, seu preceito não se direciona a esse fim. Falta à declaração um elemento intrínseco, que a torne realmente impositiva, e por isso é que ela se diferencia da atual sentença condenatória, que agrega à declaração também um preceito sancionatório. Decerto, ao pensar na mera declaração, ela se torna pouco provável de surtir efeitos preventivos, porquanto a sua formatação clássica não lhe viabilizava instrumental adequado.

A declaração afasta a incerteza, nada mais, nada menos. Uma vez declarado o direito, não se questiona mais a sua certeza, mas não é provimento que implique um dever de abstenção ou não fazer. O prof. Barbosa Moreira, em estudo do tema, é preciso a respeito da falta de força da declaração em prevenir imediatamente:

A ação declaratória costuma ser apontada em setores doutrinários como instrumento capaz de prevenir violações. Exclui-se desde logo a hipótese, à evidência, no caso de ajuizar-se a demanda depois da consumação da ofensa, conforme curiosamente fez questão de permitir, *expressis verbis*, o art. 4.º, parágrafo único, do diploma em vigor. Antes, é possível que ela desempenhe praticamente a aludida função, desde que a parte vencida saia também convencida e resolva a cumprir a obrigação em tempo oportuno. Como meio de intimidação, e pois de coerção, todavia, o remédio é fraco: basta pensar que, na eventualidade de inadimplemento, o titular do direito lesado terá de voltar a juízo para pleitear do infrator, ao qual se concede assim uma folga em boa medida tranquilizadora. (BARBOSA MOREIRA; 1980, p. 27)

O trecho da lavra do prof. Barbosa Moreira explicita algo que deve ser levado em consideração: carece a declaração de um mecanismo de intimidação que a torne forte ou impositiva⁹². Essa força impositiva (diferenciada), com capacidade até mesmo de prevenir, foi introduzida somente em meados de 1994, pelo CPC, com o novo art. 461 da tutela específica.

A esse propósito, as palavras da prof^a Ada Pellegrini convergem para aquelas bosquejadas pelo prof. anteriormente citado:

...costuma-se indicar, como pertencente à tutela preventiva, ação meramente declaratória. Mas aqui é necessário distinguir: não se pode falar em tutela preventiva quando a ação meramente declaratória for usada após a consumação o dano, como hoje o ordenamento pátrio expressamente permite, no art. 4º do CPC. Usada antes do prejuízo, a ação meramente declaratória exercerá função preventiva, na medida em que a parte vencida obedeça voluntariamente ao preceito, sem obrigar o vencedor a intentar outra ação, condenatória: nesta hipótese, o meio de intimidação, e de coerção, será bastante fraco. (GRINOVER, 1981, p. 29)

Na doutrina comparada, não discrepa o entendimento de Filippo Danovi, *in verbis*:

La questione riveste de particolare importanza, risultando il <<momento esecutivo>> essenziale per la piena realizzazione della tutela giurisdizionale: senza un'adequata fase coercitiva, invero, l'unica forma di tutela possibile verebe ad essere uella dichiarativa, di regola inidonea a ricompore per intero il bisgno di una tutela effettiva. (DANOVI, 1996, p. 1077).

Hoje, a instrumentalização do processo pode admitir, de forma mais adequada do que a esboçada anteriormente no antigo art. 287, que exista maior impositividade das sentenças por meio da aplicabilidade dos mecanismos coercitivos e *sub-*

92 também considerando incapaz de prevenir é que entende Marinoni: A sentença declaratória, contudo, exatamente porque não determina um fazer ou um não fazer, é impotente para permitir a prevenção do ilícito e, principalmente, a tutela dos direitos não patrimoniais. (MARINONI; 2003, p. 30)

rogatórios. Nesse sentido, é necessário saber se, por acaso haja necessidade de sentença que extirpe crise de incerteza, é possível o uso agregado, por exemplo, multa para seu cumprimento. Essa nova instrumentalização permitiria à sentença declaratória adquirir um elemento intrínseco de prevenção, ela passaria a não ser absolutamente dependente do meio externo para ser respeitada, podendo agora ser o remédio forte que noutras épocas foi criticado pelo prof. J. C. Barbosa Moreira.

Acerca da multa, pela redação atual da lei, parece que a resposta seria afirmativa, já que, em tese, a sentença meramente declaratória poderá contar com a técnica que determine um fazer ou não fazer para garantir sua efetividade (art. 273, §3º do CPC) uma vez que o legislador apresentou, com as recentes reformas processuais (lei 10.444/2002), a tendência de estender as técnicas mandamentais e executivas *lato sensu*, para implementação não apenas para as obrigações resultantes da necessidade de prestação de fazer e não fazer.

É, importante, todavia, um reparo especial a esse pensamento, o que certamente repercute na seara prática. Quando se diz sobre tutela preventiva, logicamente se afirma algo no plano da causa de pedir, pois é motivo para ajuizar ação contra ameaça de violação de direito. Provavelmente o pedido inibitório será derivado de uma necessidade fática de praticar um fazer ou não fazer ilícitos, pontos comuns em que incidirá a prevenção. Se, por acaso, o autor de uma demanda move uma ação declaratória, seu motivo de ir a juízo não será o requerimento de fazer ou não fazer, mas o mero acerto da relação, afastando o estado de incerteza.

Havendo um pedido agregado de fazer e não fazer, parece que se estará acrescentando ao processo elemento novo (causa de pedir), que enseja devido contraditório e análise cautelosa pelo juiz.

Veja-se um exemplo. Se A tem seu domínio contestado, diuturnamente, por B, poderá ajuizar ação de reconhecimento de domínio. O reconhecimento de domínio, é ajustamento da relação com o afastamento da incerteza. Havendo, além disso, a ameaça de turbação, em tese, seria possível que se formulasse pedido de antecipação de tutela para que fosse ordenada a não turbação (abstenção).

Aparentemente, conforme o exemplo indica, a causa de pedir do sujeito A não era mera incerteza, mas sim era questão de crise jurídica de cooperação. Verdadeiramente, A precisaria de uma abstenção de B, do contrário, se fosse mera crise de certeza, sua satisfação decorreria da mera declaração, o que para ele, no caso, é pouco.

Nos comentários do prof. Adroaldo Furtado Fabrício, pode-se observar a problemática da ação declaratória preventiva, nos seguintes termos:

Mas tal função preventiva em realidade não existe: se por litígio se entende, estritamente, o *litígio judicial*, o pedido de declaração antes o deflagra do que o previne ou evita; se, por outro lado, só se considera litígio o emergente da violação do direito, ter-se-ia de desestimar a ação declaratória quando já cabível a condenatória, em contraste com os ensinamentos da doutrina atual e, no Brasil, com o próprio direito positivo (Cód. de Proc. Civil, art. 4º, parág. único). (FABRÍCIO, 1996, p. 29-30)

O que se deseja alertar é a necessidade de uma análise adequada do quadro fático, que não permita uma espécie de burla ao sistema, na qual alguém requer, originariamente, mero acertamento e, em seguida, acrescenta, incidentalmente, nova causa de pedir, que não comportará discussão exauriente porque será tomada como mero juízo de probabilidade.

Parece que, quando isso ocorre, é constatado que o móvel do autor, verdadeiramente, não era o declarar o domínio, e sim o condenar a não desrespeitá-lo.

Para que se observe a coerência do sistema processual, é sabido que nas possessórias é permitido que ocorra a modificação do pedido, por exemplo, de interdito proibitório para reintegração, mas note-se que o pedido muda com a causa de pedir, o que permite saber exatamente em que incidirá o contraditório da demanda.

Com isso, deseja-se indicar que realmente a sentença declaratória não tem caráter primário preventivo, embora, conforme Barbosa Moreira afirma, pode vir a refleti-lo. Ademais, é preciso guardar cautela com o pedido incidental que se pode formular para a obtenção de uma tutela pura em sede de declaratória, pois pode ser que, na

essência, o pedido seja condenatório transmudado para declaratório, afetando-se por completo o contraditório do réu. Com maior vagar sobre essa questão, *infra*, 8.2.

6 TÉCNICAS MANDAMENTAIS E EXECUTIVAS LATO SENSU E A PREVENÇÃO DO ILÍCITO

6.1 INTRODUÇÃO À NECESSIDADE SISTEMÁTICA DO CAPÍTULO

O presente capítulo tem, por característica, o enfrentamento de questões balisares para uma correta análise da tutela preventiva no tocante à sua materialização na seqüência deste estudo.

Em verdade, ao se falar em tutela jurisdicional, rapidamente se observa a guinada para o estudo do processo civil de resultados (*supra*, Cap. 2 e 3), o que remete, inclusive, ao que já foi exposto acerca da inefetividade da atuação jurisdicional mediante o processo clássico condenatório com intervalo para execução forçada.

Por tais motivos, há na legislação e na doutrina, conforme adiante será apresentado, tendência a operar modificações substantivas no processo de conhecimento, permitindo-lhe conhecer e executar, entrementes.

Dessa forma, com a previsão das disposições *ex vi* arts. 84 do CDC e 461 do CPC, houve a guinada em favor da tutela *in natura* no bojo do processo cognitivo, dispensando-lhe da dependência da posterior fase executiva.

A problemática de tais modificações reside, em nosso sentir, no fato de que ao permitir a realização do “conhecer-executando”, houve desde os estudos de P. de Miranda (1998), uma nova compreensão do estudo e da classificação das sentenças.

Nessa nova óptica, em específico, surgem pensamentos (MARINONI, 2003; ARENHART, 2003; BAPTISTA DA SILVA, 1996) que indicam que as hipóteses

tuteláveis por meios coercitivos (ou mandamentais) e sub-rogatórios (ou executivos), não se enquadram na visão clássica de sentenças condenatórias. Pelas peculiaridades que apresentam, essa parte da doutrina considera mais ajustado não mais apresentar tão somente três sentenças processuais (declaratória, constitutiva e condenatória), mas sim catalogar mais duas novas sentenças, quais sejam, as mandamentais e executivas *lato sensu*.

Dessa forma, haveria interesse em conceder autonomia às duas sentenças, que, em tese, restaram equivocadamente misturadas ao bojo das sentenças condenatórias, mas que, por características próprias, dela precisam ser destacadas.

Nesse sentir, se a tutela preventiva é atuada para impedir o ilícito, sua característica, em tese, não seria de ação condenatória, pois (i) é tutelada sem posterior processo de execução e (ii) com o uso de mecanismos coercitivos mandamentais e (iii) executivos *lato sensu*.

Com tais caracteres, haveria, para a doutrina autorizada, o encarte da tutela preventiva, ora no âmbito das tutelas mandamentais, ora no âmbito das tutelas executivas *lato sensu*. A esse respeito, outra não é a conclusão de Luiz Guilherme Marinoni⁹³ e Sérgio Cruz Arenhart:

A tutela inibitória “executiva”, assim como a tutela inibitória “mandamental”, configura tutela genuinamente preventiva. A diferença é que esta última atua mediante a coerção indireta, e assim visa a convencer o demandado, ao passo que a primeira atua através de meios executivos que não levam em consideração a vontade do réu. (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 493)

Por tais considerações, é importante, também, uma exata identificação do problema exposto, averiguando, com acuidade os aspectos que levaram aos problemas de não efetividade da sentença condenatória, das tendências atuais em remediar suas falhas, bem como identificar os motivos que ensejam a nova classificação das sentenças em cinco.

93 Marinoni é contundente: “O procedimento de cognição plena e exauriente, complementado pelas três sentenças da classificação trinária, é absolutamente incapaz de propiciar uma tutela preventiva adequada”(MARINONI; 2003, p. 29)

Registre-se, ainda, que tal compreensão permitirá delinear o próprio âmbito de incidência da tutela preventiva, bem como será possível identificar, com acuidade, a melhor forma de utilização das novas técnicas de efetividade⁹⁴.

6.2 TUTELAS DECLARATÓRIAS, CONSTITUTIVAS E CONDENATÓRIAS

6.2.1 A sentença meramente declaratória

Quando se fala em sentença, especialmente em, da sentença meramente declaratória, está-se tratando de um dos raros pontos nos quais as doutrinas convergem. É comum constatar as afirmativas “toda sentença tem um mínimo de conteúdo declaratório” ou “a sentença meramente declaratória é aquela na qual o conteúdo declaratório é exclusivo”.

Essas assertivas indicam que existe, no código processual, a previsão da ação judicial que traz, consigo, o mecanismo apto a tutelar problemas que pugnam por uma decisão declaratória dos direitos. Essa sentença seria classificada por meramente declaratória, ou declaratória *stricto sensu* (ARRUDA ALVIM, 1976, p.56).

Nas palavras de Chiovenda (2002, p. 261) seria aquela existente quando se “pleiteia no processo a certeza jurídica e nada mais”⁹⁵. Dizer que tais sentenças debelam crises de certeza do direito material, conforme explicado em tópico anterior (*supra*,

94 “Não se pode falar, pois, em tutela preventiva sem abordar a intrincada questão de sua atuação concreta. Deveras, inócua seria toda esta construção teórica sobre a ação inibitória, se o provimento não fosse apto a fazer-se valer no mundo empírico, impondo a ordem cominada e compelindo o sujeito do comando adimpli-lo. Ao notar que a pedra de toque da tutela preventiva está em impor a alguém uma conduta (fazer) ou uma abstenção (não-fazer), ingressa o jurista no árduo campo das medidas coercitivas, que buscam influir na vontade de alguém, para que este espontaneamente cumpra certa determinação judicial.” (ARENHART, 2000, p. 187)

4.2), é dizer que a crise jurídica de certeza, a qual é caracterizada pela incerteza que ronda, deve ter qualquer dúvida afastada por um juízo certo, uma declaração. Afastando a incerteza, chegar-se-á a um grau de certeza sobre algo, e a tutela que tem aptidão para tanto é a da sentença declaratória que, ao declarar o que é certo, afasta o que é incerto. Nas palavras de James Goldshmidt (1936, p.104), “A ação declaratória tem por objetivo obter a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento (§ 256)”⁹⁶, o que vale dizer, basicamente, o que está plasmado, nos dias atuais, no art. 4º do CPC pátrio.

A sentença declaratória, conforme constata o prof. Arruda Alvim (2003, p. 654), é a modalidade mais simples de todas as sentenças, pois ela resolve a lide, exclusivamente, com o elemento declaratório. A sua efetividade, certamente, está no fato de que ela, para solver a crise jurídica que lhe cabe, não precisa atuar no plano fático, limitando-se a repercutir no plano jurídico com total sucesso⁹⁷.

O alto grau de simplicidade e efetividade⁹⁸ da sentença declaratória é considerado um dos pontos de crítica à proteção franqueada por outra sentença que será investigada adiante, qual seja, a condenatória, que, embora tenha carga verbal de “condenar”, acaba não cumprindo exatamente com esse papel.

6.2.2 A sentença constitutiva

95 Ou ainda, nas palavras de Dinamarco, “Onde havia *crise de certeza*, com efeito, da sentença meramente declaratória passa a haver *certeza*”. (DINAMARCO, 2001, p. 150)

96 “*La acción declarativa tiene por objeto obtener la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de la autenticidad o falsedad de un documento (§ 256)*”.

97 Em pleno acordo com esse sentido Arenhart aponta que “A tutela declaratória, evidentemente, não tem nenhuma atuação no mundo sensível. Limita-se a tornar irrelevante, para o Direito, qualquer dúvida a respeito da existência ou não de uma relação jurídica, estabelecendo a sua certificação oficial”. (ARENHART; 2003, p. 93)

98 “A sentença declaratória é a mais simples entre todas as sentenças de mérito em sua estrutura lógico-substancial, porque se limita à *mera declaração*, sem nada lhe acrescentar (*supra*, n. 889). É de sua essência e natureza a afirmação ou negação da existência de uma relação jurídica, direito ou obrigação, ou a de seus elementos e quantificação do objeto. O resultado da sentença declaratória, seja positiva ou negativa, é invariavelmente a *certeza* – quanto à existência ou valor de relações jurídicas, direitos e obrigações”. (DINAMARCO, 2003, p. 219)

A sentença constitutiva é outra das possíveis sentenças judiciais. Ela difere da sentença meramente declaratória, mas tanto ela quanto a condenatória contêm uma carga mínima de declaração⁹⁹, que possibilita posteriormente a constituição ou desconstituição de uma relação. Já ensinava Pontes de Miranda (1997, p. 42) que “Quem constitui faz *mais* do que declarar. Quem somente declara necessariamente se abstém de constituir.”

A sentença constitutiva tem por característica constituir (ou desconstituir, que é o mais comum) certas situações que são levadas ao âmbito do Judiciário. Ao proferir sentença constitutiva (positiva ou negativa), estará o julgador operando uma modificação na situação jurídica até então existente.

Esse elemento constitutivo deriva de uma necessidade do próprio direito material que é levado a juízo. Quando se pede a tutela constitutiva, faz-se com base no direito material que sofre de crise de situação, quer dizer, existe uma situação que está em crise e precisa ser modificada (positiva ou negativamente) para que se volte ao estado de pacificação social.

Essa sentença, ao lado da sentença declaratória, é extremamente eficaz, pois o ato de constituir ou desconstituir resolve de imediato o direito substancial, já que não é necessária nenhuma atitude do adversário do vencedor (não se necessita de cooperação); uma vez constituída ou desconstituída a situação, haverá, desde a sentença, a resolução da *quaestio iuris*. Diz-se que, pelas suas características, a sentença constitutiva chega, de certo modo, a se aproximar do “provimento executivo”, mas dele se diferencia irremediavelmente porque, ao operar a modificação da relação jurídica, o faz por si, sem a necessidade de uma atividade complementar (YARSHELL, 1998, p. 146).

Na realidade, em vez de estar ao lado da tutela declaratória na condição de mais efetiva do que a sentença condenatória, pode se dizer, pragmaticamente, que ela é

99 Nesse sentido, Adroaldo Furtado Fabrício: “Em sentido latíssimo, portanto, todas as sentenças – e pois, todas as ações – são, em alguma medida, declaratórias. Em sentido menos largo, são declarativas, principalmente as ações de conhecimento, em contraposição às de função executória ou cautelar, em que o componente ‘declaração’ diminui de ponto, ainda que sem ausentar-se de todo.” (FABRÍCIO, 1996, p. 26)

a mais efetiva de todas as sentenças. Esse é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco:

... o mais elevado grau que pode o processo de conhecimento produzir é o oferecido pelas *constitutivas*: ao alterarem desde logo a situação jurídico-substancial lamentada pelo autor elas não deixam qualquer resíduo litigioso remanescente, eliminando por completo o conflito que turbava a vida dos litigantes. (DINAMARCO, 2004, p.206)

Adiante, comparando a eficácia da sentença constitutiva e com a sentença declaratória, explica o professor Dinamarco:

A tutela dispensada pelas sentenças meramente declaratórias é *plena em relação ao objeto do processo*, porque elas implantam certeza onde o único motivo da lamentação do demandado era a *incerteza*. Mas, como nem sempre a certeza é suficiente a satisfazer as aspirações do titular do direito, também nem sempre a sentença meramente declaratória *positiva* é suficiente para dirimir por completo o conflito substancial existente entre as partes em seu convívio social ou relações de ordem econômica. (DINAMARCO, 2004, p. 206)

Outro ponto interessante na sentença constitutiva é que ela possui maior complexidade do que a analisada no tópico anterior, pois que de fato deve conter algo de elemento declaratório, mas uma preponderância de elemento constitutivo. Com isso, toda sentença que julgue procedente o pedido que clama por tal tutela deverá, antes de tudo, certificar (declarar) a existência da atual situação e no momento seguinte modificá-la.

6.2.3 A sentença condenatória

A sentença condenatória emerge do uso de uma “ação de natureza condenatória”. Essa ação, para ter natureza condenatória, deverá ser portadora de algum conteúdo material que a justifique.

Segundo a linha esboçada anteriormente (*supra*, 4.3), uma ação condenatória traz, consigo, um conteúdo que é o direito material em verdadeira crise jurídica de cooperação, que será afastada por uma tutela que a resolva, a saber, uma sentença condenatória.

A sentença condenatória, a exemplo da constitutiva, é mais complexa do que a sentença declaratória *stricto sensu*. No seu nascer, é possível distinguir um momento declaratório, que é o reconhecimento da violação ao dever jurídico e, por conseguinte, a aplicação de uma sanção que obriga o reconhecido a reparar os danos.

A sentença condenatória, no entanto, assemelha-se a constitutiva apenas na sua maior complexidade (elemento declaratório e sanção), ao passo que por outro enfoque se afasta em muito das duas primeiras (declaratória e constitutiva) porque ela depende de um ato do seu oponente, que é o de cumprir a sanção. Por esse motivo, em suas lições, o prof. Liebman dizia que:

Desse modo, a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: em primeiro lugar, declara o direito existente – e nisto não difere de todas as outras sentenças (função declaratória); em segundo lugar, faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora).

Este segundo elemento, a formulação expressa ou implícita da regra sancionadora concreta, é propriamente a novidade produzida pela sentença condenatória. Novidade necessária, porque é ela que torna possível a atividade dos órgãos judiciários para satisfazer coativamente o direito do credor. (LIEBMAN; 2003, p. 35)

Em decorrência da necessidade de que o condenado cumpra com a condenação, a doutrina passou a trabalhar a sentença condenatória com um certo olhar problemático; ao ensejar o processo de execução para complementar a atividade jurisdicional, perde em efetividade quando comparada às sentenças declaratórias e constitutivas, que resolvem o direito em si.

Essa realidade força, hoje, que se empenhem esforços em prol de uma maior efetividade dos pronunciamentos condenatórios.

Este desempenho, abaixo da média desejada, é de relevância inafastável, pois se na sentença declaratória e na constitutiva a vontade do vencido é irrelevante, de outra forma, a tutela condenatória depende de ato do adversário (vencido) e, se ele não cumprir a norma concreta (o que é usual), é necessário o ajuizamento de ação

de execução (*ex intervallo*), o verdadeiro demonstrativo da fragilidade dessa tutela.

Embora o nome “condenatório” seja de uma carga histórica mais intensa¹⁰⁰, no âmbito civil atual ela acabou se mostrando a mais frágil das sentenças.

Tal fragilidade é que fez surgir um movimento de efetividade processual, que tenta modificar a sistemática da infrutífera sentença condenatória. Se alguém almeja evitar o desgaste da execução, é necessário evitar a sua própria existência, o que se faz com uma tentativa de elevar a sentença condenatória a uma condição de eficiência que ela nunca conheceu, qual seja, a de ser uma proteção tão efetiva como são as sentenças declaratórias e as constitutivas, as quais não dependem de ato do adversário vencido para resolver a crise de direito material.

6.3 DO PROCESSO CONDENATÓRIO EM ESPECÍFICO: A CRISE DO PROCESSO CONDENATÓRIO E DA TUTELA REPARATÓRIA EM GERAL

Duas são as sentenças que mais interessam no estudo da tutela inibitória: uma, que é a declaratória, já foi enfrentada (*supra*, 5.8); e a outra é, ainda, a condenatória, que possibilita entender uma miríade de questões que rondam as modificações do processo civil atual no plano da prevenção do ilícito.

Consoante já ficou cravado em linhas passadas, a sentença condenatória tem algumas características no processo civil que a acompanham de longa data.

A grande problemática da estrutura condenatória é que ela apresenta uma nota de frustração, porque, embora seja proteção com uma nomenclatura duríssima (ninguém deseja ser condenado), é fato que a condenação, no âmbito civil, é bastante suavizada, porquanto ela apenas inaugura uma outra fase na vida do

100 Sobre essa intensidade de reprovação basta conferir o que diz Pontes de Miranda: “Condenar não é declarar injúria; é mais: é ‘reprovar’, ordenar que sofra”. (1997, p. 47)

credor, a expectativa de saber se o réu vai cumprir o preceito sancionatório (que muitas vezes não ocorre) ou se será obrigado a ajuizar uma ação de execução judicial (LIEBMAN; 2003, p. 35)¹⁰¹.

Ademais, insta dizer que o modelo condenatório ainda tem raízes fortes na proteção patrimonial (perdas e danos). Muitos casos precisam de tratamento muito diverso da mera proteção ressarcitória, havendo tal questão recebido indiscutível comentário da lavra de José Carlos Barbosa Moreira:

Sobremaneira insatisfatório mostra-se ao propósito o mecanismo – todavia em geral mimado pelos legisladores e pela doutrina – que se pode representar por meio do esquema ‘processo de condenação (normalmente pelo rito ordinário) + execução forçada’, máxime quando se reserva, conforme sucede as mais das vezes, para o tratamento exclusivo de situações que se caracterizam pela existência de lesão já consumada. (BARBOSA MOREIRA; 1980, p. 22)

Ainda com mais detalhes, o prof. J. R. dos Santos Bedaque afirma:

A doutrina processual moderna vem criticando esse sistema, inadequado para a solução dos litígios verificados na sociedade contemporânea. Daí a utilização, pelo próprio legislador, de outros mecanismos, mais compatíveis com as necessidades das relações jurídicas de direito material, em que ganha relevo a solução da tutela antecipada prevista em determinados procedimentos especiais.

A grande maioria das situações, porém, submete-se à via tradicional, ou seja, a satisfação de um direito violado pressupõe tutela condenatória. Somente após obtida essa pode o titular do interesse pleitear a tutela executiva, pela qual se elimina de fato a crise de adimplemento.

Essa técnica, todavia, não satisfaz a necessidade de urgência, valor que em determinadas situações deve ter prioridade, sob pena de absoluta ineficácia da tutela jurisdicional. (BEDAQUE, 2003, p. 111).

Na linha do que foi avençado, é certo que, na atualidade, com o surgimento dos novos direitos, e do imediatismo imposto pelo vigente modelo capitalista globalizado, há a necessidade de pensar em meios mais oportunos e efetivos de fazer justiça, tais como tutela específica, que não deseja meramente reparar em perdas e danos, mas sim com a proteção do bem *in natura* e, além disso, evitar até mesmo que ocorra a necessidade de ressarcir, o que pode ser feito com a tutela preventiva contra a ocorrência do ilícito.

101 “... a sentença condenatória se assemelha por demais com provimentos nitidamente vinculados a instituições incapazes de exercer poder, como é o caso dos juízos arbitrais.” (ARENHART, 2003, p. 56)

Em meios aos estudos da criticada tutela condenatória é que surgiram idéias de torná-la mais efetiva. Uma das alternativas é a supressão da fase executiva, e, com efeito, até mesmo começou a surgir um entendimento de que certos direitos deveriam não mais ser protegidos pela condenação, e sim pelas sentenças mandamentais e executivas (BAPTISTA DA SILVA, 1996,). Para compreender melhor esse anseio, apresentam-se a seguir algumas informações importantes.

6.4 PENSAMENTOS EVOLUTIVOS DERIVADOS DA ANÁLISE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

O fato de a sentença condenatória apresentar essa grande possibilidade de exames controversos despertou, na doutrina, sempre a necessidade de melhorar a compreensão do fenômeno. No Brasil, Pontes de Miranda expôs um pensamento peculiar sobre o tema, uma vez que seu estudo sobre a questão se aprofundou de tal forma, que vislumbrou que, impropriamente, dois novos tipos de sentenças estavam, erroneamente, classificadas como se fossem condenatórias. É com seus estudos que surge uma forte noção dos conceitos de sentença mandamental e executiva, a cuja análise se passa a proceder.

6.4.1 A sentença mandamental

Sabe-se que a sentença mandamental foi sustentada no Brasil pela doutrina de Pontes de Miranda (1998), mas é preciso informar que o eminente processualista brasileiro verificou o tema (e o termo) na doutrina comparada, em uma de suas incursões na doutrina tedesca, em especial, as obras de Kuttner e Goldshmith¹⁰².

102 Cumpre, todavia, ressaltar que os trabalhos dos aludidos autores, por maior que seja o respeito que a elesse deva, pouco ecoam fora de nosso território, e a esse propósito Barbosa Moreira escreve: "Mas desde já cabe assinalar que a proposta de Kuttner, conquanto avalizada por Goldschmidt, teve escassa e efêmera repercussão: as obras mais modernas nem sequer se dão o

Embora seus estudos tenham partido do direito alienígena, na doutrina de Pontes de Miranda, todavia, o termo mandamental foi modificado e aperfeiçoado, tal como ressalta José Carlos Barbosa Moreira quando comenta que, se sentença mandamental não foi sua criação, porque já existia na doutrina de Kuttner e Godshimdt, é certo que o processualista pátrio não se limitou a importar o termo, mas o redimensionou. Barbosa Moreira (2001, p. 56), em ensaio sugestivamente intitulado de “A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”, refere-se a esse fato ressaltando que Kuttner dava à sentença mandamental caráter de ordem em face de órgão estatal¹⁰³, e Pontes, por sua vez, utilizou o termo mandamental com maior amplitude, afastando-se do conceito originalmente traçado pelo jurista alemão.

Seria, para Pontes de Miranda (1997, 48), a sentença mandamental derivada, basicamente, das sentenças atreladas à necessidade da expedição de uma ordem (mandamento) para resolver um problema de direito material. Segundo o próprio processualista, em tal tipo tutela o juiz não constitui uma situação jurídica nova, nem condena, faz diferente disso, o magistrado *manda*.

Essa “ordem-mandamental” teria por escopo estar dirigida a alguém que ficaria pessoalmente obrigado a cumpri-la¹⁰⁴. Para Pontes de Miranda, existe uma linha diferenciadora do que seja meramente condenar daquilo que seja ordenar. Seria, então, a expedição da ordem algo diverso da decisão condenatória; ao mandar, o juiz pretende, decerto, o cumprimento do preceito, sem que necessite de condenar e de perpassar processo de execução *ex intervallo*, pois, cumprida a ordem, estaria cumprido o direito.

A “mandamentalidade” seria comprovada pelo uso do verbo *mandar* ou *ordenar*,

trabalho de criticá-la ou refutá-la: simplesmente não se referem a ela.” (BARBOSA MOREIRA; 2004a, p. 127)

103 Goldshimdt segue o mesmo entendimento de Kuttner quando explica que “A ação mandamental encaminha-se a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio da sentença judicial” (GOLDSHMIDT; 1936, p. 113). Na tradução espanhola: “La acción de mandamiento se encamina a obtener un mandato dirigido a outro órgano del Estado, por meio de la sententia judicial”

104 Conforme lição colhida da obra de J. R. dos Santos Bedaque, “A configuração do crime de desobediência é consequência inerente ao caráter mandamental da tutela, cuja eficácia predominante consistiria na ordem existente no dispositivo de sentença. Tal se dá, por exemplo, no mandado de segurança, na demanda de manutenção de posse e no interdito proibitório.” (BEDAQUE, 2003, p. 106).

nesse caso, não se pede para declarar, constituir ou condenar, mas sim para expedir ordem para que se faça algo. Com isso, deseja o aludido autor comprovar a força diferenciada que é inerente a essa espécie de provimento.

O mandamento é, na sua natureza, coercitivo e personalíssimo a ser cumprido por aquele que é o destinatário da ordem, sob pena de, ao descumpri-lo, ser-lhe imputada sanção penal pelo crime de descumprimento de ordem judicial.

Ainda, nos dias atuais, é comentário da doutrina a característica da sanção pelo descumprimento nas sentenças nomeadas mandamentais:

As sentenças mandamentais contêm *ordem* para o réu, a ser atendida sob pena de se caracterizar afronta à autoridade estatal e, eventualmente, crime de desobediência. Eis o aspecto diferencial, identificador dessa categoria. Não se trata de comando necessariamente dirigido a órgão ou agente do Estado: também ao particular pode ser dirigido um mandamento (TALAMINI, 2003, p. 191)

Em sua teoria, P. de Miranda (1988, p. 140) expõe que não existe sentença que seja pura, até mesmo a declaratória (meramente declaratória) teria em seu bojo elementos constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos. Para esse autor, toda sentença seria provida de cinco cargas de eficácias, quais sejam: (1) declaratória; (2) constitutiva; (3) condenatória; (4) mandamental; e (5) executiva.

Essa formulação encontra guarida em doutrina atual de escol, havendo, em Araken de Assis, espaço para os seguintes comentários:

Fácil é decompor a sentença de despejo e comprovar, na prática, a asserção básica de Pontes. Ela comanda, preponderantemente, a restituição do bem locado (eficácia principal: executiva); desfaz o contrato (eficácia imediata: constitutiva); declara o direito do autor à recuperação da coisa (eficácia mediata: declarativa); e, estando a locação averbada no cartapácio real, manda cancelar o registro (eficácia mandamental). Mais difícil se revela em todos os casos localizar as cinco eficácias. O óbice não invalida, porém, a tese central, fundada na convivência, dentro do mesmo provimento, de mais de uma eficácia. (ASSIS, 2003, p. 79)

De acordo com a idéia esboçada, seria possível afirmar que todas as sentenças conteriam os cinco elementos denominados de força e que não existiria sentença pura, porque até mesmo a meramente declaratória conteria uma parcela de constituição, condenação, mandamento e executividade.

Se todas as sentenças possuem invariavelmente todas as cinco forças (MIRANDA, 1988, p. 137)¹⁰⁵, resta saber como diferenciar uma sentença das outras. Vejamos nas próprias palavras do autor em comentário:

Classificação das sentenças pela eficácia. As sentenças, como as ações, podem ser *declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas*. As forças, que têm, é que as classificam. Além dessa força que as define entre as outras, podem ter efeitos outros. A ação de condenação tem sentença com eficácia de coisa julgada material *mais* o efeito executivo, que a ação declarativa não tem. Em certas ações constitutivas, como a de nulidade de casamento, há efeito de coisa julgada material e até de execução, efeito correspondente ao elemento condenatório. Vai longe o tempo em que Adolf Wach (1885) distinguiu três categorias de sentenças (declarativas, constitutivas, condenatórias). O elemento executivo e o mandamental são irredutíveis. Por outro lado, a falta da distinção entre força e efeitos (duas classes de eficácia) levou a apriorismos inaceitáveis. Alguns processualistas fazem esforços desesperados por superar as dificuldades, tentando “dilatar” o conceito de coisa julgada material. A ação só se pode classificar, quanto à *qualidade*, pela preponderância do elemento declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo. Nenhuma, que se conheça, é sempre pura, isto é, com um só elemento. O mesmo acontece às sentenças. Certas sentenças declarativas apresentam elemento constitutivo; certas sentenças constitutivas são também declarativas, ou condenatórias. Ao elemento declarativo, que prepondera, por definição, nas sentenças declarativas, e é de grande relevância, porém não preponderante, nas ações condenatórias e respectivas sentenças, corresponde a eficácia de coisa julgada material. Viu-o Konrad Hellwig; a ciência depois, retocou-lhe o conceito. Nas ações mandamentais, o elemento declarativo assume, de regra, a mesma relevância, só inferior à força do mandamento, que as distingue, e é por isso que, salvo exceção, a sentença que se profere pode ter efeito de coisa julgada material. Se essa eficácia supera a do elemento mandamental, então a ação e a sentença são de condenação ou excepcionalmente, declarativas. *Não há outro meio científico, de classificar sentenças, que por sua força, pensando-se-lhes, por bem dizer, a eficácia (força e efeitos)*” (MIRANDA, 1998, p. 173-174).

Confirma-se, então, que, no pensamento de P. de Miranda, não existe sentença desprovida das cinco forças (eficácias), mas que sempre alguma dessas forças será a preponderante (sobressai), e pela maior delas é que se deve classificar a sentença.

Engenhosamente, o prof. Pontes de Miranda não encerra seu pensamento nesses termos, vai mais a fundo e afirma a possibilidade de dizer que todas as sentenças, além de conter as cinco forças (declarar, constituir, condenar, mandar e executar),

105 “Elementos componentes da eficácia e preponderância. Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva.” (MIRANDA, Pontes de. 1998, p. 137)

podem receber um tratamento matemático.

O eminente jurista elaborou uma tabela comparativa na qual ilustra a força das sentenças (MIRANDA, 1997, p. 59). Para viabilizar seu pensamento estipulou que a força preponderante de uma sentença seria qualificada pela força 5 (cinco), que é a máxima que pode sobressair em sua teoria. Dessa forma, será a sentença classificada por declaratória se houver no elemento declaratório maior força do que nos outros quatro elementos. Assim, uma sentença declaratória comporta essa classificação porque sua carga de eficácia preponderante é do elemento declaratório (força cinco). Os outros elementos, por sua vez, são gradualmente menos intensos, havendo algum deles com força 4 (quatro), que é quase tão intenso quanto o da força preponderante, em seguida um elemento com a força 3 (três), outro com a força 2 (dois), e o mais tênue em força alcançaria o mínimo, que é a força 1 (um).

Assim sendo, toda sentença, de acordo com o pensamento elaborado por essa doutrina, contém invariavelmente as cinco forças, e elas são graduadas pela sua eficácia preponderante de um máximo de 5 até um mínimo de 1. O fator máximo é o que se destaca como de maior força (ou eficácia) e serve de classificação da natureza de cada sentença.

Outro ponto diferencial da doutrina de Pontes de Miranda (1997, p. 59), é que, em todas as sentenças, sempre, o somatório das cinco forças nelas contida será um valor máximo e constante de força 15 (quinze), ou seja, toda sentença tem força quinze, que é a soma da maior força, que é a 5 (cinco), com as menores. Assim, a força cinco somada com a força quatro, mais a força três, mais a força dois, mais a força um é igual à força total de quinze ($5 + 4 + 3 + 2 + 1 = 15$).

Com base nesse pensamento, é que Francisco C. Pontes de Miranda entende ser possível afastar a teoria ternária das sentenças, adotando a teoria quinária, a qual inclui duas novas sentenças, a mandamental e a executiva. Quanto à sentença mandamental, desde logo, é importante apontar a adesão do prof. Ovídio Baptista (1998, p.334), que afirma que “Neste tipo de sentença o juiz *ordena* e não simplesmente *condena*.”

O prof. Ovídio Baptista, procurando as raízes históricas das “ações mandamentais”, explica que:

As ações mandamentais descendem diretamente dos interditos romanos. Também neste tipo de tutela jurisdicional, o pretor romano não *condenava*, mas ao contrário ordenava que o demandado fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa. (BAPTISTA DA SILVA; 1998, p. 334)

Essa ordem ou mandamento é expressada na expedição do mandado, que, uma vez expedido, deve ser cumprido pelo destinatário. Araken de Assis (2000, p. 81) afirma que “O mandado, incrustado no núcleo de eficácias da sentença, irradia efeitos bem discerníveis ...”. Esses efeitos discerníveis significam, basicamente, que é medida coercitiva que se resolve dentro da mesma estrutura processual (ASSIS, 2000, p. 81)¹⁰⁶.

Também aceitando a categoria da sentença mandamental, Marinoni e Arenhart, em obra conjunta, alegam que:

Na sentença mandamental há ordem, ou seja imperium, e existe também coerção da vontade do réu; tais elementos não estão presentes no conceito de sentença condenatória, compreendida como sentença correlacionada com a execução forçada. (ARENHART; MARINONI; 2004, p. 470) (itálicos no original)

Exemplos dessa mandamentalidade sempre foram explícitos no mandado de segurança, que é rapidamente identificado pela expedição da ordem, também sendo válido citar o interdito proibitório como caso classificado de mandamental¹⁰⁷.

Nesse sentido, a decisão mandamental teria a vantagem de evitar, quando cumprida, a necessidade de um processo de execução, porquanto, com o mandamento cumprido estaria, resolvido o direito material pretendido.

106 entendendo no mesmo caminho é que diz Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “Todavia, a diferença está no próprio conteúdo da sentença, porque os dois verbos mandar e condenar são totalmente distintos (...)”. (2003, p. 22)

107 Araken de Assis enumera os seguintes casos de ações mandamentais: “Exemplo de ação mandamental é o embargo oferecido por terceiro a ato judicial. A demanda cautelar constitui outro bom exemplo da classe. Nesta última, aliás, servindo de paradigma o arresto, avulta a possibilidade de algum particular erigir-se em sujeito passivo da ordem”. (ASSIS, 2003, p. 89)

6.4.2 A sentença executiva

A quinta sentença, Pontes de Miranda (1998, p.15) batizou-a de executiva, pois este tipo de tutela jurisdicional possui natureza eminentemente executiva e teria, por característica, a auto-executoriedade, o que torna prescindível um posterior processo de execução.

Essa sentença executiva é aquela que a doutrina hoje denomina de executiva *lato sensu*, sendo interessante pontuar no mesmo sentido de Barbosa Moreira (2004b, p.148) que, com precisão, não deixa passar ao largo de suas observações que o termo original é sentença executiva, e o acréscimo do adjetivo *lato sensu* veio a ser utilizado apenas eventualmente por Pontes de Miranda.

Essa executividade constatada seria diferenciada, porque não haveria uma execução *ex intervallo* tal como ocorre nos casos de sentença condenatória¹⁰⁸. A sentença executiva seria aquela que tem força de “se executar” automaticamente.

Com isso, sem nenhum intervalo, e sem a necessidade de atitude do adversário da parte, ela será executada, sem que seja instaurado qualquer processo de execução para tanto, bastando a expedição de um mandado executivo, que seria imediatamente realizado. Dessa forma, há um mandado executivo, que procedimentaliza a execução dessa sentença, mas não existe um processo de execução propriamente dito.

Essa força diferenciada se torna patente na obra do autor quando ele explica com as seguintes palavras:

Ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex sequor, ex-secutio*). (MIRANDA; 1998, p. 135)

Sérgio Cruz Arenhart, na mesma toada, afirma:

108 “(...) o ato que julga procedente tal pedido não se limita a condenar, mas também já *determina a adoção dos atos executivos necessários à satisfação do direito declarado na sentença*, para o caso de não atendimento espontâneo do quanto estabelecido na decisão”. (SPADONI; 2002, p. 103)

Nos provimentos executivos *lato sensu*, o que importa realmente é a realização efetiva do direito, preponderando a atividade material sobre a intelectual. Se na ordem mandamental interessa o atuar sobre o intelecto do réu, impondo-lhe certa conduta, aqui isto se mostra desnecessário, já que o que concretamente importa é a satisfação real do interesse, mediante sua plena realização. (ARENHART, 2003, p. 91)

Em consonância com a doutrina que adere a essa teoria, citam-se, como exemplos, os que seguem adiante:

Entram na primeira espécie de ações executivas p. ex., as de depósito, a reivindicatória, o despejo, as possessórias, a de imissão na posse, a petição de herança, a nunciação de obra nova, e outras, máxime se o direito alegado na demandam ou seja, o objeto litigioso – considerado, neste passo, a partir de critério distinto – se revela real. (ASSIS, 2003, p. 93)

Ultrapassados os aspectos gerais da teoria inserida em nosso ordenamento, passa-se a um tópico relacionado aos novos rumos implementados a ela.

6.4.3 Releitura da teoria quinária de Pontes de Miranda

A doutrina de Pontes de Miranda sofreu adesões e críticas ao longo dos anos, mas, decerto, houve repercussão e influência dos termos por ele utilizados, que penetraram no dia-a-dia do processo. A própria reforma do art. 461 e, posteriormente, a criação do art. 461-A reacenderam os debates acerca do tema, na medida em que hoje se diz que as tutelas mandamentais e executivas derivam desses dispositivos. Aqui, rende-se um mérito inegável ao teórico Pontes de Miranda por ter contribuído com a efetividade processual e pela necessidade de o processo voltar seus olhos aos problemas do direito substancial.

No quadro atual dos debates, é possível citar a densa obra do prof. Ovídio Baptista como um aperfeiçoamento das idéias lançadas pelo prof. Pontes de Miranda, e que hoje vem lançando novos argumentos para demonstrar o acerto da adoção da teoria quinária, haja vista que, em meio aos debates, houve crítica que sustentasse que a teoria das cinco sentenças não tinha base no plano do direito material (BUZAID, 1989, p.73), e que por isso deveria ser considerada inadequada.

Não parece, contudo, ser essa a idéia de Pontes de Miranda ao afirmar, claramente, que sua classificação tem base no direito substancial:

O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta o direito material, porque o fim precípua do processo é a *realização do direito objetivo*. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material. A margem de liberdade que se lhe deixa é pequena, mas existe.” (MIRANDA, 1998, p. 140)

Ovídio Baptista também acredita que o direito material é a fonte das respostas para a demonstração de que é correto o pensamento de Pontes de Miranda e, para confirmar tal assertiva, dedicou-se a uma intitulada “Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica” (1996).

A proposta do prof. Ovídio, nessa obra e em outros escritos de sua autoria, é a de provar que o direito material demonstra a autonomia da tutela executiva em favor dos direitos absolutos (reais).

Em busca das respostas, suas digressões são iniciadas no período romano, no qual a jurisdição era distinguida pelo elemento exclusivamente declaratório. A busca por declarar direito era função do juiz romano, que, ao prolatar decisão final, realizaria *jurisprudencia*, julgando com prudência o direito a ele levado (BAPTISTA DA SILVA; 1996, p. 25-26).

Essa declaração judicial era possível na *actio* romana, meio próprio e adequado para tal prestação. No período romano, além de se considerar a função judicante exclusivamente declaratória, tinha-se uma divisão da *jurisdictio* para o *imperium*. Os atos que ultrapassavam o mero declarar, tal como a execução de direitos, eram função não jurisdicional, mas sim do *imperium*¹⁰⁹ (BAPTISTA DA SILVA; 1996, p. 31). Essa característica de a condenação estar relacionada ao direito pessoal também é realçada por Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 63): “Com efeito, a

109 “Enquanto as obrigações sempre eram tuteladas, no direito romano clássico, por meio da *actio*, julgada por um *iudex*, que proferia, diante do pedido, uma *condemnatio*, destituído completamente de poder estatal, na medida em que o julgador não era agente do ‘Estado’ romano, mas mero árbitro, escolhido pelas partes, aos direitos reais conferia-se outro meio de proteção. Tais eram os interditos

condemnatio romana, a sua origem, tinha incidência perfeitamente delimitada, como a forma que assumia a decisão judicial, em conseqüência ao inadimplemento de uma *obligatio*”

Na estrutura romana, a *iurisdictio*, de cunho meramente declaratório, era obtida por meio da *actio*, e o *imperium* poderia ser, dentre outras formas, exercido por meio da *vindicatio*. Essa diferença, longe de buscar explicar o direito romano a fundo, tem por escopo ilustrar que a *actio* servia para resolver problemas do direito pessoal, e a *vindicatio*, por outro lado, tinha função de proteger direito real (absoluto).

Nessa distinção, de que na *actio* se declarava direito pessoal e na *vindicatio* se executava direito real, Ovídio Baptista busca demonstrar que a *rei vindicatio* prescindia de conhecimento, bastava ir até a coisa e desapossar em favor do titular do direito. Essa atividade decorria, basicamente, do que hoje o civilista classifica como direito de seqüela derivado dos direitos reais, que significa, o direito de perseguir o objeto.

Nesse sentido, seria a *vindicatio* a tutela que possibilitava reivindicar a coisa e obtê-la com a pronta execução daquela reivindicação, sem necessidade de declarar anteriormente o direito.

Salienta também que gradualmente esse esquema de conhecer direito pessoal e executar direito real foi abandonado com o escoar da história, prevalecendo o modelo da *actio* sobre o da *vindicatio*, e com isso o direito real foi introduzido¹¹⁰ nos moldes do processo de conhecimento, no qual é mister sentenciar antes de executar (BAPTISTA DA SILVA, 1996, p. 48-49).

Com esses dados, é possível dizer que o direito real, que tinha tratamento próprio (executivo), passou a ter o mesmo tratamento ofertado ao direito pessoal

(entre os quais tinha relevância a *vindicatio*), que não se incluíam na noção romana de *iurisdictio*, consistindo antes exercício direto de *imperium* estatal.” (ARENHART, 2003, p. 67)

110 “Contribuiu, definitivamente, para a equiparação entre obrigação e direitos reais – com a conseqüente ampliação do campo da condenação – a interpretação, equivocada, feita sobre os textos romanos clássicos, no sentido de que a *litis contestatio* (espécie de pacto, travado entre as partes do litígio, em que estabeleciam as condições em que seu conflito seria julgado pelo *iudex*) transformava

(condenatório), e, com isso, aconteceu a pessoalização dos direitos reais. Vejamos o próprio prof. Ovídio:

Confirma-se, portanto, nossa assertiva precedente: a) a *actio* dizia respeito exclusivamente às pretensões nascidas do direito das obrigações; b) o direito real era tutelado pela *vindicatio*; c) a execução era privada e deveria ser levada a efeito pelo autor vitorioso, com a proteção e auxílio do pretor, mediante a concessão de um interdito que, como vimos, não fazia parte propriamente da *iurisdictio*; d) *quod debetur* era conceito referido exclusivamente ao direito das obrigações: o usurpador nada *devia* ao proprietário, vencedor da reivindicatória; ele apenas deveria sofrer (*patientia prestare*) a *vindicatio* (*manum conserere*) do titular do domínio que vira seu direito proclamado pelo *iudex*. (BAPTISTA DA SILVA; 1996, p. 65).

E adiante continua o mesmo professor:

c) Como então a *vindicatio* tornou-se uma *actio* de modo a resultar numa condenação monetária? Vimos que este fenômeno foi o resultado do alargamento do conceito de obrigação que, tendo originariamente como fonte exclusivamente o contrato e o ilícito (*obligatio ex contractus e ex delicto*) estendeu-se depois a todas as relações jurídicas, com a criação das *obligationes ex lege*. (BAPTISTA DA SILVA, 1996, p.65)

Ademais, insta dizer que houve, nessa mudança de paradigmas, uma influência de valores cristãos¹¹¹ que repercutiam na questão da não agressão ao próximo; e, com isso, o modelo condenatório, que pressupunha uma prévia condenação, para executar, seria, de certa forma, mais condizente com os padrões do cristianismo do que a tutela executiva da *vindicatio*.

Outra questão que fica bem delineada é que o processo de conhecimento prezou, sempre, pelo valor segurança e pela ausência de mecanismos executivos. Conhecer e condenar deveria, necessariamente, anteceder o executar. Além de tudo, a execução, que é a invasão na esfera patrimonial alheia, deveria ter por base um juízo de certeza, fincado em cognição exauriente de direito, em repúdio ao juízo de mera probabilidade.

Com efeito, vislumbra-se que, para implementar esse tipo de tutela condenatória, também foi necessário modificar a forma de enxergá-la; o processo condenatório

qualquer espécie de relação jurídica em uma relação linear (entre dois sujeitos) e, portanto, em uma obrigação.” (ARENHART, 2003, p. 73)

111 É como explica o prof. Ovídio: “Na verdade, o direito romano cristão seguiu a orientação geral da evolução do fenômeno jurídico, a partir das formas e instrumentos severos e muitas vezes brutais do direito primitivo, orientando-se sempre no sentido da proteção do devedor ou do demandado em geral”. (BAPTISTA DA SILVA, 1996, p. 100)

passou a proteger tudo e todos com a reparação patrimonial. A tutela passou a recair invariavelmente sobre dinheiro e ressarcimento¹¹².

Esse tipo de tutela nivelou, em um mesmo plano, as pretensões que pedem proteção pecuniária e aquelas, que pedem proteção não pecuniária, e tal assertiva repercute hoje no crescimento da necessidade da tutela específica de direitos e da tutela inibitória (*supra*, 3.2 e 3.4).

Em consonância com esses dados, estruturou-se, equivocadamente, a necessidade de o processo de conhecimento exercer estritamente atuação cognitiva até exaurir a investigação do objeto litigioso, e, somente depois da condenação segura, teria início do processo para a execução do direito reconhecido, porém insatisfeito.

Esse pensamento prevaleceu por muito tempo intocável, já que o liberalismo e o valor do individualismo ajudaram a mantê-lo firme em favor da idéia de não intervenção estatal na esfera privada e máxima proteção ao valor da propriedade (MARINONI, 2003, p. 29).

A atual mudança por que passa o mundo da globalização, no âmbito das comunicações em tempo real, do desapego a certos valores religiosos, do capitalismo, com negociações financeiras de altíssimo vulto em tempo imediato, dentre outros fatores, permite ao processo hodierno mudar novamente o paradigma, reavivar a tutela executiva e perceber que o direito material absoluto requer, na essência, tal proteção, comprovando a autonomia da teoria quinária.

6.5 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À CLASSIFICAÇÃO QUINÁRIA DAS SENTENÇAS

112 Estudando esse assunto, e verificando que o fenômeno da *listiscontestatio* possibilitou a interpretação de que tudo que fosse levado ao processo seria transformado em uma obrigação indenizável, mesmo que originariamente não fosse, Sérgio Cruz Arenhart expressa a conclusão de que “A partir de uma interpretação como essa, logicamente, se todo o direito, quando posto em juízo, se converte em uma obrigação, então como obrigação deve ser tutelado. E se a forma natural de

Conquanto exista intenso esforço para demonstrar autonomia das tutelas mandamentais e executivas, há empecilhos que forçam o direcionamento para outra vertente.

Para adotar a teoria quinária, na condição de legítimo critério classificatório das sentenças, deve-se considerar se ela possui solidez o suficiente para explicar diversos problemas decorrentes de sua tentativa de sistematização, como **(i)** determinar, de maneira inequívoca, se o seu embasamento classificatório reside no plano processual ou material; **(ii)** descortinar os exatos conceitos das sentenças que extrapolam as ternárias; **(iii)** dirimir alguns conflitos internos existentes entre os próprios defensores dessa teoria; **(iv)** deixar claros os motivos pelos quais não se podem encartar, de forma alguma, tais proteções na seara das sentenças condenatórias com uma melhor instrumentalização; e, ademais, **(v)** esclarecer adequadamente os questionamentos que são postos à lume pela teoria clássica.

6.5.1 A identificação dos conceitos das sentenças

Inicialmente, pode-se dizer que o primeiro problema a ser vencido é o da compreensão, não muito exata, de muitos dos conceitos apresentados por quem adota a teoria das cinco sentenças. Na obra do Prof. Pontes de Miranda, desse modo, por vezes são observados trechos que não elucidam completamente as afirmativas acerca das novas sentenças. Essa constatação, *v.g.*, foi recentemente feita pelo prof. José Carlos Barbosa Moreira ao esboçar que, “Até onde pudemos verificar, não se encontra na obra de Pontes de Miranda uma definição clara de ‘sentença executiva’” (2004b, p. 149).

Mesmo Luiz Guilherme Marinoni, adepto da concepção de que a tutela inibitória tem traço marcante da mandamentalidade, afirma que:

tutela das *obligationes* é a *condemnatio* então este é o caminho, agora, para todo tipo de direito”. (ARENHART, 2003, p. 73)

Pontes de Miranda, como se sabe, foi o primeiro doutrinador brasileiro a tentar elaborar uma conceituação de sentença mandamental. Como a doutrina desse jurista não é de fácil compreensão, torna-se importante extrair de sua obra uma passagem que identifica seu pensamento.... (MARINONI, 2003, p. 388)

Realmente, nos lidos do Tratado das Ações, os conceitos de sentença executiva e mandamental ficam a dever. Não é na obra de Pontes de Miranda que será encontrada a exatidão desses contornos. A esse propósito, o professor Ovídio Baptista (1996, p. 17) afirma que o teorizador das duas novas sentenças se preocupou, de forma mais detida, com o plano dogmático, deixando o pragmático em plano menor, motivo pelo qual, em certas circunstâncias, seu pensamento pode parecer hermético.

6.5.2 Análise do critério formal (processual) de classificação das sentenças

Ao indagar acerca das tutelas mandamentais e executivas, insta deixar claro em que reside seu pilar classificatório, haja vista que, nalguns momentos, aparenta estar fincado em elementos processuais, como eficácia da sentença, ou, ainda, pelo motivo de necessitar ou não de intervalo para execução.

Noutros momentos, pelo contrário, busca-se justificar pela natureza do direito material trazido aos autos, o que requer, também, uma análise adequada.

Embora os defensores busquem uma justificativa material, parece que os principais argumentos trazidos ao debate passam pelo aspecto das formas processuais. Conforme se apresentam nas características das ações executivas, elas decorrem, usualmente, da supressão do processo de execução *ex intervallo*; nesse sentido, relembra-se um trecho citado do próprio prof. Pontes de Miranda:

Ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex sequor, ex-secutio*). (MIRANDA; 1998, p. 135)

Esse trecho indica que a sentença executiva contém, nela mesma, a execução com a transferência do bem para a esfera do seu titular. A primeira incorreção a ser apontada é que essa sentença, que resolve sendo executada em si, ou por si, depende de fatores extrínsecos, ou seja: enquanto as sentenças declaratórias e as constitutivas exaurem seu ofício em si, a executiva precisa do *plus*, do mandado executivo, para que se cumpra. Parece que a execução *lato sensu* não necessitará da instauração do processo de execução intervalado, mas, ainda assim, é necessário dizer que ela precisa do fator externo, como a sentença condenatória clássica.

Ademais, a doutrina, por vezes, aplica o conceito de mandamental e executiva, ora são utilizados como classificação das sentenças, ora como mera técnica de implementação das atividades jurisdicionais, seja em que espécie de sentença for. Tal constatação transparece inelutavelmente que “tais categorizações não estão calcadas no mesmo critério empregado para a tipologia precedente e, *sob esse ângulo*, não podem ser cientificamente aceitas sem ressalvas” (YARSHHELL, 1998, p. 163). Em verdade, a classificação precedente, a qual Yarshell cita, é a conhecida por ternária (ou trinária, conforme se preferir), que, em sua tipologia, utiliza subsídios intrínsecos e de resolução das próprias crises jurídicas, ao passo que a quinária utiliza um critério extrínseco, o de observar a forma como se dá a execução do ato. Esse tipo de objeção foi externada por vezes da envergadura do prof. Luiz Eulálio Bueno de Vidigal:

Nenhuma sentença existe que se denomine mandado. O fato de se ter assim chamado o provimento que concede a segurança contra a administração está a indicar que, embora esse provimento possa ter caracter de uma sentença (declaratória, condenatória ou constitutiva), êle sempre consiste em uma medida positiva ou negativa de execução, acautelatória ou possessória.(VIDIGAL, 1953, p. 200)

Alfredo Buzaid (1989, p.73), em obra sobre o mandado de segurança, também opôs suas restrições ao critério das eficácias da sentença, dessa obra ficou conhecido o trecho no qual assevera que “A decisão é, pois, o antecedente necessário; o mandado, o conseqüente lógico.”

Essa incongruência de critérios compromete a aceitação da teoria quinária, na medida em que embora se diferencie o *modus operandi* de executar a tutela, iguala-

se à condenatória quando se depara com o fato de “as três” cuidam do mesmo problema (crise jurídica).

6.5.3 Análise do critério substancial (material) de classificação das sentenças

Outro ponto digno de nota é a tentativa de encartar essas sentenças em um critério de direito material, desse modo, de acordo com o que já foi delineado, a sentença executiva seria favorável aos direitos absolutos.

Não parece ser perfeita a correlação apresentada de que o direito real seja, em tese, executivo e o pessoal condenatório porque aquele prescindia de conhecimento e este não.

Esse critério, ao nosso ver, apresenta falhas porque utiliza o elemento histórico de maneira incompleta. Ao sustentar que a *actio*, ou melhor, que a condenação foi universalizada conglobando o direito real e pessoalizando-o, é preciso indicar que, entretanto, o sistema também pincelou diversos direitos pessoais, em especial os devidamente documentados, e lhes deu força executiva imediata (títulos executivos extrajudiciais). Na realidade, o direito pessoal gravado em título foi elevado a uma condição executiva, e outros, que hoje são relegados ao processo de conhecimento com posterior execução, podem galgar futuramente *status* de título executivo, tal como aconteceu com a *debenture*, que não estava prevista, na redação original do CPC de 1973, na condição de título executivo extrajudicial, mas foi nele positivado (art. 585, I, do CPC) com a reforma da Lei 8.953/94.

Ou seja, ao mesmo tempo em que os dados históricos afirmam que se retirou eficácia executiva de direitos reais (absolutos), vários direitos pessoais, ao longo dos anos, receberam alguma eficácia executiva. Dessa forma, o direito material também não parece estar preso a um critério científico e rígido do que será ou não imediatamente executável. Esse ponto, inclusive, é alvo de discórdia entre os próprios defensores da teoria quinária, haja vista que o prof. Ovídio Baptista

considera que os direitos reais são executivos, e, por outro lado, opõe-lhe ressalvas Araken de Assis, que, embora adira à teoria das cinco sentenças (2003, p. 93), afirma que pode haver sentenças executivas tanto para direitos reais quanto para pessoais.

Se for admitido o critério desejado na revisão histórica proposta, certamente se terá de opor votos contra o que está ocorrendo atualmente na reforma da legislação processual. Se, no passado, houve uma pessoalização do direito real, atualmente há uma tendência a conferir aos direitos pessoais instrumentos executivos dos direitos reais e, destarte, se o direito pessoal devesse fidelidade ao padrão romano da *actio*, haveria um impedimento histórico eterno para lhe outorgar “eficácia executiva”.

Também não concordando com a vinculação do direito material à existência das sentenças mandamentais e executivas, são as palavras do prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Inexiste, porém, qualquer razão, como bem pondera Luiz Guilherme Marinoni, para se estabelecer uma relação necessária entre direitos absolutos e sentença mandamental. Também as obrigações de fazer e não fazer podem ser objeto de tutela mandamental. (OLIVEIRA; 2003, p. 20)

Esse registro fixa, por assim dizer, uma premissa inegável: os antecedentes históricos e a evolução paulatina do processo asseveram que o que poderá ser ou não executado com ou sem intervalo depende mais de postura (ou política) legislativa e menos da natureza do direito material.

6.5.4 Análise estrutural das sentenças condenatória, mandamental e executiva

Outro ponto que merece análise é o da estrutura das sentenças condenatória, mandamental e executiva.

Observando com cautela, e esquecendo, momentaneamente, a idéia de que uma tem intervalo para executar e as outras duas não, é possível enxergar uma semelhança entre as três; em todas existe um preceito sancionatório. Condenar é sancionar o devedor; ordenar é sancionar o ordenado; executar em sentido lato é sancionar o executado.

Essa observação é explícita na obra do prof. Dinamarco¹¹³:

As sentenças condenatórias mandamentais são dotadas da mesma estrutura lógico-substancial das condenatórias clássicas, compondo-se portanto de um *momento declaratório*, onde o direito do autor é reconhecido, e de um *momento sancionador*, que abre o caminho para a execução forçada. A sentença mandamental é título para a execução forçada, tanto quanto a condenação ordinária – e portanto é também uma *condenação*. A diferença está no conteúdo da sanção imposta em seu segundo momento, na qual se exacerba o fato *comando*, ou *mandamento*. (DINAMARCO, 2004, p. 243)

Observando o enfoque do aludido professor, cristaliza-se a idéia de que existe uma declaração e uma sanção que torna viável executar, seja direta ou indiretamente, com ou sem intervalo, já que, na estrutura, todas têm por fim sancionar, diferindo, apenas, o *modus operandi*.

Essa observação da lavra de tão importante voz tem respaldo em outro professor que dedica, há algum tempo, espaço, em sua produção científica, para investigar o fenômeno da quarta e da quinta sentenças.

O professor em comento, J.C. Barbosa Moreira, analisando a sentença executiva, afirma que sua distinção da condenatória, conforme apresenta a doutrina quinária, dá-se pelo fato basilar da necessidade ou não de executar com intervalo. Nessa toada, o aludido professor levanta um exemplo no qual há decisão condenatória, que não expede nenhum mandado executivo, portanto condenatória nos moldes clássicos; essa condenação é a perda de sinal pago (BARBOSA MOREIRA, 2004b, p. 151), sentença que prescinde, completamente, de atividade executiva com

113 Em outro trecho, comentando a sentença condenatória, deixa claro o prof. Dinamarco que a consequência dela é sancionar: “Como toda sentença de mérito, ela é portadora de uma declaração; o que a distingue das demais é o seu *segundo momento lógico*, consistente na criação de condições para que a execução passe a ser admissível no caso, isto é, para que ela venha a ser a *via adequada* para o titular do direito buscar sua satisfação (supra, n. 889).” (DINAMARCO, 2004, p. 229)

intervalo. Em grau de efetividade, ela resolve a crise jurídica com mais qualidade do que as sentenças executivas e as mandamentais, pois atua o direito sem intervalo (nem mesmo necessitando da expedição de mandado) e, ainda assim, mantém-se com sua natureza condenatória. No mesmo caminho, é que segue o caso da condenação de natureza alimentar cuja prestação pode ser recebida mediante desconto em folha e não precisa ser executada nos moldes tradicionais, entretanto ela mantém sua natureza condenatória. Esses dois pontos indicam que a existência ou não de intervalo não pode ser o pilar da distinção entre as sentenças.

Em outra passagem, o professor Barbosa Moreira expõe dados que implicam uma reflexão profunda sobre o tema:

Mais: quando se fala na necessidade da *actio iudicati* – quer-se aludir – no rigor da técnica – a um processo executivo subsequente à sentença, *instaurado por iniciativa da parte*? Ou também quererá abranger o caso de processo executivo posto em movimento *por iniciativa do juiz*? A pergunta assume inegável relevância em hipóteses contempladas no ordenamento positivo, como a do art. 878, *caput*, 1.^a parte, da CLT, segundo o qual ‘a execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio juiz ou presidente ou tribunal competente’. A lei abre uma alternativa no que tange à iniciativa da execução. Deverá entender que a ocorrência *in concreto* de uma ou de outra possibilidade influi na caracterização da sentença, de tal sorte que ela seria condenatória quando algum ‘interessado’ tomasse a iniciativa, ao passo que seria executiva quando esta fosse tomada pelo órgão judicial? Estranha conclusão: para saber em que classe encontra lugar adequado a sentença, temos de aguardar até que alguém lhe promova a execução: se for o ‘interessado’ ela receberá o carimbo de condenatória; se for o órgão judicial, ou de executiva. Nesse meio-tempo, a pobre sentença jazerá no limbo, presa de genuína ‘crise de identidade’ ... (BARBOSA MOREIRA, 2004b, p. 151)

Realmente se o critério for meramente formal haverá a possibilidade, de também, no processo civil, após alguma reforma legal, de que as sentenças sejam executáveis ou pelo interessado ou pelo magistrado, e aí, estranhamente, haveria a necessidade de esperar o tempo oportuno da iniciativa de um desses sujeitos para saber se a sentença é condenatória ou executiva. Dessa vez a crítica é que algo consistente e autônomo não poder ter sua natureza alterada por um mero ajuste de a quem caberá a iniciativa do processo de execução.

Comentando sobre a possibilidade de o legislador mudar as técnicas de implementação do direito material, eis as palavras do prof. Bedaque:

Exemplo típico é o mandado e pagamento no processo monitorio (CPC, art. 1.102). Caso o devedor não apresente embargos, o provimento se transforma em título executivo judicial, sem que o juiz tenha exercido qualquer atividade cognitiva em relação aos fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor. Se houver embargos ao mandado, o processo passa a comportar cognição plena sobre a situação substancial.

A injunção configura tutela sumária não cautelar, pois a continuidade do processo depende da atividade do réu. Se ele se mantiver inerte, o pronunciamento desprovido de cognição exauriente representará a tutela definitiva para o litígio.

Fica a critério do legislador, portanto, adotar uma ou outra alternativa, dependendo das circunstâncias inerentes do direito material. A solução adotada na monitoria, por exemplo, leva em conta que a prova escrita do direito indica probabilidade de sua existência, o que é considerado suficiente para possibilitar a tutela sumária. Atende-se, portanto, à plausibilidade do direito. (BEDAQUE, 2003, p. 214-215.).

A mesma idéia é esboçada por Marcelo Lima Guerra, quando afirma que:

...não há nada na própria sentença, que reconhece o direito em dispensar a instauração do processo autônomo de execução, assim como, nos demais casos, nada há que justifique a exigência de um processo autônomo. (GUERRA, 2003, p. 50)

O fato de que o CPC implementou no processo de conhecimento mecanismos que permitem conhecer direitos e executá-los (BARBOSA MOREIRA, 2004b, p. 153) demonstra que o legislador pode fazer as arrumações que deseja no processo, pode colocar o mecanismo de execução depois, no final, no meio ou no início do procedimento sem desnaturar o instituto (BARBOSA MOREIRA, 2004b, p. 152).

Outrossim, existe outro fator indicado por Barbosa Moreira que parece deixar a sentença executiva um tanto desconfigurada no plano metodológico. Pontes de Miranda afirma, dentre as executivas, a sentença de despejo, e de reintegração e a do 641, que é a de substituição da declaração de vontade. O problema é que a sentença de reintegração e a de despejo, embora executivas, precisam de complemento, que é a execução posterior por mandado, ao passo que a sentença de declaração de vontade vale por si só. O questionamento seria o de saber se é admissível que uma seja mais executiva do que as outras.

6.5.5 Necessidade de manter um conceito restrito de sentença condenatória

Outro ponto que merece questionamento é a forma de tratamento que se dá à sentença condenatória para justificar a existência de outras duas novas sentenças. Conforme exposto pelo prof. Dinamarco, a estrutura lógica delas é a mesma, ou seja, todas têm sanção, e o momento em que se utilizam os meios executivos não muda a natureza da ação. Nas linhas da doutrina que adota as cinco sentenças, todavia, há nítida restrição em dizer que a sentença condenatória não pode ter mecanismos executivos¹¹⁴. Veja-se, por exemplo, a doutrina de Sérgio Cruz Arenhart:

Realmente, incompatível com a efetividade que busca dar à tutela de inúmeras modalidades de direito a sentença condenatória, que, segundo Liebman, tem como característica: a) a condenação *jamaís executata, na mesma relação processual*; b) a condenação não pode conter uma *ordem* dirigida ao demandado, porque a jurisdição segundo seu entendimento, não foi concebida e organizada para que os juízes pronunciassem ordens às partes. (ARENHART, 2003, p. 84)

Em verdade, percebe-se que, ao adotar a postura de que está a sentença condenatória fadada à eternidade do processo *ex intervallo*, abre-se espaço para dizer que são autônomas as proteções que se cumprem sem necessidade de criar uma execução *ex relação* jurídica processual nova.

Esse ponto é falho porque inexistente motivo sério, de caráter científico, que impeça a visualização de um processo em que se possa conhecer direito e praticar atos de execução. É o que explica Proto Pisani (2002, p. 160), que assevera que *“nessuna norma di diritto positivo impone la correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata”*.

Na mesma direção, é contundente Marcelo Lima Guerra:

Sendo assim, não é lícito, já do mero ponto de vista da consistência lógica, justificar um conceito restrito de sentença condenatória como autorizando, apenas, o uso de medidas sub-rogatórias, apelando-se à equivocada teoria da correlação necessária, uma vez que, no direito positivo brasileiro, mesmo

114 “Realmente, incompatível com a efetividade que busca dar à tutela de inúmeras modalidades de direito a sentença condenatória, que, segundo Liebman, tem como característica: ‘a) a condenação *jamaís executata, na mesma relação processual*; b) a condenação não pode conter uma *ordem* dirigida ao demandado, porque a jurisdição segundo seu entendimento, não foi concebida e organizada para que os juízes pronunciassem ordens às partes.” (ARENHART, 2003, p. 84)

dentro de um processo de execução autônomo tanto podem ser utilizadas medidas sub-rogatórias, como coercitivas. É inteiramente equivocado, portanto, associar a sentença condenatória à formação de um processo de título executivo e, conseqüentemente, à instauração de um processo de execução autônomo e, ao mesmo tempo, associá-la tão-somente com a adoção de medidas sub-rogatórias, adotando, de modo *ingênuo* e *descomprometido*, concepção inteiramente descabida em nosso ordenamento positivo, e que mesmo em seu país de origem não é aceita. (GUERRA, 2003, p. 46-47)

Compreende-se, assim, a insistência com que os autores que adotam a classificação quinária *apegam-se* ao conceito mais restrito possível de sentença condenatória, porque assim fica aberto o caminho para a 'descoberta' de novas categorias sentenciais. (GUERRA, 2003, p. 47)

O fato de que a tradição podou o processo de conhecimento de instrumentos executivos por causa de valores cristãos (mal interpretados, diga-se) ou de repulsa ao juízo de probabilidade só demonstra que essa fase está no passado, e hoje o paradigma é o de que réu que está errado não pode esconder-se em meio a um processo inefetivo.

Demonstrando a incorreção de apego ao dogma da necessidade de condenação e execução, afirma o prof. José Roberto dos Santos Bedaque:

Não se pode, pois, pensar no binômio condenação-execução como um dogma. Ao contrário, trata-se de técnica processual perfeitamente substituível por mecanismos mais adequados às necessidades do direito material, sem qualquer sacrifício dos postulados básicos do processo. (BEDAQUE, 2003, p. 108).

Conforme já citado, o prof. J. C. Barbosa Moreira (2004b, p. 152) indica que o legislador pode fazer as arrumações legislativas que considere mais adequadas, em prol da efetividade, sem desnaturar o instituto.

6.5.6 Tendência de retorno à classificação ternária

Outro fato que merece cotejo é a tendência, pouco percebida, que os adeptos da teoria quinária têm de retornar a uma concepção ternária das sentenças.

Quando se verifica a obra de alguns dos aludidos autores, é possível identificar afirmativas de que existem cinco sentenças, mas que a condenatória, que é pouco efetiva, e tem obrigatoriamente de esperar um processo de execução com intervalo, está fadada, paulatinamente, a um uso menor, chegando até mesmo, algum dia, à extinção¹¹⁵.

Pela tendência extintiva da sentença, o que demonstraria sua dispensabilidade para o sistema, talvez se deveria perguntar, então, se existe uma sentença que realmente tenha natureza condenatória.

Estranho é que a doutrina que afirma pela possibilidade de extinção das sentenças condenatórias é a mesma que afirma que a elas caberia solver as relações obrigacionais (pelo menos seriam as historicamente legítimas por causa da relação histórica da *actio* com a *obligatio*) (ARENHART, 2003, p. 90-91).

Interessante, é preciso dizer, que os autores que defendem uma *íntima* relação das sentenças com o direito material, depois de, em tese, fazer tal prova histórica de que a *actio* protegia a *obligatio* e que a *vindicatio* protegia a *res*, voltam-se contra suas próprias bases argumentativas, porquanto, sem justificativa alguma, afirmam que a sentença condenatória, que até pouco servia para a proteção do direito pessoal, tal como a *actio* para a *obligatio*, acaba agora sem nada, extinta.

A esse respeito, não se pode deixar de transcrever uma passagem da obra do professor Ovídio Baptista, em conjunto com o prof. Fábio Gomes (BAPTISTA DA SILVA; GOMES, 2002, p.259), que, embora neguem a existência de uma verdadeira ação condenatória, ainda assim afirmam: “temos como certo apenas o seguinte: a ‘ação’ condenatória está ligada ao direito das obrigações, portanto terá o contrato e os ilícitos como suas fontes primárias.”

115“ Obviamente, nesse contexto, seria possível concluir que as tutelas condenatórias são totalmente dispensáveis, porque poderiam ser abarcadas ou por hipóteses em que seria cabível um provimento mandamental ou um executivo *lato sensu*. Tal é, realmente, verdade, já que, como visto, a tutela condenatória resume, em essência, a crise maior de efetividade do processo. Todavia, considerando a manutenção, na legislação brasileira das sentenças condenatórias (e do processo de execução, como figura autônoma), é preciso reservar-lhe algum campo de incidência *legal*, restrito às prestações obrigacionais de cunho fungível. Entretanto, é de se reconhecer a tendência a sua gradual

Não só existe franca defesa da extinção da terceira sentença (condenatória), como é prenunciada uma possibilidade de que a sentença mandamental e a executiva sejam agrupadas em uma só categoria:

Feitas essas observações, é possível concluir que, sob essa perspectiva, as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* possuem alto grau de afinidade, que permite agrupá-las em uma só categoria: a das *tutelas de prestação concreta*. (ARENHART, 2003, p. 99)

Em verdade, o grande esforço em criar as cinco sentenças acaba no vazio, pois que, depois de admitir que a sentença condenatória está a caminho da extinção, com a junção da quarta e quinta sentenças em uma mesma categoria, surpreendentemente se verifica que há um retorno à teoria ternária, entretanto com outro “nome”, o de tutelas de prestação concreta, ou, conforme entende Talamini (2003, p.205), sentenças de repercussão física.

6.6 A TUTELA PREVENTIVA E A CARACTERIZAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PREVENTIVA

De acordo com o que foi exposto nas linhas antecedentes, em que pese a tentativa de sistematização de uma teoria quinária das sentenças, há melhor ajuste na aceitação da teoria ternária, que apresenta maior homogeneidade em seus critérios.

Antes de findar este capítulo, porém, para deixar clara a existência da tutela preventiva no setor da tutela condenatória, é importante mostrar, mesmo que em outro sistema processual, que a classificação das sentenças por meio de uma análise formal apresenta uma série de dificuldades mesmo para aqueles que aceitam irrestritamente a teoria trinária.

extinção, com sua substituição pelos demais provimentos, muito mais efetivos.” (ARENHART, 2003, p. 91)

A esse respeito, cita-se a controvérsia existente na doutrina italiana sobre a própria classificação das sentenças preventivas, que para alguns doutrinadores será em setor distinto dos outros.

À guisa de exemplo, cita-se a posição do prof. Ferri:

La tutela inibitoria tende dunque ad impedire che violazioni del diritto compiute o minacciate continuino a verificarsi o non si ripetano e la condanna inibitoria contiene <<provvedimenti-ordini>> per eliminare tali effetti negativi o impedirne il sorgere. Sotto questo profilo non è lontano dal vero chi prospetta nella condanna inibitoria un duplice contenuto, pe un verso di mera condanna, quando il diritto possa essere tutelato mediante modificazioni materiali e coecibili e, sotto altro aspectto, ache un profilo costitutivo-determinativo di obblighi que devono caratterizzare in concreto il comportamento de soggetto passivo. (FERRI, 1996, p. 938)¹¹⁶

O professor Ferri indica inicialmente a existência de um caráter condenatório naquela sentença, provavelmente pelo aspecto sancionatório, entretanto a desnecessidade de execução e o caráter de expedição de ordem guinam o prof. a considerar que existe uma característica constitutiva na decisão, que lhe conferiria uma natureza híbrida.

Em outro caminho, segue o entendimento de Montesano:

L'efficacia della sentenza in discorso – come spero di aver chiarito – non è di mero accertamento nè esecutiva, nel senso <<stretto>> di preordinazione cognitiva delle sanzioni attuate nei processi disciplinati nel libro terzo c.p.c., ma è almeno in senso lato, costitutiva. (MONTESANO, 1997, p. 3)¹¹⁷

Para o prof. Montesano (1997, p. 3-4), a atuação não é declaratória porque não se limita a declarar a abusividade da cláusula, porém a atuação executiva assemelha-se, num sentido lato, à modificação operada pela sentença constitutiva.

116 “A tutela inibitória tende, portanto, a impedir que a violação do direito verifique-se ou ameace continuar verificando, ou não se repita e a condenação inibitória contém um provimento-ordem para eliminar tal efeito negativo ou impedir o surgimento. Sob esse perfil, não é longe da verdade que avulta na condenação inibitória um duplo conteúdo, por um lado de mera condenação, quando o direito possa ser tutelado mediante modificações materiais e coercíveis e, por outro aspecto, também um perfil constitutivo-determinativo de obrigar que deva caracterizar em concreto o comportamento do sujeito passivo”

117 “A eficácia da sentença em estudo – como espero haver esclarecido – não é de mera declaração nem executiva, no senso estrito de pré-ordenação das sanções atuadas nos processos disciplinados no livro terceiro do c.p.c., mas é, em senso lato, constitutiva”.

A problemática da classificação da sentença inibitória na Itália, embora não remeta à necessidade de cuidar das sentenças mandamentais e executivas, traz um ponto convergente: quem se prende ao *conceito necessário de condenação, formação de título e posterior execução* parece não atingir a adequada resolução do problema.

Ao observar a classificação dos professores Ferri e Montesano, é nítido que, em qualquer sistema, seja o que utiliza a classificação trinária, seja o que utiliza a quinária, a redução à idéia de que condenar é formar título opera uma discussão que retoma os tempos formalistas do processo civil, haja vista que o intento classificatório impede que se abra mão de uma característica meramente formal que acompanhou a sentença condenatória, que é o intervalo para a execução, mas que não lhe é essencial.

Por tal motivo, o prof. Pisani, que se desprende desse dogma, conforme lembra o prof. Danovi (1996, 1082), classifica a sentença condenatória “*condanna risarcitoria e condanna inibitoria*” (DANOVI, 1996, p. 1060).

O próprio prof. Pisani (2002, p. 147), ao apontar que a constituição de título executivo é tida por característica essencial à tutela condenatória, conclui que não existe, naquele sistema positivo, qualquer motivo que possa forçar a tal conclusão (PISANI, 2002, 160). A primeira oposição que esse doutrinador apresenta é relacionada à modificação legislativa de 1990, que permite ampla execução provisória das sentenças, o que remete a pensar que não é mister a constituição do título executivo para iniciar a fase executiva (PISANI, 2002, p. 147). Ou seja, não haveria uma correlação essencial entre a sentença e sua execução por título.

Com essa certeza, o próprio prof. afirma:

La condanna sai diretta ad impedire che la violazione sai effettuata o ripetuta.

In tal caso la funzione della condanna sarà quella di prevenzione, e non di repressione, della violazione, avendo come finalità quella di provocare l'adempimento spontaneo da parte dell'obbligato. La sua attuazione non potrà essere garantita dal processo di esecuzione forzata (utilizzabile solo allorché si sai già verificata la violazione), ma dalla predisposizione di misure coercitive dirette ad inasprire la sanzione per il mancato adempimento, in modo da stimolare l'adempimento spontaneo da parte dell'obbligato. (PISANI, 2002, p. 150)

Para provar tal desvinculação, o aludido doutrinador cita rol de situações nas quais existe condenação sem intervalo. Interessante pontuar que, em sua enumeração, é apresentado um rol de sentenças inibitórias, tais como tutela do nome, pseudônimo, imagem, propriedade, servidão, concorrência desleal, invenção industrial, etc (PISANI, 2002, 156-160).

A demonstração do prof. Pisani é importante porque o sistema italiano é carente de coerção e, se a inibitória for cumprida, não será, nalguns casos, porque existe ordem-mandamental, e essa forma, seria impossível explicar pela teoria quinária a natureza da sentença preventiva espontaneamente cumprida.

Tais considerações permitem concluir que a tentativa do prof. citado se distingue das outras anteriores porque aquelas estão presas ao elemento formal da execução ou não da sentença, ao passo que a última verifica o direito material a ser solucionado

7 A TUTELA PREVENTIVA E OS MEIOS EXECUTIVOS DIRETOS E INDIRETOS

Fixada a premissa de que são três as sentenças que prestam tutela, sabendo-se, ainda, que a tutela preventiva ganha força hoje pela tendência em fortificar a prestação condenatória, que possui novos mecanismos de efetivação da tutela, quais sejam, os mandamentais e executivos *lato sensu*, é imperioso checar a sua forma de atuação desses novos mecanismos na realização da tutela preventiva.

Neste capítulo, o enfoque é na técnica de realização do direito à luz dos instrumentos de coerção e sub-rogação oferecidos pelo sistema, relacionando-os à questão da fungibilidade ou da infungibilidade do fazer ou não fazer pretendido.

7.1 MEIOS EXECUTIVOS TÍPICOS E ATÍPICOS

As técnicas de concretização da tutela, *ex vi* art. 461, buscam abreviar o tempo da sua entrega com a “extinção” da fase de execução da sentença condenatória.

Para atingir um desempenho mais adequado, no bojo do processo de conhecimento, foi idealizado o sistema de execução no molde de “meios executivos atípicos”¹¹⁸, que consiste num sistema que disponibiliza ao juiz a adoção de maior variedade de instrumentos executivos e com maior maleabilidade de uso.

Na realidade, para compreender adequadamente os meios atípicos, é de bom tom fazer um contraponto com os meios típicos de execução.

No sistema de execução típica, o legislador, com rigidez, pré-determina os meios e os procedimentos rígidos para atuar a tutela executiva.

Já no sistema de meios executivos atípicos, o legislador cria mecanismos maleáveis ou com plasticidade, conforme prefere Marinoni (2003, p. 145), nos quais existe um rol indicativo (e não exaustivo) de instrumentos à disposição do juízo (e não impostos previamente) para atuar a norma concreta.

A vantagem dos meios atípicos, frente aos típicos, é que estes trazem técnicas pré-moldadas que não atuam corretamente frente às miríades de necessidades do direito material, já aqueles são maleáveis o suficiente para moldar-se, a cada caso, às necessidades do direito substancial.

O legislador das técnicas atípicas, em vez de tentar domar o direito material, impondo-lhe regras de como devem ocorrer os litígios, conscientiza-se de que o processo precisa da plasticidade comentada para adequadamente diluir a crise que envolve o direito material.

Essa atipicidade, que ocorre agora com a implementação de expedientes executivos no processo de conhecimento, deriva da análise do art. 461, § 5º, quando afirma que:

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.

Esse dispositivo traz regra de relevância ímpar ao ordenamento na consecução de tutelas específicas e, especialmente, preventivas. A possibilidade de prevenção contra o ilícito deriva, caso a caso, do bom uso das técnicas mais corretas à obtenção do sucesso em obstar o ilícito.

Marcelo Lima Guerra (1999, p.61-62) é claro ao designar a norma do § 5º de *norma de encerramento*, caracterizada, além de tudo, por ser rol meramente exemplificativo, uma vez que no texto do aludido dispositivo é possível depreender

118 “A enumeração de medidas constante do §5.º não é exaustiva – o que se depreende da locução conjuntiva “tais como”, que a antecede. Este é o entendimento assente.” (TALAMINI, 2003, p. 270)

que “Para a efetivação [...] poderá o juiz [...] determinar as medidas necessárias, *tais como* [...]”.

O enquadramento das medidas atípicas possibilita dizer que o juiz tem, em suas mãos, a possibilidade de valer-se, para obter a tutela *in natura*, de aparatos diversificados, dos quais poderá fazer uso de um ou de outro (ou mais de um entrementes), conforme as necessidades dos casos. Se houver medida mais eficaz autorizada pelo sistema, poderá dela fazer uso, mesmo que não esteja primariamente prescrita no aludido parágrafo.

7.2 TUTELA PREVENTIVA E COERÇÃO

No âmbito da realização da tutela preventiva, é imprescindível dominar as técnicas de coerção e sub-rogação, motivo pelo qual, nos tópicos seguintes, são abordados aspectos conceituais da coerção, da sub-rogação, relacionando-os, em seguida, com os atos de fazer e não fazer, fungíveis ou não, para, ao final no capítulo, abordar questões específicas da tutela preventiva.

7.2.1 Breve notícia de direito comparado

É comum que se afirme ser a multa processual, prevista no art. 461 do CPC, uma *astreinte* ou que se a compare com a figura do *contempt of court*.

Tais termos do direito comparado esboçam, em primeiro momento, que houve influência alienígena na adoção de mecanismos coercitivos pelo legislador pátrio.

No direito francês, a *astreinte* assume condição importante para fazer valer os direitos por meio de coerção. É multa processual que pode ser dosada e modificada

para melhor implementar a atividade jurisdicional (PISANI, 2002, p. 161) e que não se confunde com reparação por danos (TALAMINI, 2003, p. 49).

No sistema anglo-americano, há uma figura semelhante, o *contempt of court*, que, em sua implementação, se divide, em *civil contempt*, que atua como medida coercitiva em obrigações de fazer e não fazer para que se assegure o cumprimento de ordem judicial (MARINONI, 2003, p. 211) e em *criminal contempt*, que possui caráter repressivo contra condutas desrespeitosas à Corte (TALAMINI, 2003, p. 97).

O sistema alemão também é dotado de mecanismos de coerção, com caráter notadamente publicista, conforme faz questão de sublinhar Andrea Proto Pisani (2002, p.161), distinguindo-se de modelos como o da *astreinte*, pelo motivo de que a multa reverte-se ao Estado e não ao credor-particular.

Esses modelos exemplificam a experiência do direito comparado no uso de multas para fins de estimular o cumprimento de ordens judiciais até mesmo, nalguns casos, como o do direito anglo-americano, com possibilidade de prisão (TALAMINI, 2003, p. 98).

Na experiência do art. 461, é admissível o uso de medidas coercitivas para que se facilite o cumprimento das decisões judiciais, havendo grande relevância dessa ferramenta no âmbito da prevenção.

7.2.2 Coerção no sistema vigente

A prevenção pode ser alcançada por meio de uso de multa processual ou por outros caminhos que estimulem psicologicamente o réu a cumprir o ato, uma vez que o sistema presente é de coerção inominada (art. 461, § 5º), que, para o Prof. Dinamarco (2002, p. 244) “são medidas de apoio, a serem prudentemente desencadeadas pelo juiz em casos tão extremos quanto a gravidade de cada uma.” Exemplos inquestionáveis de coerção no processo de hoje são o cabimento de

prisão pelo não pagamento de prestação alimentícia e o de prisão de depositário infiel. A multa diária (que nem precisa ser diária), está à disposição do magistrado *“destinadas a ejercer una presión psicológica tal sobre el deudor que lo fuercen a cumplir por sí mismo la sentencia.”* (VIEIRA RUIZ, 1984, p. 172)

7.2.3 Multa processual

A multa processual atua no âmbito psicológico a fim de estimular o cumprimento das decisões judiciais. Sua finalidade não é a de ser futuramente executada, mas sim de atingir o efeito pedagógico, que estimule o cumprimento da ordem condenatória, deixando, inclusive, de ser passível de posterior cobrança.

Havendo, em sua finalidade, caráter estimulante do cumprimento das decisões judiciais, inclusive sem que posteriormente seja exeqüível, há em sua essência um caráter não indenizatório, pois que é multa estritamente processual, que serve para instrumentalizar o atingimento da tutela, não se confundindo com a multa material. Essa desvinculação da multa coercitiva do direito material lhe permite, além de tudo, uma melhor adequação de valor a cada caso prático, pois sua dosagem não será ditada pelo “valor da causa”, e sim pelo caráter indutivo ao cumprimento da ordem, motivo pelo qual o prof. Barbosa Moreira (2002, p. 220) afirma que “O valor da multa (que não coincide necessariamente com o valor da obrigação descumprida, nem tem o tempo por limite)...”. Na mesma linha, esclarece Juvêncio Vasconcelos Viana que:

Sem um limite objetivo, previamente estabelecido, o valor da multa deve ser identificado caso a caso. Como parâmetro para tal fixação, devemos atentar para os fins inibitórios da multa – essa deve vir em valor capaz de desincentivar o devedor ao descumprimento – e, ainda, verificar a capacidade econômica da parte que vai suportá-la. Em situações de ilícito continuado é razoável pensar que a multa possa ser fixada de forma progressiva. (VIANA, 2003, p. 42)

Perante o caráter processual que é inerente à multa coativa do art. 461, tem-se certo, que ela deve ser dosada para fazer com que aquela situação em específico possa ser solucionada; a multa, de acordo com cada situação, deverá amoldar-se à

melhor condição possível de pressão para que o destinatário da ordem realize o direito material.

Certo de que cada caso apresenta sua peculiaridade, pode-se afirmar que a dosagem da multa não poderá ser predeterminada, e sim determinada frente à própria casuística. De toda sorte, cabe dizer que ela deve cumprir seu papel coativo, e, para tanto, deverá o julgador mensurá-la com precisão a fim de que ela não se apresente ínfima, para não cair na descrença; tampouco deverá ultrapassar um limite razoável para não tornar, em hipótese, seu pagamento impraticável (TUCCI, 2000, p. 81).

No momento de sua aplicação, a multa apresenta uma grande plasticidade, pois que o juiz pode agravar ou diminuir o montante *ex officio*. Para cada hipótese, é lícito, ao juiz, determinar sua incidência em um único momento ou com estirpe de continuidade, tal como a incidência dia a dia por atraso no cumprimento. Poderá, ainda, fixar a multa por horas de atraso, dias de atraso, semanas, etc. O importante é que ela seja amoldada às necessidades daquele litígio¹¹⁹.

Pelas linhas expostas, e considerando a doutrina do prof. Luiz Alberto Vieira Ruiz, é possível apresentar adiante as principais características da coerção, *in verbis*:

1) es una medida de coerción más que una sanción. Sólo se convierte en sanción si fracasa en cuanto a su fin primário de hacer cumplir al deudor la sentencia. Ese carácter primordialmente conminatorio explica por qué se suspende o se cancela si alcanza su fin; 2) esse de carácter se pode de manifiesto, además, porque la multa se gradúa en consideración a la fortuna de ejecutado y generalmente se establece de modo escalonado y progresivo como forma particularmente apta para pressionarlo a fin de que cumpla la decisión; 3) es independiente de los danos y prejuicios porque no tiene por finalidad reemplazar la ejecución en especie sino asegurarla, no requiere prueba de daño alguno y tiene un carácter provisional; obtenido el resultado buscado puede ser reducida o suprimida. (VIEIRA RUIZA, 1984, p. 173)

Esta multa, coercitiva, tem incidência em toda espécie de problema em que lhe puder ser aplicado o art. 461 do CPC.

119 Carreira Alvim entende, por sua vez, que a multa só pode ser diária, excluindo-se essa maleabilidade por nós esposada: “A multa será necessariamente diária, o que afasta a possibilidade de valor fixo (R\$ 1.000,00 se não cumprir a ordem) ou por período de tempo (semanal, quinzenal, mensal, etc.)”(1997, p.171). Discordamos do posicionamento esboçado por entendermos que inviabiliza os fins desejados pelo próprio instituto em comento.

Embora, conforme exposto nas linhas anteriores, saiba-se que existe a variabilidade da multa por dias, horas, etc., é certo que, no plano da tutela preventiva dos deveres jurídicos de não fazer, a multa fixada para momento único é a que melhor se conforma com a natureza da situação e com a efetividade da coercibilidade, haja vista que ela deve inibir que em certo momento ocorra o descumprimento da norma. Havendo a transgressão sua coercibilidade perde o valor, não havendo sentido em determinar dias ou horas para sua aplicação. Com o descumprimento consolidado, resta a alternativa de remoção do ilícito ou de reparação por indenização. Esse entendimento vem esclarecido nos comentários precisos do professor José Rogério Cruz e Tucci:

É o que ocorre, por exemplo, com o dever de prestar fato que apenas se faz útil e eficaz se rigorosa e devidamente satisfeito em uma determinada oportunidade (v.g: obrigação de cumprir prestação de serviço contratada em um evento específico). Não sendo cumprido no exato momento – esclarece Talamini – torna-se impossível por perda de interesse objetivo. Em situação como essa, ‘a cominação de multa por dia de descumprimento carece de sentido, pois ou ocorre o cumprimento do dever de fazer, na exata ocasião em que haveria de ocorrer, ou torna-se, de imediato, impossível o resultado específico. (TUCCI, 2002, p.80)

Ainda versando sobre o tema, o mesmo autor conclui de maneira a sentir o caráter preventivo da medida:

Acrescenta, ainda, que essa mesma afirmação prevalece em relação à obrigação de não fazer cuja violação ocorra por ‘ato de eficácia instantânea’, como na situação advinda do dever de não destruir um bem de valor histórico e ambiental. ‘Em casos como esse, interessa evitar que se pratique a atividade vedada, de pouco adiantando (nem sendo possível) a incidência diária da multa, depois que a violação, em um único instante já tiver ocorrido.

O caráter da medida coercitiva (imposição de multa de valor fixo) delinea-se aí preventivo, que será exigível em uma única oportunidade, se e quando houver o descumprimento. (TUCI, 2002, p. 80)

O caráter preventivo da multa é exposto por Talamini da seguinte maneira:

De qualquer modo, com o realce dado à multa ‘fixa’ quer-se reafirmar a relevância que por vezes assume a tutela em caráter preventivo ressaltando-se a necessidade de que a multa, em tais hipóteses, seja estabelecida em montante considerável, para que possa ser eficaz na sua incidência única. (TALAMINI, 2003, p. 243)

Adiante, melhor esclarece o autor que:

Multa diária e tutela preventiva não são incompatíveis entre si. Basta que a violação ao dever de fazer ou de não fazer, cuja ameaça justificará a prevenção, tenha caráter continuado (ex.: fundado receio de que o empreiteiro não entregue a obra no dia previsto – desde que não existam peculiaridades concretas pelas quais qualquer atraso na finalização do serviço elimine totalmente sua utilidade para o credor. (TALAMINI, 2003, p. 244)

Completando esse pensamento, Arenhart indica que a multa em momento certo é a técnica ajustada, restando sua continuidade depois do ilícito apenas se houver possibilidade de coagir o prosseguimento dele:

Outro tema importante, em considerando o trato das *astreintes*, está na efetiva possibilidade de fixação de multa progressiva, segundo a resistência oferecida ao cumprimento da ordem. É certo que esta discussão tem muito maior interesse quando se está diante de obrigações de não fazer, já que quando se deseja um não fazer, a multa progressiva somente terá interesse para evitar o prosseguimento do ilícito. (ARENHART, 2000, p.196)

Tais obrigações, premissas constituem, na realidade, elementos importantes para entender que a multa é instrumento a ser utilizado de duas formas, quais sejam: **(i)** momento único com valor expressivo para inibir completamente o ilícito, e **(ii)** caráter periódico se houver necessidade de impedir a repetição do ilícito.

7.3 TUTELA PREVENTIVA E SUB-ROGAÇÃO

Ao lado da coerção coexiste a técnica de sub-rogação.

A sub-rogação, no âmbito da tutela preventiva, realiza-se pela prática do ato sem que se tome conhecimento da vontade do devedor; é executar mediante atuação de um terceiro aquilo por outro devido (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 493).

De acordo com Marinoni e Arenhart, há espaço reservado para a prevenção, por meio da sub-rogação, com o uso das denominadas técnicas executivas *lato sensu*:

Como já foi dito, evitar-se um ato através de coerção indireta é conferir-se àquele que pode praticá-lo a oportunidade de, voluntariamente, não praticá-lo. Entretanto, quando se designa um interventor ou administrador provisório para, no seio de uma empresa, evitar a prática de um ato, não se toma em

consideração a vontade do réu; o mesmo ocorre quando um oficial de justiça é designado para impedir que alguém entre em determinado local para exercer atividade que é da incumbência exclusiva de outrem. (MARINONI, ARENHART, 2004, p. 492) (itálicos no original)

A ressalva feita pelos ilustres professores, porém, é de que tal atuação, em regra, é mais incisiva do que aquela oferecida por coerção, sendo mister a cautela em seu uso, haja vista que a atuação preventiva é ainda anterior à prática do ato ilícito (MARINONI; ARENHART, 2004, p.492)¹²⁰.

7.3.1 O problema da sub-rogação realizada por terceiro mediante concorrência pública¹²¹

A sub-rogação, que impõe uma técnica de substituição da atuação do direito pela prática do ato confiada a um terceiro, necessita de uma operacionalização que a mova. Na concepção original do CPC/1973, o art. 634 expôs os caminhos necessários ao atingimento da sub-rogação. Tais regras indicam a necessidade de concorrência pública, a ser realizada no prazo máximo de até 30 (trinta) dias, com escolha de proposta mais vantajosa das Cartas-Propostas apresentadas (etc.). Esse regramento demonstra que o Código de Processo Civil possui linhas próprias (especiais), que se afastam da regra geral de licitação (TALAMINI, 2003, p. 298), e,

120 “Considerando-se a genuína preocupação de não se permitir o uso arbitrário dos meios de tutela jurisdicional, notadamente nos casos em que o cidadão ainda não praticou algum ilícito, mas está apenas em vias de praticá-lo, parece ser mais adequado o uso da coerção indireta para convencer o réu a não praticar ilícito, uma vez que desse modo confere-se a ele a possibilidade de, voluntariamente, não praticar o ato que se deseja evitar.” (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 492) (grifos do original)

121 Art. 634. Se o fato puder ser prestado por terceiros, é lícito ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aquele o realize à custa do devedor.

§ 1º O juiz nomeará um perito que avaliará o custo da prestação do fato, mandando em seguida expedir edital de concorrência pública, com o prazo máximo de 30 (trinta) dias.

§ 2º As propostas serão acompanhadas de prova do depósito da importância, que o juiz estabelecerá a título de caução.

§ 3º No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolherá o juiz a mais vantajosa.

§ 4º Se o credor não exercer a preferência a que se refere o art. 637, o concorrente, cuja proposta foi aceita, obrigará-se-á, dentro de 5 (cinco) dias, por termo nos autos, a prestar o fato sob pena de perder a quantia caucionada.

§ 5º Ao assinar o termo o contratante fará nova caução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do contrato.

§ 6º No caso de descumprimento da obrigação assumida pelo concorrente ou pelo contratante, a caução, referida nos §§ 4º e 5º, reverterá em benefício do credor.

com isso, visa a uma forma menos complexa da atividade de sub-rogação, sem que, infelizmente, deixe de apresentar certos empecilhos de ordem prática.

O fator de depreciação da execução por terceiros, nas conformidades do art. 634 do CPC, decorre, inicialmente, do fato de que não é difícil encontrar um primeiro entrave burocrático, já que a escolha do terceiro decorre de uma licitação que pode arrastar-se por tempo superior ao da necessidade da providência jurisdicional, conjugando-se a isso, também, o frustrante sabor, ao requerente, da imposição de adiantar as despesas do serviço da responsabilidade do devedor. Tais aspectos, inclusive, foram objeto de crítica severa na doutrina comparada:

El Código procesal brasileño de 1973, para las prestaciones de hacer em su art. 635 establece este sistema: un perito designado por le Juez avalúa el costo de la obra y luego se abre una licitación para la cual se llama a interesados por edictos públicos. El día y hora fijados el Juez abre las propuestas y elige la más ventajosa. En igualdad de condiciones es preferido el acreedor. Los eferentes deben depositar la suma que fije el Juez en garantía del mantenimiento de la oferta y el ganador deberá caucionar el 25% de valor del contrato. El acreedor, a su vez, deberá adelantar al contratante el costo, según la propuesta aceptada. Se nos ocurre que es un procedimiento sólo aplicable cuando se trata de una obra de considerable importancia. Es los casos corrientes quizás resulte demasiado pesado y oneroso. (VIEIRA RUIZ, 1984, p. 164)

Esse dispositivo é um dos fatores que faz a multa processual ganhar espaço no lugar da sub-rogação, já que parece mais adequado “trabalhar” o devedor no plano psicológico, indicando a possibilidade de ser multado, ao passo que fica vazia de força impositiva a regra de que cabe ao autor o pagamento do valor da sub-rogação. Recomendando a preferência ao meio coercitivo, são expressivas as palavras do prof. Marinoni:

A sub-rogação, como é evidente, é medida de menor efetividade diante da multa e da coerção direta, e assim somente deve ser utilizada nos casos em que uma das duas primeiras for absolutamente inviável. De qualquer forma, não há dúvida que existem medidas de coerção indireta, medidas de coerção direta e medidas de sub-rogação, e que todas elas, consideradas as diferenças dos casos concretos, podem ser utilizadas para efetividade da tutela inibitória, embora não seja possível esquecer que jamais poderão ser utilizadas de forma indiscriminada, pois seu uso não poderá trazer gravame despropositado à esfera jurídica do demandado. (MARINONI, 2003, p. 229)

Outro empecilho, que avulta por vezes do fato concreto, é a possibilidade de a execução por terceiro se tornar extremamente dispendiosa e complexa demais para ser realizada, o que faz pensar novamente no uso da multa.

De toda forma, é possível pensar em saídas. Com a inserção do art. 461 no sistema processual, regulando a execução das obrigações de fazer no bojo do processo de conhecimento, é preciso saber até que ponto permanece válida a exigência do art. 634, que foi moldado para o processo de execução típico.

Em hipótese envolvendo pessoa física ou jurídica, diante da incompatibilidade do art. 634 com o art. 461 do CPC, e da sua falta de harmonia com a Carta Constitucional, seria melhor afastar o art. 634 em prol de um entendimento no qual haveria a possibilidade de coagir o réu a adiantar parte do valor necessário à sub-rogação. O Código de Processo, embora não tenha revogado expressamente as disposições dos artigos 621 a 641, fez explícita ressalva de sua aplicabilidade subsidiária determinando, cristalinamente, no art. 644, que as execuções relativas às obrigações de fazer e não fazer seguem as determinações do art. 461. Destarte, cabe interpretar que a aplicabilidade subsidiária é vinculada a uma compatibilidade de “espírito” dos dispositivos legais. Por isso, não se aplica, *v.g.*, o art. 634 do CPC, quando não se coaduna com a necessidade do art. 461, e, constatado tal afastamento, deverá o magistrado encontrar forma mais lúdima de prover o direito.

Correto, em nosso sentir, é o pensamento de Eduardo Talamini sobre a problemática:

Nos casos em que se deva licitar, não seguirá necessariamente o art. 634, nem a disciplina das licitações administrativas (LEI 8.666/93). O princípio constitucional da tutela adequada e efetiva impõe a adoção de mecanismo célere de seleção. Cumprirá ao juiz, conforme as peculiaridades do caso, estabelecer procedimento simples e rápido, que confira oportunidade a número razoável de interessados e possibilite o cotejo de propostas, para que escolha a melhor. Poder-se-ia cogitar, por exemplo, de pesquisa de mercado através de modalidade similar à da espécie licitatória administrativa do convite. (TALAMINI, 2203, p. 299)

Esse pensamento, do prof. Talamini, indica tendência a desformalizar o processo sem perder regras, haja vista que haverá a necessidade de que o juiz adote um

procedimento, ainda que menos complexo; é fugir do formalismo sem deixar de lado a forma.

Seria interessante, para o sucesso da sub-rogação, até mesmo, o uso concomitante de multa com finalidade de estimular o réu a efetuar o depósito necessário à realização da sub-rogação. Talvez, no caso, haveria maior efetividade ao conjugar uma técnica de indução para facilitar a sub-rogação¹²².

A problemática da necessidade de seguir um procedimento licitatório, ainda burocrático, é a de não atingir a prevenção quando houver necessidade de urgência em sua atuação.

7.4 TUTELA PREVENTIVA NOS DEVERES JURÍDICOS DE FAZER E NÃO FAZER

Conforme a delimitação da presente pesquisa, o enfoque da tutela preventiva é centrado nos atos de fazer e não fazer, lembrando ainda que, na interpretação das regras do sistema processual individual e coletivo, sua atuação abrange a tutela das obrigações de fazer e não fazer, bem como os deveres jurídicos que comportem um ato positivo ou negativo, conforme será exposto no tópico seguinte.

7.4.1 Fazer e não fazer: fungíveis e infungíveis. Aspectos gerais da tutela preventiva positiva e negativa

O objeto do fazer e não fazer é a prática de um fato, no sentido positivo ou negativo (VARELLA, 1977, p. 80).

122 “Dessa forma – e consideradas as circunstâncias concretas-, são eventualmente possíveis providências como o bloqueio de valores depositados em bancos em nome do demandado, a apreensão de receitas por ele geradas etc.” (TALAMINI, 2003, p. 295)

No âmbito da fungibilidade e da infungibilidade, é possível dizer que tais fatos são fungíveis quando puderem ser prestados por terceiros e infungíveis quando sua realização apenas puder ser materializada pelo próprio sujeito vinculado ao dever jurídico. Nas palavras bem postas do prof. Orlando Gomes, tem-se que:

A prestação de fatos pode ser personalíssima, ou não. Para exprimir a natureza pessoal ou impessoal do serviço contratado, fala-se em *fatos fungíveis* e *não-fungíveis*. Mas, até o serviço que pode ser prestado por outrem que não o devedor comporta restrição contratual de que por este o seja. A rigor é personalíssimo sempre que deva ser executado somente pelo devedor, porque depende de suas qualidades pessoais. (GOMES, 1998, p. 39)

Na mesma toada, o prof. Antunes Varela:

Diz-se *fungível* a prestação que pode ser efetuada, mesmo contra a vontade do credor, por pessoa diferente do devedor; e *não fungível* aquela cuja realização só pelo devedor pode ser levada a cabo, por ter em linha de conta as aptidões técnicas ou outras qualidades pessoais dele. (VARELLA, 1977, p. 88)

O dever jurídico Do não fazer possui traços naturais de infungibilidade, porquanto a sua regra é de ser personalíssimo, não admitindo a prática por terceiros do não fazer. Dessa forma, ante o caráter pessoal de se omitir a algo, a tolerar algo ou a abster-se, é que o meio coercitivo figura como mecanismo mais apropriado para estimular o próprio obrigado ao ato omissivo.

Tal comentário torna correto o entendimento de que “o campo de aplicação por excelência da multa dos meios de coerção é o das obrigações com prestação *infungível*” (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 218).

Barbosa Moreira, ainda trilhando algumas linhas sobre a infungibilidade, aponta precisamente que, embora exista uma vinculação natural de coerção e prestação infungível, existem casos para os quais ela é inaplicável:

A despeito da dicção ampla do texto, contudo, parece-nos que se devem excluir igualmente as obrigações de emitir declaração de vontade, das quais trata o Código entre as de fazer (arts. 639 a 641, insertos na Seção I), quando lhes seja aplicável a disciplina prevista nesses dispositivos. É que, em semelhante hipótese, o trânsito em julgado da sentença que houver acolhido o pedido, por si só, basta para a satisfação integral do credor; nada subsiste que se haja ainda de exigir do devedor, nem, portanto, razão para que se lhe imponha multa pelo ‘atraso no descumprimento’ do julgado. Só quando não for possível a obtenção de sentença que produza efeito igual ao

da declaração de vontade não emitida (por exemplo, o contrato preliminar não contém elementos suficientes para que o órgão judicial possa suprir a omissão do devedor em celebrar em definitivo; *vide supra*, §3º, n° IV, 4) é que surge o interesse do credor em valer-se dos meios de coerção para induzir o devedor ao adimplemento; então, sim, serão eles utilizáveis. (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 219)

Para fins de tutela preventiva, a infungibilidade clama providência coercitiva por uma natural inviabilidade de sub-rogar. É uma exclusão que não decorre de opção do legislador, e sim mas da natureza da própria prestação; adiante haverá, porém, possibilidade de melhor analisar a questão (*infra* 7.5.2).

Por outro lado, a tutela do fazer, no âmbito preventivo, comporta uma divergência doutrinária, em especial da lavra do professor Talamini, que considera que forçar ao cumprimento do dever jurídico positivo não se enquadra na óptica das tutelas inibitórias (TALAMINI, 2003, p. 237).

Em verdade o prof. Talamini não considera que o fato de essa tutela ser voltada contra o ilícito seja justificativa para a tutela inibitória, assemelhando-se mais às tutelas reparatórias (TALAMINI, 2003, p. 237).

Realmente é preciso, em parte, concordar com o prof. Talamini quando identifica que o fato de uma proteção se dirigir contra o ilícito não a qualifica por inibitória, e a esse respeito, no tópico *supra* 4.5.1.3, apresentou-se a tutela da remoção do ilícito que atua contra o ato ilícito com cunho eminentemente repressivo.

Parece que a questão de a tutela ser inibitória, ou não, precisa de uma melhor depuração, qual seja, a tutela inibitória se dirige contra algum ilícito que está na iminência de ocorrer, mas que ainda é uma *ameaça* e não o ato concretizado. Nesse caso, abre-se a via da prevenção contra o ilícito, haja vista que a tutela inibirá a sua ocorrência.

Dessa forma, noutro aspecto, também é correto o entendimento do prof. Marinoni (2003, p. 132-139) quando encontra nicho para a tutela inibitória do fazer, pois sua atuação é para que a ameaça do ilícito não se configure ato ilícito concretizado.

Ademais, para que não seja inviável o estudo das tutelas preventivas, é mister indicar que a ameaça de ilícito já é, por si, um ato não aceitável pelo ordenamento, a ameaça ao direito é atitude antijurídica. Assim, ameaçar direito alheio é, em si, ilícito, porém a tutela preventiva não atua para impedir a ameaça, e sim para impedir que ela ultrapasse essa fronteira. Sem essa compreensão, toda tutela, invariavelmente, tem caráter reparatório.

Concordando com a possibilidade da tutela preventiva negativa e positiva, segue a posição firme do prof. Aldo Frignani, *in verbis*:

Quanto al contenuto, l'inibitoria può essere negativa, risolvendosi allora in un ordine di cessazione del comportamento illecito, oppure positiva, quando contiene un ordine di facere, la cui estensione è inversamente proporzionale all'estensione dell'esecuzione forzata in forma specifica (FRIGNANI, 1997, p. 1001)¹²³

Com a mesma precisão também seguem os ensinamentos do professor Corrado Ferri:

Negata la ammissibilità generale della tutela inibitoria, e ricordato come essa si distingue dalle tutela rissarcitorie, restitutorie o dirette al ripristino della situazione precedente il verificarsi dell'illecito, poiché tutte queste utele tendono a riparare o rimuovere conseguenze lesive, la inibitoria nel vigente ordinamento, e diretta a tutelare nel futuro situazioni sostanziali determinate, com un provvedimento che impone la cessazione di una condotta illecita di carattere omissivo o commissivo. (FERRI, 1996, p. 938)

Nos atos de fazer fungíveis, é cabível o uso do meio sub-rogatório pela viabilidade da prática do ato por terceiro, mas, sem certas circunstâncias, é viável o uso de meios coercitivos¹²⁴.

A multa pode ser utilizada tanto para obrigações de fazer ou não fazer infungíveis, casos nos quais é instrumento imprescindível, e, também, nas obrigações fungíveis, se nesses casos for a melhor opção. A questão da escolha desses expedientes, em

123 “Quanto ao conteúdo, a inibitória pode ser negativa, resolvendo-se portanto em uma ordem de cessação de comportamento ilícito, ou positivo, quando contém uma ordem de fazer, cuja extensão é inversamente proporcional a extensão da execução forçada na forma específica.”

124 É válida a advertência de Marcelo Lima Guerra: “Tal idéia não é completamente verdadeira, porque, como se verá oportunamente, há situações nas quais, embora a obrigação seja *fungível* e, por isso mesmo, *abstratamente realizável através dos meios sub-rogatórios disciplinados no CPC*, as peculiaridades da situação concreta dificultam a sua satisfação efetiva através desses mesmos meios”. (1998, p. 300)

muitos casos, dependerá da observação do magistrado no momento em que recebe a demanda, consoante bem posiciona Marcelo Lima Guerra:

A opção entre uma ou outras das modalidades – ou mesmo conjunta de ambas as espécies de medidas – só pode ser determinada através de um *juízo de proporcionalidade* que leve em consideração as *circunstâncias concretas de cada caso*. (GUERRA, 1998, p. 305)

É importante, porém, apontar que esses conceitos e premissas são aqueles observados pelo senso comum, mas que, por vezes, não são exatamente como devem repercutir no plano pragmático. Por tal motivo, passa-se ao ponto seguinte com alguns problemas a serem enfrentados na óptica preventiva e que repercutem com grande importância na seara da prevenção dos direitos.

7.5 TUTELA PREVENTIVA E QUESTÕES ESPECÍFICAS DOS ATOS DE FAZER E NÃO FAZER

Embora se tenha apresentado um aspecto geral que indica haver tendência em aplicar sub-rogação para tutelas fungíveis de fazer e coerção para as tutelas infungíveis de fazer e não fazer, é imperioso realçar alguns detalhes que servem de contribuição à prevenção dos direitos.

Elege-se, neste momento, espaço para abordar o uso das técnicas do art. 461 com foco na problemática da atuação dos direitos contra pessoa jurídica, bem como um espaço para realçar um viés de fungibilidade existente nos deveres de não fazer.

7.5.1 A atuação contra pessoa jurídica

Na seara da tutela preventiva, em diversas oportunidades, existirá a necessidade de utilizar as técnicas de coerção e sub-rogação contra pessoa jurídica. No trato do Direito Ambiental, Marcas e Patentes, Direitos do Consumidor, dentre tantos outros,

é usual encontrar no pólo passivo de uma relação jurídica processual a figura da pessoa jurídica.

Aqui, inicialmente, torna-se importante indicar aparentemente que o instrumento de coerção não figura como meio próprio para a tutela dos direitos, haja vista que a coerção tem, em si, o caráter psicológico para permitir a atuação adequada da proteção preventiva.

Dessa forma, é perceptível na pessoa jurídica uma nota de impessoalidade que impede que contra ela exista uma atuação no plano psicológico, tal como ocorre com a pessoa física. A impessoalidade da pessoa jurídica remete à necessidade de investigar como a atuação da multa pode realmente frutificar no plano da proteção dos direitos.

Certamente a atuação da vontade dessa pessoa não é própria, mas sim daqueles que ocupam espaço em sua estrutura, e contra estes é que se deve dirigir, também, a atenção do instrumento coercitivo.

Esse alcance em face de terceiro, que atua na posição de *longa manus* de pessoa jurídica, não é desconhecido do sistema pátrio; um dos principais instrumentos de tutela dos direitos, que é o mandado de segurança, atua incisivamente coagindo a autoridade coatora, que exerce função pública no seio de pessoa jurídica, a cumprir os preceitos derivados do *writ*.

Registre-se, inclusive, que a atenção contra aqueles que possuem competência para praticar certos atos no âmbito da pessoa jurídica ganhou novo relevo no plano do direito objetivo pátrio, porquanto a Lei 10.358/2001, que operou reforma no Código de Processo Civil, especialmente no art. 14, intensificou a importância de que todos aqueles que são destinatários de ordens judiciais têm o dever de cumpri-las¹²⁵.

125 “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição,

Apresentando apontamentos sobre o tema, são valiosas as palavras do prof. Marcelo Lima Guerra:

É possível, e ocorre com certa frequência, que a realização da prestação devida e a conseqüente satisfação do credor, esteja a depender, concretamente, de *ato de terceiro*, em relação ao processo de execução. Isso é o que se verifica quando o devedor é uma *pessoa jurídica*. Também nessas situações, o direito fundamental à tutela executiva permite legitimar uma solução adequada, que se traduza na cominação de multa diária, ou outra medida coercitiva, contra esse mesmo terceiro. (GUERRA, 2003, p. 130)

Outrossim, cresce diariamente o entendimento da desconsideração da personalidade jurídica, prevista explicitamente no CDC (art. 28)¹²⁶ ¹²⁷e no CCB (art. 50)¹²⁸, já que a figura da pessoa jurídica não pode servir de máscara protetora aos atos de quem está por detrás dela, motivo que reforça a viabilidade de atingir aquele que move seus atos.

Ainda, frente à complexidade imposta pelas nuances da pessoa jurídica, impende realçar, ao lado da coerção, a técnica da sub-rogação por meio de intervenção judicial com a nomeação de gestor sempre que necessário à consecução da finalidade precípua do processo.

podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

126 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...)§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

127 “Como se vê destes exemplos, por vezes a autonomia patrimonial da sociedade empresária dá margem à realização de fraudes. Para coibi-las, a doutrina criou, a partir de decisões jurisprudenciais, nos EUA, Inglaterra e Alemanha, principalmente, a ‘teoria da desconsideração da pessoa jurídica’ pela qual se autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para a realização de fraude. Ignorando a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar-se, direta, pessoal e ilimitadamente, o sócio por obrigação que, originariamente, caiba à sociedade” (COELHO, 2002, p. 126)

128 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A determinação de gestão em pessoa jurídica é, em certas circunstâncias, condição *sine qua non* para o alcance dos objetivos pretendidos no processo. A Lei de falência (Dec-lei 7.661/1945, art. 59) é um exemplo da intervenção operada pelo Poder Judiciário na nomeação do síndico que deve administrar a massa falida, e, no âmbito preventivo, existe previsão consagrada no art. 69 da lei antitruste (Lei 8.884/94)¹²⁹, que autoriza ao magistrado a nomeação de gestor que pratique os atos necessários à efetivação da tutela jurisdicional.

7.5.2 Os deveres jurídicos de não fazer e sua cota de fungibilidade

Na toada do que se expôs, a infungibilidade é nota característica dos deveres jurídicos de não fazer. De toda forma, impende dizer que esse comentário merece uma nova reflexão.

Inicialmente, é imperioso cuidar daquilo que se considera por infungibilidade fática (natural) ou jurídica.

A infungibilidade natural é aquela que pode ser considerada a legítima infungibilidade, porque é nela que se observa a real inviabilidade do uso de instrumento sub-rogatório. O mesmo não se pode dizer sobre a infungibilidade jurídica, pois que nela é possível cogitar o uso de instrumento de sub-rogação.

Dessa forma, com maior objetividade, pode-se dizer que, no âmbito do que se classifica infungível, há uma bipartição de classes, seguindo-se as infungibilidades naturais, que são caracterizadas por apresentarem peculiaridades tais que não permitem qualquer forma de sub-rogação, e aquelas que são as jurídicas, para as

129 “Art. 69. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando interventor.”

Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.” Complemente-se com a prescrição do art. 74 da referida lei: “Art. 74. O Juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor. A substituição dar-se-á na forma estabelecida no contrato social da empresa.”

quais existe uma possibilidade de usar expedientes sub-rogatórios^{130 131}. A esse respeito, seguem as palavras dos professores Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues:

Quanto à natural, se não cumprida pelo devedor, outra solução não existe senão perdas e danos, mas quando a obrigação é infungível apenas em virtude de um princípio jurídico, nada impede que o Estado legislador excogite meios aptos e idôneos para que se possa alcançar um resultado equivalente àquele que se obteria caso o devedor tivesse cumprido espontaneamente a obrigação (CHEIM JORGE; RODRIGUES, 2001, p. 375-376)

Essa ressalva, em momento oportuno, permite dizer que a infungibilidade fática é aquela que está convolada de um caráter personalíssimo no plano dos fatos e que não pode ser objeto de troca por algo semelhante, sob pena de retirar-lhe a essência, ao passo que a jurídica resulta de um óbice imposto pela legislação e que pode ser removido por atividade jurisdicional, tal como ocorre na sentença do 639 e do 641 do CPC, que opera a substituição de vontade. A esse respeito é preciso Marcelo Abelha Rodrigues:

Exemplo dessa evolução é a obrigação de prestar declaração de vontade, que embora seja obrigação *juridicamente* infungível, não o é sob o ponto de vista jurídico vez que a sentença emitida *constitui* a situação jurídica final que deveria ter sido oferecida ao credor por ato do obrigado e não o foi (arts. 639 e 641 do CPC). (RODRIGUES, 2003, p. 229)

Feitas essas considerações, há de se fazer uma análise não só no caso da sentença que substitui declaração de vontade, mas também no dever jurídico de não fazer em geral.

Os deveres jurídicos negativos são naturalmente infungíveis, pois só pode abster-se de algum ato o próprio sujeito que deve respeitar certo dever jurídico. Nessa concepção, a atuação jurídica com base no não fazer ganha intensa relevância no âmbito das tutelas preventivas contra o ilícito.

130 “Embora se possa reconhecer que a declaração de vontade, vista em si mesma, é prestação tipicamente infungível, tal infungibilidade não afasta a possibilidade de um provimento estatal vir a produzir a mesma eficácia que tal declaração, se prestada, produziria” (YARSHELL; 1993, p. 35)

131 sobre a infungibilidade fática, novamente Flávio Luiz Yarshell (1993, p. 37-38): “Relativamente às obrigações de fazer infungíveis, por limites de ordem natural, não há propriamente atividade executiva (infra n. 2.5), no sentido mais restrito anteriormente exposto. A atuação jurisdicional que aí se desenrola (‘execução indireta’) tem por objetivo exercer pressão psicológica para que o devedor realize a prestação devida, mas o atendimento a essa pressão não é, a rigor, atividade executiva”

Ao lembrar que, noutros tempos, a tutela privilegiada no ordenamento processual era a reparatória, havia, conseqüentemente, um espaço muito reduzido para a tutela das relações de não fazer.

A mudança na análise jurídica do processo para apresentar proteção sob a ameaça de ilícito é que determina maior importância ao agir pelo não fazer, na medida em que, em regra, a atuação repressiva, mesmo nos casos derivados na origem de um ilícito pela não observância de um não fazer, transmutava-se em um posterior desfazer o ato, que nada difere, na prática, da estrutura de um ato positivo que é o fazer (BARBOSA MOREIRA, 1980a, p. 34).

Havendo agora essa melhor distinção entre ilícito e dano, é que o não fazer cresce em importância, no entanto, conforme explicado, a natureza de um não fazer é a infungibilidade, e contra ela aplica-se a regra de coerção, afastando-se, inicialmente, a sub-rogação.

Com efeito, essas premissas podem levar à conclusão de que a obrigação negativa ou é tutelada pela coerção com êxito, ou, então, o ilícito é praticado, e resta ao magistrado a possibilidade de removê-lo (desfazimento que segue as regras da obrigação de fazer fungível).

Para elucidar o que se pretende, é preciso dizer que, em casos de iminência da prática do ilícito em afronta ao dever de não fazer, é razoável que a prática informe que a coerção seja remédio com boa probabilidade de êxito.

Continuando a análise, por outro lado, não pode ser descartada a possibilidade de sub-rogar. O juiz tem autorização, *v.g.*, na iminência de que uma casa noturna seja inaugurada sem revestimento acústico, em local onde haverá dano grave ao horário de silêncio e aos níveis permitidos de ruídos, de coagir a fim de que ocorra a instalação do revestimento e de que se respeite o direito daqueles que se sentem ameaçados. Ainda nesse caso, o magistrado pode certificar-se da ineficácia da

coerção e sub-rogar, determinando que seja lacrado o ambiente ou que seja instalado o revestimento acústico¹³².

A mesma direção segue situação na qual se observa a indústria que ainda não instalou filtro contra poluição, e, na ameaça de que seu funcionamento viole o direito ao meio ambiente sadio, o juiz coage o réu ou sub-roga sua vontade com a determinação de que terceiro instale o filtro, prevenindo contra o ilícito. Por causa de tais peculiaridades, é que se encontra esta ressalva da Prof. Ada Pellegrini Grinover, *in verbis*:

Por isso mesmo há que se tomar *cum grano salis* a afirmação corrente de que as obrigações de não fazer seriam sempre infungíveis. É que, como bem salientou Vittorio Denti, a) em caso de proibição violada, surge do inadimplente um comando positivo e, em substituição à obrigação de não fazer, ter-se-á obrigação de fazer o necessário para repor o *status quo ante*; e b) violado um comando positivo, oferecem-se meios para a produção do resultado que o obrigado sonheou ao credor.

Assim, por exemplo, a obrigação de não poluir (obrigação negativa) pode resolver-se na obrigação de o poluidor instalar um filtro em seu estabelecimento; e se essa obrigação positiva também não for cumprida, o estabelecimento poderá ser interdito até que o filtro seja instalado. (GRINOVER, 1995, p. 67)

A solução apresentada pela Professora Ada é aplicável também antes da violação do direito, e, nesse sentido, é perceptível que até mesmo um dever jurídico de não fazer admite uma atuação mais contundente, que é salutar e nasce da inovação oferecida pela nova óptica do CPC, pela qual a sub-rogação seria qualificada como resultado prático equivalente, tema enfrentado *supra*, 5.4; consoante já afirmado, esse parâmetro de tutela específica e resultado prático equivalente do Código pode levar o juiz a não esperar a frustração da multa para sub-rogar e, de maneira interessante, cria fôlego para atuar com melhor desempenho na seara das obrigações que antes somente eram afligidas pela coerção. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira confirma no mesmo sentido:

Por outro lado, deve ser registrado que o juiz brasileiro está autorizado pelo art. 461 do CPC a não se ater rigorosamente ao pedido, pois se a tutela específica da obrigação (em princípio mandamental) não surtir efeito, nada impede adote, de ofício, providências que conduzam a resultado

132 O exemplo comentado tem por inspiração caso semelhante apresentado pelo prof. Cândido Rangel Dinamarco: “O juiz condena uma casa noturna a reduzir a um nível suportável os ruídos noturnos que produz. A sentença passa em julgado e a ré, intimada, não cumpre. Em última instância, mesmo sem pedido da parte o juiz ‘chega ao ponto de mandar lacrar o estabelecimento, impedindo o exercício de sua atividade.’”(DINAMARCO, 2002, p. 228)

equivalente, inclusive, de natureza executiva *lato sensu*. (OLIVEIRA; 2003, p. 19)

Com essa análise é forçoso concluir pela noção de que, juntamente à infungibilidade jurídica, que é remediada pela substituição de declaração de vontade, é que o dever de não fazer tem seu nicho de aplicação de mecanismos sub-rogatórios, o que permite uma atuação adequada da tutela preventiva.

8 JURISDIÇÃO, DEVIDO PROCESSO LEGAL E TUTELAS PREVENTIVAS: LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Em consonância com o esboçado por todo o estudo do tema das tutelas preventivas, firma-se, neste capítulo, a relação íntima da nova concepção de um devido processo legal preventivo sem que se esqueça dos limites da atuação jurisdicional.

8.1 TENDÊNCIA DO PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS E A NECESSIDADE DE MANTER A SEGURANÇA JURÍDICA DOS JULGAMENTOS

A guinada pelo processo civil de resultados é tendência que não se pode negar. O processo civil de hoje, no âmbito do acesso à justiça, pode ser estudado pelo enfoque dos instrumentos que permitem o acesso ao Poder Judiciário ou pelo prisma da efetiva entrega do resultado prometido, conforme bem explicam os professores Briant Garth e Mauro Cappelletti:

A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8) (grifos nossos)

Nessa toada, os estudos guinam pela ótica da prestação da tutela efetiva e célere, âmbito no qual a tutela preventiva ganha relevo ímpar (BEDAQUE, 2003a, p. 16) .

Nesse direcionamento de tutelas que operam resultados no plano concreto, houve o legislador por bem em aumentar a intensidade dos poderes do juiz no processo, o que se observa com o aumento dos poderes instrutórios (Art. 130 do CPC), poder geral de cautela (art. 798 do CPC), antecipação da tutela (Art. 273 do CPC),

aperfeiçoamento do sistema recursal (Lei 10.352/2001), implementação das tutelas específicas (arts. 461 e 461-A do CPC), etc.

Interessante dizer que o caminho que hoje é trilhado pelo legislador processual é o da desformalização do processo, com a intensificação dos poderes judicantes, agregando, ainda, a idéia de que a tutela efetiva é a tutela célere.

Nesta visão de um maior ativismo judicial, é preciso ter em mente que o processo civil dos tempos atuais vive uma crise de sopesar valores, quais sejam, a efetividade judicial *versus* a segurança de suas decisões, pois, conforme bem salienta Flávio Cheim Jorge (2003, p. 285), “o Processo, como é cediço, pauta-se em técnicas de ‘segurança’ e de ‘efetividade’ ...”.

O processo civil clássico, conforme anteriormente exposto, prezou incisivamente pelo valor segurança, ao passo que o processo civil, tido por moderno preconiza a efetividade. Essa mudança de paradigmas, porém, reflete numa questão delicada, qual seja: até que ponto é possível guinar em prol da efetividade sem perder a segurança dos julgamentos judiciais?

Tal indagação é relevante, haja vista que o processo é a técnica eleita para solução de conflitos com segurança. Se o homem elege o Estado para gerir a coisa pública, e ele se utiliza da técnica denominada processo para solver lides, é porque sua atuação é pautada, também, em julgamentos regrados e seguros¹³³.

Nessa mudança de relevância dos valores que pautam a atividade processual é preciso chamar a atenção para o que o prof. J. C. Barbosa Moreira chama de mito da justiça, qual seja: o de que a celeridade resolverá todos os problemas da morosidade e inefetividade processual. Vejamos nas próprias palavras do ilustre professor:

133 “É além do quadro expandido, há que se considerar ainda que a *tutela jurisdicional* resulta da própria garantia do devido processo legal e dos meios dispostos às partes para obtenção de um resultado favorável. Dessa óptica, o desenrolar do processo dá-se sob o primado de inafastáveis (e já aludidos) *princípios, garantias ou regramentos* e, em face da respectiva atuação, não há como negar que o próprio devido processo legal – independentemente de quem vença – é forma de *tutela*.” (YARSHELL; 1998, p. 32)

O submisso nº 4 é talvez o mais perigoso. Consiste em hiperdimensionar a malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os demais problemas da Justiça. Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço. (BARBOSA MOREIRA, 2004d, p. 5)

A ressalva do prof. citado dá indicativos de que há distinção entre formalidade e formalismo. O processo é forma que preconiza, também, pela segurança; não deve na forma existir empecilho à tutela, por outro lado não se pode abandonar a forma com a desculpa da busca da sentença mais rápida possível; o preço a ser pago talvez seja caro demais. A interpretação correta da efetividade, sem descuidar da técnica adequada resta, clarividente nos estudos do prof. J. R. dos Santos Bedaque; se não, vejamos:

A principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução de conflitos. Não se pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja seu resultado. Critica-se não o dogmatismo, mas o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo. (BEDAQUE, 2003a, p. 51)

O mesmo prof., com a acuidade de sempre, conclui poucas linhas depois que:

É preciso conciliar a técnica processual com o seu escopo. Não se pretende nem o tecnicismo exagerado, nem o abandono total da técnica. Virtuoso é o processualista que consegue harmonizar esses dois aspectos, o que implicará a construção de um sistema processual apto a alcançar seus escopos, de maneira adequada. (BEDAQUE, 2003a, p. 52)

Essas ponderações de dois renomados processualistas pátrios não ecoam isoladamente, haja vista que é possível citar os também respeitados professores J.J. Gomes Canotilho e Jorge Miranda, cada qual, em suas obras, ressaltando os mesmos receios. Veja-se, a esse respeito, a posição de Canotilho:

Note-se que a exigência de um *direito sem dilações indevidas*, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente <<justiça acelerada>>. A <<aceleração>> da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de

recursos, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta. (CANOTILHO, 1993, p. 652)

No mesmo sentido, as palavras do Professor Jorge Miranda:

V- O direito de acesso aos tribunais envolve o direito de obter uma decisão jurisdicional em prazo razoável (art. 6º da Convenção Européia, atrás citado), o qual tem de ser avaliado em função da complexidade maior ou menor da causa, da relevância da decisão e da natureza dos direitos e interesses em questão.

Designadamente, o argüido em processo penal deve ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (art. 32º, n 2º, da Constituição), mas já há outros casos em que sem processos céleres, expeditos eficazes não se dá proteção jurídica adequada... (MIRANDA, 1993, p. 246)

Por tais motivos, segue-se com a abordagem de três pontos essenciais no âmbito das tutelas preventivas que merecem estudo sob a ótica da efetividade sem o abandono da técnica, quais sejam: o problema da possível quebra do dogma da adstrição que o juiz deve guardar na sentença para com aquilo que foi pedido, a problemática da prisão civil em favor da tutela dos direitos e, por fim, a efetividade do processo do autor *versus* o princípio da menor restrição à pessoa do réu.

8.2 A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA DO PEDIDO COM SENTENÇA

O processo preconiza regras para se tornar seguro ao jurisdicionado. A esse respeito, observou-se o próprio surgimento do devido processo legal no sistema inglês como cláusula garantidora de previsibilidade das regras de julgamento (*supra*, Cap. 2).

Uma das regras que interessa mais de perto, e que também tem caráter de garantia do postulado da segurança para os jurisdicionados, é a regra da congruência ou da

adstrição da sentença ao pedido (arts. 128 e 460 do CPC)¹³⁴, que impede que o juiz julgue fora do pedido formulado, seja *extra, citra (infra)* ou *ultra petita*.

Essa regra é postulado da segurança jurídica porque evita que o juiz, em certos casos, fuja à imparcialidade, concedendo à parte coisa que não foi por ela pedida, e privilegia o contraditório, porque o réu se defende é sobre aquilo que foi deduzido em juízo e não pode ser surpreendido com decisão que não lhe ofereceu possibilidade de contra-argumentar. Em síntese, a decisão alcançada pelo juiz até pode “surpreender” os anseios de uma das partes, entretanto o conteúdo nela esboçado deve ser exatamente aquele previsto no desenvolver das discussões do processo.

Essa regra da adstrição, de forma geral, é benigna ao sistema porque realmente é destinada a fazer do processo meio idôneo de justiça, já que faz valer o direito de ação do autor, impede o juiz de inclinar-se à parcialidade e salvaguarda a garantia do contraditório efetivo para o réu.

Quando se busca o mundo do *ser*, por outro lado, a regra começa a apresentar alguns lapsos, haja vista que é possível que algum magistrado receba causa na qual haja um pedido formulado e perceba, nitidamente, que a proteção a *ser* ofertada deva ser outra. Nesses casos da vida real, é que se faz mister indagar acerca da absoluta vinculação do juiz ao que foi pedido e, entretanto, da possibilidade de que o próprio magistrado modifique officiosamente a tutela a *ser* atuada.

A esse respeito, o art. 461 oportunizou, em certas circunstâncias, a quebra do dogma da congruência ao permitir que seja concedida proteção diferenciada quando necessária à consecução do direito¹³⁵.

134 “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

“Art. 460. 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.”

135 Discordamos da posição de Spadoni (2202, p.115-120), que afirma que não há quebra da adstrição porque já haveria contido no pedido a possibilidade de o juiz operar a troca. Tal assertiva não invalida, ao nosso ver a quebra do dogma, apenas realça o fato de que existe a possibilidade de o juiz, por sua iniciativa, modificar o pedido, pois, se o autor não pediu, não se pode considerar implícita tal providência, como deseja Spadoni.

A tutela específica do direito e o resultado prático equivalente, com o devido uso dos expedientes mandamentais e executivos *lato sensu*, apresentam o que Marinoni chama de plasticidade da inibitória (MARINONI, 2003, p.145) e significam que o juiz poderá adequar ao caso prático a forma de obter o resultado pretendido pelo processo.

Essa modificação do pedido, contudo, merece um tratamento cauteloso, qual seja, o de que essa permuta deve sempre observar o elemento causal da demanda. Se a ação é individuada pelos seus elementos, é importante realçar que essa autorização de troca de pedidos, por mais que seja interessante quando se modifica a técnica coercitiva para a sub-rogatória (ou vice-versa), deve ser sempre temperada.

Se o pedido deve ser certo/determinado (art. 286 do CPC) e interpretado restritivamente (art. 293 do CPC), toda mudança deve ser considerada como troca do pedido. Certamente que a modificação mais tênue pode ser interpretada pela troca de técnica processual, sem que acarrete a mudança do objeto a ser tutelado; porém, noutros casos, a modificação pode atingir pontos mais intensos, mudando-se, inclusive, o objeto a ser tutelado. Aqui existe a necessidade de uma forte ressalva.

Havendo a necessidade de mudar o pedido para preservar um bem juridicamente mais importante, é mister sempre observar que essa guinada pela efetividade deve respeitar a noção de segurança jurídica. Dessa forma, havendo a “necessidade” de modificação do pedido sem a exata correspondência com a causa de pedir da demanda, é mister que não se aceite tal ocorrência com bons olhos, a *uma* porque tal modificação descaracteriza a demanda, a *duas* porque a *causae petendi* não justifica tal modificação, a *três* porque a causa de pedir é elemento indispensável para o correto exercício do contraditório e a *quatro* porque a troca feita pelo juiz pode não ser o desejo do autor ou pode carrear dano injusto ao réu.

De toda forma, centrando a análise no aspecto estrutural da demanda, quando se vê o afastamento do pedido da causa de pedir, observa-se que a providência judicial afasta-se do que foi discutido e deveria ser decidido, o que certamente é, conforme

explica o prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, um golpe fortíssimo na segurança jurídica:

Demais disso, inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apóie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial. (OLIVEIRA, 1999, p. 143)

O afastamento da discussão do objeto litigioso e a viabilidade da troca dos pedidos podem até ser, inicialmente, interessantes ao processo de resultados, mas conforme realçado em linhas anteriores pelo prof. José Carlos Barbosa Moreira (2004d, p. 5), o preço a ser pago pode ser demasiadamente caro, qual seja: ausência de segurança jurídica nas decisões judiciais.

Esse problema, inclusive, mina uma das garantias mais importantes do processo civil clássico e de moderno, que é o contraditório, haja vista que a boa delimitação da causa é a boa oportunização do próprio contraditório, ou, nas palavras do prof. José Roberto dos Santos Bedaque (2002, p. 35), “A exposição minuciosa dos fatos e a formulação precisa da pretensão permitem ao réu saber exatamente o que deve apresentar como matéria de defesa”.

O próprio prof. Bedaque reconhece, no mesmo texto acima citado, que a adstrição não é dogma intransponível pela regra do art. 461 do CPC, porém, quando violado o contraditório entre as partes e havendo prejuízo, é imprescindível reconhecer que o processo é eivado de nulidade (BEDAQUE, 2002, 36-37)¹³⁶.

Na mesma linha do prof. Bedaque, é que o prof. Flávio Yarshell indica que a mudança de pedido não significa qualquer forma de mudança, mas sim aquela condizente com a causa de pedir do processo (YARSHELL; 1998, p. 118). Com isso,

136 Em outra passagem o prof. Bedaque expõe a intensidade do problema: “Sustenta-se mesmo, talvez com certa dose de exagero, que o princípio da congruência encontra-se em crise e tende a desaparecer do sistema. Nessa linha, chega-se a sugerir, de forma ampla e genérica, a possibilidade de o julgador considerar fatos não propostos na inicial.

Tal solução se revela inadequada, porque elimina completamente importante mecanismo técnico destinado a preservar a efetividade do contraditório. Além disso, outras razões, ligadas mais à técnica e destinadas a evitar contramarchas do processo, também informam a regra da adstrição” (BEDAQUE, 2001, p. 35-36)

afasta-se sempre a possibilidade de mudar o pedido para entregar algo que difere do motivo de ir a juízo.

De acordo com o pensamento de Flávio Yarshell (1998, p. 118), a troca de pedido, ou fungibilidade, é, em certas circunstâncias, admitida no processo brasileiro, e decorre de um paradigma coerente. Cita o aludido autor que, nas disposições do art. 920 do CPC, é permitida a troca de pedido juntamente com a troca da causa de pedir do processo. A fungibilidade consiste em uma “troca de ação¹³⁷” propriamente dita, tanto do pedido quanto da causa de pedir. Que isso elucida? Que o pedido modificado deve sempre estar em harmonia com o motivo de ir a juízo, do contrário haveria uma mudança da tutela sem correspondência com a causa de pedir, o que traria uma não coincidência entre ambos e, conseqüentemente, não haveria tutela propriamente dita. Ademais, com essa mudança aleatória, o contraditório seria estilhaçando com uma decisão surpresa. Confira-se nas palavras do prof. Yarshell:

Em todas as hipóteses anteriormente analisadas, a fungibilidade – embora acabe afetando (indiretamente) o modo de ser do processo (e do procedimento) – diz respeito essencialmente aos *fundamentos* (causa de pedir) ou ao *pedido* deduzidos pelo autor. Em qualquer desses casos, porém, parece certo que essa fungibilidade deve ter respaldo legal – ainda que implícita – e, nessa medida, submeter-se a um regime de *tipicidade*. Além disso, deve o juiz atentar para o objeto da tutela pretendida, para que a fungibilidade atue no sentido de ser exarado um ‘tipo’ de provimento apto a desempenhar a mesma função de outro. Do contrário, correr-se-ia o risco não apenas de subverter o princípio da demanda, como ainda ferir a garantia do contraditório, impondo ao demandado uma decisão ‘de surpresa’. Não se trata, nesses casos, apenas de aplicar a regra da instrumentalidade das formas, porque, como enfatizado, a questão não é exclusivamente procedimental. (YARSHELL, 1998, p. 119-120)

A conclusão do prof. Yarshell é irretocável e torna o sistema processual coerente.

Aproveita-se o ensejo para retomar uma problemática lançada, *supra* 5.8, e que ficou merecedora de maiores esclarecimentos.

Conforme já foi exposto, existe a possibilidade de pedir em processo que seja debelada crise jurídica de certeza com base em uma declaração *stricto sensu*. Havendo, dessa forma, questionamento sério acerca do domínio de um bem

137 Não estamos empregando o termo troca de ação com o rigor de Flávio Yarshell na obra em que se dedica à tutela jurisdicional e à tipicidade das ações.

juridicamente protegido, é possível pedir que se retire a incerteza do domínio declarando a quem pertence a sua titularidade.

Se a crise jurídica é de certeza, para satisfazer o direito, basta retirar a incerteza, e nisso refletem nitidamente os contornos da causa de pedir.

Havendo, no processo, o pedido de declaração do domínio e também pedido liminar preventivo de que o réu seja coercitivamente compelido a não turbar a posse do requerente, vislumbra-se nítido o acréscimo de nova *causae petendi* derivada de uma crise jurídica de cooperação.

Logicamente essa crise será acrescentada no processo de maneira indireta ou reflexa, impedindo a cognição adequada pelo juiz e o contraditório efetivo do réu. Tal realidade decorre de que existe, no caso, uma relação de pedido e causa de pedir, e de que, se o juiz estiver desatento, aplicará um expediente coercitivo no processo que deveria limitar-se a dar o direito pela declaração. Não se está dizendo que o juiz é impedido de utilizar mecanismos de coerção ou sub-rogação, as técnicas do 461 são hoje extensíveis a outras hipóteses (art. 273, §3º, do CPC), porém deverá ocorrer sempre a atenção do magistrado no momento de conceder o pedido incidental. Para tanto, basta pensar que, se o autor deseja inibir o ilícito (inibir a violação da propriedade), a crise não é de mera certeza, extrapola em muito tal limite, é crise de cooperação.

Poder-se-ia, assim, dizer que o pedido do autor é de “natureza preventiva” (condenatória) e não declaratória, conforme explica o prof. Dinamarco, *in verbis*:

Em casos de *crises de adimplemento* e não só *de certeza*, a mera declaração não é suficiente para corrigir a situação lamentada e conseqüentemente deveria ser excluída a tutela meramente declaratória, por falta de utilidade: adequada seria a condenatória que permite a busca da satisfação do direito descumprido pela vias da execução forçada. (DINAMARCO, 2004, p. 225)¹³⁸

138 O próprio prof. Dinamarco, ainda comentando sobre o fato de a declaração não ser adequada a proteger crise de adimplemento, traz a seguinte ressalva: “Mas o Código de Processo Civil, contrariando essas razões, optou por estabelecer de modo explícito que ‘é *admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação o direito* (art. 4º, par.). Esse dispositivo deve, no entanto, ser lido no sentido de que a tutela meramente declaratória é admissível, tanto quanto a condenatória, quando a obrigação tiver sido descumprida mediante a alegação de que inexistente; havendo *mero descumprimento* da parte do obrigado que não nega ou mesmo confessa dever mas

Realmente não se pode acusar de formalista um magistrado que, diante de uma suposta ação de declaração de domínio, com pedido liminar, com base em juízo sumário, que resulte em uma abstenção a não turbar a posse (não fazer), se recuse de deferir a liminar.

Em verdade, quanto à troca de pedido, podemos dizer que a analisamos por dois enfoques: primeiramente sobre a possibilidade de trocar pedido em processo de natureza condenatória, no qual é permitido o uso desse expediente, desde que não escape da causa de pedir do processo, sob pena de ferir diversas garantias legais; e, em um segundo momento, sobre a problemática de estender a possibilidade de formular pedido inibitório em ação meramente declaratória, que poderá explicitar uma certa dose de temeridade quando se descobre que essa demanda, no fundo, não é declaratória, e sim condenatória.

8.3 A PRISÃO CIVIL COMO SUPORTE DA TUTELA JURISDICIONAL

Prescreve a Constituição Federal que:

“Art. 5º, LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

No estudo do atual processo civil de resultado, como é o caso de “processo preventivo”, ganha relevo o problema da possibilidade ou não do uso da prisão civil como meio coercitivo para o cumprimento das determinações judiciais.

Quando tal instrumento é utilizado em hipóteses pacíficas no ordenamento pátrio, *v.g.*, nos casos de prisão por dívida de alimentos, observa-se a atuação da técnica

não paga, o parágrafo o art. 4º não deveria ter a eficácia de dar adequação à tutela declaratória, dada a ausência de qualquer crise de certeza. Mas os tribunais são liberais a esse respeito e tendem a admitir a ação meramente declaratória, mesmo em caso de *lide por pretensão insatisfeita*”. (DINAMARCO, 2004, p. 225)

de prisão como elemento psicológico, que pode facilitar a atuação da própria jurisdição estatal.

O tema, além disso, ganha relevo por dois outros motivos. Pela influência de institutos estrangeiros, valendo citar o *contempt of court*, permissivo da prisão por descumprimento de ordem (*civil contempt*) ou desacato à Corte (*criminal contempt*) e, com efeito, por uma polêmica na interpretação extensiva do inciso LXVII, do art. 5º da CF/88, da prisão civil para diversas situações, dentre as quais, se poderiam cogitar as tutelas preventivas.

Quanto à influência externa do *contempt of court*, há comentários pretéritos (*supra*, 7.2.1), valendo neste momento indicar, na linha do que explica a prof^a. Ada Pellegrini Grinover, que “...na definição de *Swayzee*, *contempt of court* é a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem.” (GRINOVER, 2001,222).

Com escólio na necessidade de melhor aparelhar a realização da atividade jurisdicional, é que doutrina de peso (MARINONI, 2003, p. 229-234; GUERRA, 2003, p. 134-137; GRINOVER, 2219-227) entende pela possibilidade de ampla utilização da prisão civil, em contraponto com a doutrina mais restritiva, que considera o cabimento da prisão para hipóteses *numerus clausus*, de dívida alimentar e depositário infiel (TALAMINI, 1998).

De acordo com a doutrina mais flexível, a possibilidade de prisão civil, conforme o texto da Constituição Federal, estaria restrita apenas à prisão por dívidas, haja vista que o inciso LXVII é categórico ao prescrever que “não haverá prisão por dívidas”. Ou seja, para doutrinadores do porte do prof. Marinoni (2003, p. 234), a regra constitucional apenas veda que se proceda à prisão civil daquele que é demandado por dívida pecuniária, restando livre o magistrado para utilizar tal instrumento noutras situações.

O prof. Marinoni, que defende a possibilidade larga da prisão civil, aduz que:

... esta interpretação, além de considerar o *contexto*, e por esta razão ser muito mais abrangente do que a 'clássica', dá ênfase aos direitos fundamentais, realizando a sua necessária harmonização para que a sociedade possa ver sua concretização nos locais em que a sua própria razão recomenda. (MARINONI; 2003, p. 234)

Com o mesmo sentir, considerando a possibilidade de prisão, o prof. Marcelo Lima Guerra indica que o art. 461 pode ser considerado como autorização para a implementação dessa técnica coercitiva:

Sendo assim, é razoável entender-se que o §5.º do art. 461 constitui fundamento legal bastante para que o juiz possa decretar a prisão de devedor de obrigação não pecuniária, como medida destinada a compeli-lo a adimplir, sempre que essa medida se revele a *mais adequada*, dentro dos critérios já examinados, ao caso concreto. (GUERRA; 1999, p. 246)

Por outro lado, parte da doutrina destaca o desacerto da corrente ampliativa da prisão civil. De acordo com o prof. Talamini (1998, p. 38), defensor das idéias tidas por clássicas pelo prof. Marinoni (2003, p. 234), a prisão civil não pode ser enfocada na condição ampliativa, porque sua tônica é a vedação de bem constitucionalmente garantido, que é a liberdade. É o que expressa o referido autor nas linhas a seguir transcritas:

Relega-se a 'prisão civil' – a constrição da liberdade como medida processual civil coercitiva, meio de 'execução indireta' – à excepcionalidade. Fora da exceção estabelecida no próprio dispositivo constitucional, a prisão só poderá ser utilizada como 'pena' propriamente dita, sanção para condutas tipificadas como crimes (ou, quando menos, 'transgressões militares' – art. 5º, LXI) – e desde que observadas todas as garantias constitucionais penais e processuais penais (art. 5º, XXXIX, LX, XLV, LIII, LIV, LV, LVII, LXI, LXV, LXVI, etc.). (TALAMINI, 1998, p. 38)

Nesse sentido, é possível dizer que a interpretação acerca do tema prisão comporta uma morada restritiva, motivo pelo qual se haveria de interpretar a regra constitucional com o sentido de que a Constituição veda de forma geral a prisão civil, excepcionando apenas dois casos, o de prisão por dívida alimentar e o do depositário infiel¹³⁹.

Ademais, o próprio valor da segurança jurídica impede que se faça qualquer lucubração acerca dessa admissibilidade de prisão, porque inexiste no ordenamento

139 Nesse caminho Fernão Borba Franco: "A prisão civil está descartada, *ao menos na maioria dos casos*; ela só é possível, em nosso sistema, no caso de falta de pagamento de verba alimentícia ou no caso de depositário infiel, únicas exceções abertas pela Constituição à regra de a proíbe." (FRANCO, 2002, p.363)

infraconstitucional qualquer regramento que possa esclarecer o *modus operandi* de ato tão intenso contra o direito de liberdade.

Dessa forma, por mais que se propague a afirmativa de que é necessário sair em busca da efetividade da tutela jurisdicional, em verdade, dever-se-á fazê-lo conforme as regras constitucionais, que são restritivas quanto à questão da prisão civil, que só tem cabimento em duas hipóteses taxativas que são a dívida de alimentos e depositário infiel. Em recente parecer Tereza Arruda Alvim Wambier confirma este ponto ao pronunciar que “*Dentre os meios coercitivos tendentes à realização da tutela específica, no entanto, não se compreende a prisão civil*” (2003, p. 198) e, em seguida, arremata que “A Constituição Federal estabeleceu, conforme preleciona Celso Ribeiro Bastos, *restritivíssimas hipóteses de prisão civil, meio extremamente violento de coerção.*” (2003, p.198)

8.4 A PRISÃO PENAL COMO SUPORTE DA TUTELA JURISDICIONAL

Ainda sobre o problema da prisão, é importante destacar que não se confunde a prisão civil com a prisão penal derivada do crime por descumprimento de ordem judicial.

Havendo descumprimento da ordem, há, em tese, desrespeito ao exercício da jurisdição e, entretantes, tipo penal passível de punição, haja vista que o art. 330 do CP¹⁴⁰ força admitir que descumprir ordem jurisdicional é crime e, nesse caso, deve ser instaurado processo penal para averiguar e punir.

Se não cabe prisão civil com a amplitude que parte da doutrina deseja, seria talvez possível cogitar que, no ato do descumprimento da ordem, estaria configurado o tipo

140 “Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: pena- detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”

penal e a possibilidade da prisão em flagrante¹⁴¹ (art. 302 do CPP), mas, em decorrência das mudanças legislativas com caráter atenuador das penas, a lei 9.099/95, em seu art. 61, determina que penas inferiores ao máximo de um ano serão consideradas de menor potencial ofensivo, o que força a autoridade policial a, no máximo, encaminhar quem for devido ao juizado para lavrar termo circunstanciado (art. 69¹⁴² da lei 9.099/95) e com isso não haverá sequer prisão em flagrante, e tampouco se exigirá fiança para soltura. De toda sorte, o encaminhamento do descumpridor da ordem, ainda em estado de flagrante, para que elee compareça ao juizado e lavre o termo circunstanciado que origina o processo penal, pode surtir algum efeito pedagógico para que outros tenham maior respeito pela atuação jurisdicional.

Com todas essas ponderações, é conclusivo que, no ambiente nacional de hoje, não cabe a prisão civil pelo não cumprimento de ordem, salvo no caso de dívida de alimentos e no de depositário infiel e, a prisão penal resta comprometida, pois ela, em regra, não deverá ocorrer em função das regras atenuação das sanções no âmbito do direito penal.

8.5 PRINCÍPIO DA MENOR RESTRIÇÃO E PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Problema que pode surgir, casualmente, ainda no âmbito do sopesamento da efetividade e da segurança, é o da recalcitrância do juiz em deferir medida coercitiva ou sub-rogatória, em desfavor do réu, em acordo com o princípio da menor restrição, que goza de amparo no art. 620 do CPC, o qual possui a seguinte regra:

141 Se não houver flagrante, conforme bem esclarece Araken de Assis, não há competência do juiz cível para implementar a prisão: “O juiz civil não ostenta competência para ordenar prisão em virtude de hipotético crime de desobediência, ressalva feita para ordenar à prisão em flagrante, que compete a qualquer pessoa do povo.” (ASSIS; 2003, p. 34)

142 “Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. Parágrafo único: ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança .”

Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Parece que esse dogma hoje é menos prevalente do que noutros dias, e a esse respeito diz Barbosa Moreira que “não deve, em princípio, diminuir a eficácia da execução; a opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes” (1989, p. 221).

Nesse sentido, é certo que no caso concreto, haverá a possibilidade de variantes. Há situações nas quais o meio menos gravoso é um ou outro (multa ou sub-rogação), mas deve-se sopesar, com o gravame a ser suportado pelo réu, aquele prejuízo a ser suportado pelo autor.

O princípio da restrição é direcionamento que deve pautar o julgador, que, dentre as várias opções efetivas, deverá optar por aquela que entregue o que é a promessa de tutela ao autor sem causar dano além do necessário ao réu.

O professor Dinamarco observa-se que é mister temperança antes antes de antecipar a proteção.

Da associação entre a *urgência* da medida a ser concedida ou negada e a mera *probabilidade* ou verossimilhança como grau suficiente de convencimento para a concessão, decorre, quanto a todas as medidas de urgência, a necessidade de uma linha de equilíbrio com a qual o juiz leve em conta os males a que o interessado na medida se mostra exposto e também os males que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida. Tal é o *juízo* do mal *maior*, indispensável tanto em relação às medidas cautelares quanto às antecipatórias de tutela. Quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz. A produção antecipada de provas, medida nitidamente cautelar que originariamente atua apenas sobre o processo sem atingir os direitos das pessoas suscita menos cuidados que a nomeação de administrador para uma sociedade anônima – esta, sim, uma antecipação de tutela que pode interferir na vida e na economia de pessoas ou grupos. A imprudente liberalização de medidas antecipatórias de tutela pode gerar um mal maior que o mal que ela pretende afastar, invertendo os pólos do interesse sacrificado e do sujeito beneficiado. Ao juízo do mal maior associa-se o *juízo do direito mais forte*, que se aconselha o juiz a ponderar adequadamente as repercussões das medidas que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devem ser sacrificados; assim é nos casos em que se trate de interferir na economia interna de uma empresa, ou de impedir uma privatização, ou de autorizar ou impedir a realização de uma cirurgia, etc. Em hipótese assim, o juízo do mal maior deverá ser mais severo, sob pena de lesar bens ou

valores dos quais pode depender a vida das pessoas, a vitalidade das empresas, a estabilidade de uma economia estatal, etc. (DINAMARCO, 2001a, p. 11-12)

Pela característica da própria tutela preventiva, em grande parte das situações, a irreversibilidade, se enfocada com exclusividade, afasta por completo que se possa conceder a tutela liminarmente. Essa observação do aludido professor não significa que o magistrado deve, com base nisso, conceder aleatoriamente antecipações preventivas, mas sim observar se aquela irreversibilidade é inerente ao direito a ser tutelado ou não, considerando, certamente, o grau de convencimento da prova nos autos.

O papel do juiz, no momento de conceder tutelas com juízo sumário é de extrema relevância em um duplo sentido: **(i)** para oferecer a tutela jurisdicional e **(ii)** para não extrapolar limites que venham a causar danos desnecessários com a concessão.

Parece que, nos ensinamentos do prof. Dinamarco, existe necessidade de uma intensificação de precauções quando se passa da cautelaridade para a satisfatividade de direitos, uma vez que o atingimento do réu será mais intenso com a segunda forma de tutela sumária.

Com relação ao princípio da menor restrição, no âmbito das tutelas preventivas, é certo que permanece como direcionamento das atividades judiciais. Não deve ser tomado como dogma que impede a atuação contra o réu, porém não deve ser deixado à margem da atividade jurisdicional porque propicia ao processo o equilíbrio entre as partes, impedindo que o processo civil de resultado se torne processo do autor.

8.6 O PROBLEMA DA ANÁLISE DAS PROVAS NO ÂMBITO DA TUTELA PREVENTIVA

O último tópico a ser comentado neste capítulo, com direcionamento à atuação judicante que realize a promessa do resultado sem perder-se da segurança das

decisões judiciais, é o da análise da prova que permita o julgamento da demanda, bem como da explicação sobre a antecipação de tutela em tais processos.

Delineado anteriormente que a tutela preventiva volta-se para o ilícito, inibindo-o, é interessante observar que existe uma menor possibilidade de formar provas contundentes de sua ocorrência.

O problema da ameaça do direito, antes de tudo, é prová-la ao órgão jurisdicional. Preciso a este respeito é o prof. Luiz Fux:

A produção de prova, entretanto, se apresenta mais complexa quando o ilícito está ainda em 'potência' e se quer evitá-lo do que nas hipóteses de perigo de repetição e continuação, porquanto os antecedentes militam como indícios. (FUX, 2004, p. 78)

Essas considerações, que permitem dispensar a apresentação do elemento causal (dolo ou culpa), derivam, em verdade, da desnecessidade de provar o próprio dano na demanda preventiva, o que torna importante citar a característica principal dessa tutela, nas palavras de Filippo Danovi:

In questo modo la dotrina há operato un'estensione del campo di applicazione dell'azione in esame, ritenendo che la stessa sai idonea a regire anche al semplice pericolo che l'illecito si verifichi. (DANOVI, 1996, 1055)

Essa característica, a qual dificulta a complexidade probatória, não pode ser inviabilizadora da tutela preventiva, haja vista que tal problemática é corriqueira em uma forma de atuação que prescinde do ilícito concretizado.

Nest\sa direção, figura certo que a análise probatória deverá ser menos intensa em julgamento inibitórios do ilícito do que nos reparatórios. Sérgio Cruz Arenhart, citando a doutrina comparada dá boa ilustração da mentalidade desse instituto frente à provas:

Gerardo Walter lança-se a profunda pesquisa sobre o tema, e constata que, de forma absolutamente normal, os tribunais alemães reduzem o módulo de prova em algumas decisões tradicionalmente naquelas em que a apuração do fato resulta em dificuldades constantes. (ARENHART, 200, p. 146)

Além da necessidade de utilizar provas indiciárias (MARINONI, 2003, p. 47-50; 58-62), é certo, nas linhas do prof. Fux , que a tutela inibitória prescinde de culpa ou

dolo, haja vista que ainda é potência de ilícito. Nas palavras do próprio professor, “A inibição se contenta com a possibilidade de violação *in re ipsa*, dispensando o autor da comprovação de dolo ou culpa do demandado, uma vez que é contra a potencialidade de violação que a tutela se dirige” (FUX, 2004, p. 79). O prof. Corrado Ferri explica:

É pacifica anche l'esclusione della colpa tra i presupposti di esperibilità, no dovendo il giudice valutare preventivamente gli elementi soggettivi del comportamento illecito futuro. (FERRI, 1996, p. 938)

Filippo Danovi (1996, p. 1063) explica que a análise da tutela preventiva é feita com uma projeção para o futuro, momento no qual não se pode ter certeza acerca de questões do âmbito subjetivo, tal como o dolo e a culpa; desta forma, é que diz que *“Infine, la stessa tutela preventiva dell'azione inibitoria conferma l'irrelevanza della volontà e della colpa del soggetto agente.”*

Essa menor necessidade de aprofundamento nas provas, todavia, não deve permitir ensejo à falta de regramento e seriedade da antecipação de uma tutela preventiva. É preciso que o magistrado perceba, caso a caso, o valor do direito apresentado em favor do autor e o prejuízo a ser suportado por ele, bem como aquele que será suportado pelo réu, sopesando ainda ao grau de verossimilhança que é possível extrair das provas colacionadas, sob pena de transformar um deferimento de tutela antecipada em grave equívoco.

Cauteloso a esse respeito é o entendimento de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Assim, quanto mais funda for a intervenção de ordem judicial no patrimônio do demandado – como ocorre na antecipação do efeito executivo ou mandamental para a prevenção do dano -, mais acurado deve ser o exame dos pressupostos para a concessão da providência não precedida de prévio contraditório. Ao por outra razão, a lei brasileira reclama nessa hipótese prova robusta dos pressupostos, insta a que não se conceda a antecipação se houver perigo de o provimento antecipado provocar situação fática irreversível e insiste em que a decisão do juiz a tal respeito deva conter de modo claro e preciso as razões de seu convencimento. (OLIVEIRA, 1999, P. 146)

Nesse entendimento, haverá possibilidade de antecipar a tutela preventiva com base em menor produção probatória do que as hipóteses nas quais existe a necessidade de provar dano, contudo nada disso indica que tal deferimento possa resultar em

ofensa à paridade de tratamento entre as partes, garantia de que se passa a análise no tópico seguinte.

8.7 EFETIVIDADE E SEGURANÇA: ISONOMIA ENTRE AS PARTES

De tudo o que foi esboçado, é certo que existe uma zona temerária de análise, qual seja: até que ponto a atuação da tutela preventiva, antecipadamente, contra o ilícito e sem necessidade de prova de culpa ou dolo, bem como calcada em produção menos robusta de prova, é concretização da efetividade processual e em que momento descamba para a existência exclusiva do processo civil do autor.

Com efeito, foi esclarecido que, ao lado dos mecanismos da efetividade, não se pode deixar de lado a segurança, que é apresentada, dentre várias garantias, pela observância do contraditório, pelo princípio da menor restrição, pela fundamentação das decisões judiciais e pela congruência entre o pedido e o decidido na sentença.

De toda forma, não se pode negar que, no crescimento da efetividade, é preciso otimizar a prestação da tutela no âmbito do resultado e da celeridade, o que faz imprescindível que se encontre alguma forma de equilíbrio entre vetores quase incompatíveis.

Em nosso sentir, é válido aplicar tanto para o autor quanto para o réu um princípio comum que se relaciona com a efetividade para autor e a segurança para o réu, que é a garantia de um processo substancialmente igualitário entre as partes (NERY, 2000, p.43).

No sentido de igualdade, deve o julgador, aplicando o preceito constitucional, dar tratamento indistinto aos que estão em igualdade de condições e desigualar os desiguais no exato limite de suas desigualdades (NERY, 2000, p. 43), e tal ajuste que deve ser realizado pelo julgador ora o será em favor do autor, ora do réu.

De acordo com essa premissa, é que avulta preciso o entendimento do prof. Paulo Henrique dos Santos Lucon:

Assim, quando se pretende a *tutela jurisdicional preventiva*, são necessárias todas as medidas destinadas a evitar danos em vez de permitir que eles ocorram para depois buscar sua reparação, sopesando o juiz as conseqüências de tais medidas sobre eventual direito da parte contrária. (LUCON, 1999, p. 100)

Complementando essa visão de que a tutela preventiva deve ser prestada sem que seja sopesado eventual prejuízo do réu, é que o próprio prof. Lucon expõe a importância do tratamento igualitário:

A igualdade interage com o devido processo legal, pois o exercício do poder estatal só se legitima através de resultados justos e conformes com o ordenamento jurídico, por meio da plena observância da ordem estabelecida, com as oportunidades e garantias que assegurem o respeito ao tratamento paritário das partes. Tal é o *direito ao processo justo*, ou seja, o direito à efetividade das normas e garantias que as leis o processo e de direito material oferecem. (LUCON, 1999, p. 98)

Com efeito, nessa linha de efetividade não do processo do autor, mas sim das normas jurídicas, é certo que haverá também que se lembrar que o direito material é pertencente a quem tem razão no processo, seja o autor seja o réu, motivo pelo qual concordamos com o prof. Lucon quando remete à necessidade de tratamento igualitário entre os litigantes para realização da própria efetividade do processo e do direito substancial.

Dessa forma, se há urgência, há garantia em antecipar a tutela se ela é justa ao autor pelo exame das provas (verossimilhança) e se tal antecipação não ferir o tratamento igualitário entre as partes, pois, se o julgador está antecipando para preservar a paridade de armas entre as partes, seu direcionamento é o da efetividade do processo e não meramente da efetividade em favor do autor; do contrário, se o direcionamento é pura e simplesmente por modismo da efetividade, é que o processo será utilizado equivocadamente.

Inequivoco a esse respeito é o que expressa o prof. Carlos Álvaro:

Quando a urgência não se revele com todas as galas da evidência, quando o direito alegado não for suficientemente evidente e débil se apresenta a prova trazida pelo requerente da antecipação e principalmente não houver

perigo a prevenir, a postergação do contraditório não está autorizada, ilação que naturalmente não desautoriza o deferimento da antecipação em momento posterior, se surgirem elementos para tanto. Somente com o atendimento desses requisitos, insista-se, tanto de natureza formal quanto material, pode se dar interferência no princípio do contraditório. (OLIVEIRA, 1999, p. 147)

Em verdade, na posição do citado professor, há sempre a necessidade de verificação do equilíbrio processual para não trazer injustiça e ausência de credibilidade à atuação jurisdicional.

8.8 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

À guisa de conclusão do capítulo, é adequado dizer que a tutela preventiva deve ser atuada com direcionamento não para se tornar processo que beneficie a efetividade do autor, mas sim aquele que realize a prestação efetiva da tutela jurisdicional, ora com maior celeridade quando o autor justificar que a isonomia substancial lhe permite essa prerrogativa, ora em favor do réu, que merecerá melhor condição de contraditório.

A fim de não fazer da celeridade meio inseguro, é que o julgador precisa estar atento às nuances dos mecanismos que lhe são outorgados; por tal motivo é que, no âmbito da “quebra” do princípio da adstrição, é mister que se tenha em mente que é inadmissível que tal mudança de pedido se afaste da causa de pedir, bem como deverá ser respaldada tal atitude para assegurar o tratamento substancialmente isonômico entre as partes, sem ferir o direito de contraditório real ao réu. Ademais, quanto a possibilidade de conceder tutela preventiva em ação declaratória, é mister indicar à problemática de que se faça da declaratória uma verdadeira condenatória sem que se propicie ao réu oportunidade a contraditório e à ampla defesa.

Sobre a prisão civil, em que pese a doutrina que a sustente, é importante concluir que seu cabimento é possível apenas nas hipóteses clássicas consagradas constitucionalmente.

Na atuação da tutela preventiva, ela é embasada em provas indiciárias que são de menor intensidade no convencimento. Tal nuance deve fazer do juiz vigilante, para que conceda a tutela sempre em favor da atuação do resultado justo, porém, sem tornar o processo de resultado um processo exclusivo do autor. A esse respeito, acrescente-se que haverá o magistrado de buscar o meio menos gravoso ao réu, desde que, logicamente, existam meios de mesma utilidade ao requerente para atingir o fim desejado.

Com tais ponderações, que não são exaustivas, julga-se que haverá maior credibilidade na atuação jurisdicional preventiva.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com toda a exposição, foi possível observar que realmente existe uma mudança nos estudos do processo civil em favor do “processo de resultados”, porém tal guinada não pode apagar as garantias positivadas da segurança jurídica que equilibram as decisões jurisdicionais e acrescentam credibilidade e elas.

Nesse sentir, é que a tutela preventiva, ao impedir a prática do ato ilícito, configura um dos pilares da efetivação da tutela jurisdicional, protegendo, conforme a necessidade do direito material, e apresentando uma real noção de efetividade da jurisdição e da atuação substancial do devido processo legal.

Ademais, consideramos que a tutela preventiva, no plano substancial do direito, não é uma nova espécie de tutela por dois motivos centrais: primeiramente porque é uma proteção jurisdicional diferenciada por atuar em um momento diferente daquele que a tutela repressiva atua e, dessa forma, sua novidade é a atualização das técnicas processuais para proteger o direito material no de acordo com o postulado do máximo da coincidência; em segundo plano, não é nova tutela no sentido de que é uma tutela condenatória e, desta forma, atua essencialmente para inibir que ocorram atos ilícitos que denominamos, no bojo essa dissertação, de crises jurídicas de cooperação a um fazer ou não fazer, crise jurídica também denominada de adimplemento.

Por tais motivos, havendo delineado que a tutela preventiva é uma tutela condenatória em momento preventivo, entendemos também que sua atuação não é exatamente contra o ato ilícito, mas sim é uma atuação em estado de ameaça de direito, o que remete à necessidade de inibir que tal ato ultrapasse a ameaça e configure ilícito concretizado.

No âmbito das tutelas preventivas, ainda, existe a necessidade de responder à seguinte pergunta formulada: quais são os contornos de aplicabilidade da tutela preventiva?

Os contornos de aplicação da tutela preventiva passam pela consideração de diversos fatores convergentes, quais sejam: compreender que ela é tutela preventiva que impede a materialização do ilícito, resultando em pedido principal de ação condenatória, que ocorre nas hipóteses de direito material em crise de cooperação a um fazer ou não fazer (crise de adimplemento) e que pode ser atuada no âmbito individual e coletivo dos direitos.

Outra indagação formulada e que deve ser respondida é: quais limites devem ser respeitados para que se permita a sua atuação com segurança?

Considerando que a tutela preventiva decorre de ameaça a direito, que prescinde de demonstração de dolo ou culpa e que a doutrina permite uma menor intensidade na produção probatória, é certo que existirá a possibilidade dessa tutela se tornar célere, porém pouco segura se não houver uma preocupação incisiva na utilização do princípio da isonomia substancial para identificar quando haverá aplicação de suposta efetividade em violação aos direitos de defesa do réu, bem como as hipóteses nas quais a efetividade será realmente uma realização do processo civil com resultados justos para o autor sem dano marginal.

Por fim, a tutela preventiva dos direitos é tutela que permite uma atuação abrangente de deveres jurídicos (e não só obrigacionais) no setor individual e coletivo que apresentem necessidade de proteção não reparatória, configurando, assim, tutela efetiva dos direitos e realização da jurisdição convolada em um devido processo legal em tempo oportuno.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Ação civil e meio ambiente**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2003. 336 p.

ALLORIO, Enrico. Problemi di Diritto. Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato: e altri studi. (Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato, esecuzione forzata, questi Del processo penale, riforma de processo civile, problemi dell'arbitrato, il processo civile nel pensiero di F. Carnelutti). Milano: Casa editrice Dott. A. Giuffré, 1957. 659 p. Volume secondo.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. 245 p.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 779 p.

_____. Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. **Revista de Processo Civil**. São Paulo, n. 02, p. 13-94, abril-junho, 1976.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. 448 p . vol. 6.

_____. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 248 p.

ARIETA, Giovanni; MONTESANO, Luigi. **Diritto processuale civile. I Le disposizioni generali**. 3 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999. 403 p.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. 1288 p.

_____. **Manual do processo de execução**. 8 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 1456 p.

_____. *O contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, n. 111, p. 18-37, jul. 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 351 p.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. 229 p.

_____. **Curso de processo civil**: execução obrigacional, execução real, ações

mandamentais. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. 443 p. vol. 2.

_____. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1998. 543 p. vol.1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2002. 345 p.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. In : _____ **Temas de direito processual : oitava série**. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 89-106.

_____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In : _____ **Temas de direito processual : oitava série**. São Paulo : Saraiva, 2004a. p. 125-142.

_____. Sentença executiva?. **Revista de processo**, São Paulo, n. 114, p. 147-16237, mar/abr. 2004b.

_____. A duração dos processos: alguns dados comparativos. In : _____ **Revista síntese de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, 2004c. v5, n29, set-out, p. 29-35.

_____. A sentença mandamental - da Alemanha ao Brasil. In : _____ **Temas de direito processual : sétima série**. São Paulo : Saraiva, 2001a. p. 53-70.

_____. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In : _____ **Temas de direito processual : quarta série**. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 215.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In : _____ **Temas de direito processual : segunda série**. São Paulo : Saraiva, 1980. p. 21-30.

_____. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In : _____ **Temas de direito processual : segunda série**. São Paulo : Saraiva, 1980a. p. 30-44.

_____. Os princípios do direito processual civil na constituição de 1988. **Livros de estudos jurídicos**, vol. 4, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, p. 238-251.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 176 p.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 175 p.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutela sumária e de urgência (tentativa de sistematização). 2.ed. rev. e ampl. São Paulo : Malheiros Editores,

2001a. 422 p.

_____. **Tutela Cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. 422 p.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada.** Tradução de João Ferreira de Almeida. 46 ed. Brasília: sociedade bíblica do Brasil, 1969.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 49-65.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança.** São Paulo : Saraiva, 1989. 285 p. vol. 1.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil.** Tradução de Luiz Abezia e Sandra Fernandez Bariery. Campinas: Bookseller, 1999. 332 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. 1228 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. 168 p.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Uma sistematização da teoria geral do processo.** 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 252 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil.** Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Editora Classic Book, 2000, 787 p. vol 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** 3. ed. Campinas, SP : Bookseller, 2002a. 519 p. vol. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil.** Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 2002. 398 p. vol. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. 359 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial.** Atual. com o novo código civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria Da inelegibilidade e o direito processual eleitoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 560 p.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil.** 3 ed. (póstuma) reimpressão inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993. 524 p.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho, 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 687 p.

DANOVI, Filippo. **L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie**. *Rivista di diritto processuale*. Volume LI (II serie) anno 1996, 1046-1083.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 304.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. 703 p. vol 1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. atualizada. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo : Malheiros Editores, 2004. 817 p. vol 3.

_____. **A reforma da reforma**: lei 10.352, de 26.12.2001, lei 10.358, de 27.12.2001, projeto n. 144/01 (senado federal), lei 9.800, de 26.5.1999 (lei do faz), e lei 10.173, de 9.1.2001 (lei dos idosos). São Paulo: Malheiros, 2002. 304 p.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A ação declaratória incidental**. 3 ed. rev. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 211 p.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8 edizione. Milano: CEDAM, 1996. 739 p.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p.

FERRI, Corrado. **L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexie C.C.** *Rivista di diritto processuale*. Volume LI (II serie) anno 1996, 936-944.

FRANCO, Fernão Borba. A execução de sentença "mandamental" e de obrigação de fazer : possibilidade e prisão como meio coercitivo. In : BUENO, Cassio Scarpinells et al (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança : 51 anos depois**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 354-366.

FRIGNANI, Aldo. **L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni <<fuori da coro>> di un civilista)**. *Rivista di diritto processuale*. Volume LII (II serie), anno 1997, p. 999-1026.

GOLDSCHMIT, James. **Derecho procesal civil**. Traducción de la segunda edición Alemana, Y del Código Procesal Civil Alemán, incluído como apénice por Leonardo Prieto Castro, con adiciones sobre la outrina y la legislaión española por Nieto Alcalá - Zamora Castillo. Barcelona : Editorial Labor, 1936. 916 p.

GOZAÍNI, Osvaldo A. **Derecho procesal civil**. tomo I. vol I. Buenos Aires: EDIAR, 1992.

GRINOVER, Ada Pelligrini. **A tutela jurisdiccional dos interesses difusos**. Revista

de Processo 14/15. São Paulo: Revista p. 28.

_____. A tutela preventiva das liberdades: 'habeas corpus' e mandado de segurança. **Revista de Processo.**, n. 22, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1981

_____. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. **Revista de Processo.**, n. 102, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2001

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 4. Ed. Revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonés. Tomo I introducción, parte general y procesos declarativos y de ejecución ordinarios. Madrid: 1998, 768 p.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. atualizador: Humberto Theodoro Júnior. 12 ed. Rio Janeiro: Forense, 1998, 357 p.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. 1. ed., 2. tir. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. 282 p.

_____. Inovações em execução direta das obrigações de fazer e não fazer. Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1998. p.296-321.

_____. Prisão civil e depositário infiel e princípio da proporcionalidade. **Revista de processo**, n. 105, p. 34-42, jan. 2002.

_____. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. 233p.

JORGE, Flávio Cheim. **Responsabilidade Civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor n. 17, ano 1996 p. 97.

JORGE, Flávio Cheim; RORIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CP e o processo de execução. In : SHIMURA, Sérgio (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 359-380.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. [tradução: João Baptista Machado] 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Páginas 428.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. Araraquara, SP: Bestbook, 2003. 287 p.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento Paritário das Partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 91-131.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos tribunais, 1999. 299 p.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile**: I nozioni introduttive e disposizioni generali. 12 ed. aggiornata con le midifiche di cui al D. Lgs. 19 febbraio 1998 n. 51 e Al D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, 460 p. vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 525.

MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **José Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. rev., atual. e ampl. do livro Manual do processo de conhecimento : a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. 860 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 14 ed. Refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 485 p. vol. 4.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. 381 p. Tomo I

_____. **Comentários ao código de processo civil**, Tomo I: arts. 1º a 45. 2 ed. Revisada e aumentada. Rio de Janeiro : Forense, 1979. 673 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil**, Tomo III: arts. 154 a 281. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979b. 790 p.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo V : arts. 444 a 475. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. 364 p.

MONTESANO, Luigi. Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione. **Rivista di diritto processuale**. Volume LII (II serie), anno 1997, p. 1-12.

MORELLO, Augusto M. **El proceso justo: Del garantismo formal a la tutela de los derechos**. Argentina: Libreria Editora Platense S.R.L, 1994, 682 p.

MORETTI, Carola. Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione. **Rivista di diritto processuale**. Volume LII (II serie), anno 1997, p. 883-908.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6 ed. rev., ampl. e atual com a Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade (9.868/99), Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (9.882/99) e a Lei do Processo Administrativo (9.784/99), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 248 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema da eficácia a sentença. **Revista de processo**, São Paulo, n. 112, p. 9-22, out. 2003.

_____. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 132-150.

PICARDI, Nicola. **Il princípio del contraddittorio. Rivista di diritto processuale**. Milano, anno LIII (seconda serie), n. 3, 1998, p. 675-681.

PISANI, Adrea Proto. **Diritto processuale civile**. 4. ed. Napoli : Jovene Editore, 2002. 865 p.

RODRÍGUES, Manoel Cuiñas. *Acerca de la tutela preventiva del ambiente en el derecho argentino*. **Revista de direito processual**. n. 15, julh-set, 1999, p. 162-165.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. 453 p. vol. 2.

_____. **Instituições de direito ambiental: parte geral**. São Paulo: Max Limonad, 2002, 339 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim. Tutela específica do art. 461 do CP e o processo de execução. In : SHIMURA, Sérgio (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 359-380.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. São Paulo : Cortez, 2001. 348 p.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. Coleção estudos de direito processual Enrico Tullio Liebman. De acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 248 p.

_____. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 482-508.

STIGLITZ, Gabriel A. **Protección jurídica del consumidor**. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1990, 177 p.

_____. *Las acciones colectivas en proteccion del consumidor*. **Direito do consumidor**. São Paulo, n. 15, julh-set, 1995, p. 20-27.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461A, CDC, Art. 84). 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 508 p.

_____. Prisão Civil e penal e "execução indireta". In : WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1998. p. 140-163.

TESSLER, Luciane Gonçalves. Ação inibitória na proteção ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; Dantas, Marcelo Buzaglo. **Aspectos processuais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 124-145

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária e Direito, 2004. 612 p.

_____. Tutela das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de processo**, São Paulo, n. 105, p. 9-33, jan. 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). Garantia do processo sem dilações indevidas. **Garantias constitucionais do processo civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1998**. 1.ed. 2.tir. São Paulo : Editora Revista de Tribunais, 1999. p. 151-189.

_____. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de processo**, São Paulo, n. 66, p. 72-78.

_____. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, 168 p.

_____. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.190.

VARELLA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: forense, 1977. 383 p. vol 1.

_____. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: forense, 1978. 438 p. vol 2.

VIDIGAL, Luis Eulalio de Bueno. **Do mandado de segurança**. São Paulo: 1953. 215 p.

VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. **Revista de processo**. São Paulo, n. 43, p. 142-148, julh-set, 1986.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Impossibilidade da decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação *in natura*. **Revista de processo**, São Paulo, n. 112, p. 196-212, out-dez, 2003.

WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977. 585 p. vol. 1.

_____, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Tomás A.

Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977b. 537 p. vol. 2.

WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. rev., atualizada. e ampl. Rio de Janeiro : Forense Unversitária, 2000. 1012 p.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo : Atlas, 1998. 202 p.

_____. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. 163 p.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile**: introduzione e parte generale. 4. ed. Aggiornata anche con la più' recente giurisprudenza. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, p. 1946. 443 p. vol 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2000. 260 p.

_____. Antecipação da tutela e obrigação de fazer e de não fazer. In : WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 462-482.

SUMÁRIO

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>INTRODUÇÃO.....</u> | <u>5</u> |
| <u>2</u> | <u>DIREITO PROCESSUAL CIVIL SINCRÉTICO, AUTONOMISTA E INSTRUMENTALISTA: MUDANÇAS DE PARADIGMAS</u> | <u>7</u> |
| 2.1 | O DESENVOLVIMENTO DAS ESCOLAS PROCESSUAIS E O AFASTAMENTO DO DIREITO E PROCESSO..... | 7 |
| 2.2 | O DESENVOLVIMENTO DAS ESCOLAS PROCESSUAIS E O AFASTAMENTO DO DIREITO E PROCESSO..... | 10 |
| 2.2.1 | AS TEORIAS DA JURISDIÇÃO E O AFASTAMENTO DO DIREITO MATERIAL: DUALIDADE DE PENSAMENTOS ENTRE A SUBSTITUTIVIDADE E A JUSTA COMPOSIÇÃO DA LIDE | 10 |
| 2.2.2 | O DEVIDO PROCESSO LEGAL FORMAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL: POSSIBILIDADE DE REAPROXIMAR O PROCESSO CIVIL DO PLANO SOCIAL | 16 |
| 2.3 | NOVOS RUMOS AO ESTUDO DO PROCESSO CIVIL: INSTRUMENTALIDADE, DIREITO SUBSTANCIAL E MOMENTO CIENTÍFICO OPORTUNO AO ESTUDO DA TUTELA PREVENTIVA (CONCLUSÃO PARCIAL DO CAPÍTULO)..... | 22 |
| <u>3</u> | <u>JURISDIÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL: A INAFASTABILIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E O COMPROMISSO COM A JUSTIÇA.....</u> | <u>24</u> |
| 3.1 | O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS E A PRESSÃO FÁTICA PELA NECESSIDADE DE NOVAS TUTELAS..... | 24 |
| 3.2 | A NECESSIDADE DE EVITAR A REPARAÇÃO..... | 26 |
| 3.3 | O PROCESSO E O DANO MARGINAL: O PROBLEMA DO TEMPO E O PROCESSO..... | 28 |
| 3.4 | A TUTELA REPARATÓRIA E A TUTELA PREVENTIVA DO ILÍCITO (TUTELA INIBITÓRIA): DIFERENÇAS QUALITATIVAS | 34 |
| <u>4</u> | <u>PROCESSO CLÁSSICO E PROCESSO MODERNO: DA REPARAÇÃO À PREVENÇÃO</u> | <u>39</u> |
| 4.1 | PROCESSO, PROCEDIMENTO E TUTELA JURISDICIONAL | 39 |
| 4.1.1 | O PROCESSO | 39 |
| 4.1.2 | O PROCEDIMENTO | 40 |
| 4.1.3 | A TUTELA JURISDICIONAL..... | 40 |
| 4.2 | CRISES JURÍDICAS DE CERTEZA, DE SITUAÇÃO E DE ADIMPLEMENTO | 42 |
| 4.3 | FUNDAMENTO LEGAL DA PREVENÇÃO: A OBRIGAÇÃO, O DEVER JURÍDICO E A NECESSIDADE SISTEMÁTICA DO TERMO “CRISE JURÍDICA DE COOPERAÇÃO” | 43 |
| 4.4 | O DANO E O ILÍCITO..... | 48 |
| 4.5 | PREVENIR O ILÍCITO E REPARAR O ILÍCITO: A TUTELA PREVENTIVA PURA, A REMOÇÃO DO ILÍCITO E A MERA REPARAÇÃO DOS DANOS..... | 51 |
| 4.5.1 | A TUTELA PREVENTIVA CONTRA O ILÍCITO, PREVENTIVA DA REPETIÇÃO DO ILÍCITO, TUTELA DA REMOÇÃO DO ILÍCITO E TUTELA ESPECÍFICA REPARATÓRIA..... | 52 |
| 4.6 | CONCLUSÃO PARCIAL..... | 61 |
| <u>5</u> | <u>TUTELA PREVENTIVA CONTRA O ILÍCITO (TUTELA INIBITÓRIA).....</u> | <u>63</u> |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 5.1 | ADVENTO DA TUTELA PREVENTIVA NO ATUAL PROCESSO CIVIL | 63 |
| 5.1.1 | IMPOSSIBILIDADE DE O ART. 287 DO CPC, NA REDAÇÃO ORIGINÁRIA, CONFIGURAR MECANISMO DE PREVENÇÃO E A INEXISTÊNCIA DE MECANISMO GENÉRICO DE TUTELA PREVENTIVA.. | 66 |
| 5.2 | SITUAÇÕES JURÍDICAS FAVORECIDAS PELA TUTELA PREVENTIVA | 68 |
| 5.2.1 | DIREITO AMBIENTAL..... | 68 |
| 5.2.2 | DIREITO DO CONSUMIDOR..... | 69 |
| 5.2.3 | DIREITO ELEITORAL | 71 |
| 5.2.4 | INTERDITO PROIBITÓRIO | 72 |
| 5.2.5 | NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA | 73 |
| 5.2.6 | O DANO MORAL, A IMAGEM E PRIVACIDADE..... | 74 |
| 5.3 | BREVE ANÁLISE DA TUTELA PREVENTIVA NO DIREITO COMPARADO..... | 74 |
| 5.3.1 | TUTELA INIBITÓRIA NO SISTEMA ITALIANO..... | 75 |
| 5.4 | TUTELA PREVENTIVA, TUTELA ESPECÍFICA E RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE | 79 |
| 5.5 | TUTELA PREVENTIVA E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA | 83 |
| 5.5.1 | REQUISITOS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NOS PROCESSOS PREVENTIVOS..... | 84 |
| 5.6 | TUTELA PREVENTIVA E TUTELA CAUTELAR..... | 87 |
| 5.7 | TUTELA PREVENTIVA E CONDENAÇÃO PARA O FUTURO..... | 90 |
| 5.8 | TUTELA INIBITÓRIA E AÇÃO DECLARATÓRIA PREVENTIVA | 91 |

6 TÉCNICAS MANDAMENTAIS E EXECUTIVAS LATO SENSU E A PREVENÇÃO DO ILÍCITO.....97

| | | |
|------------|--|------------|
| 6.1 | INTRODUÇÃO À NECESSIDADE SISTEMÁTICA DO CAPÍTULO | 97 |
| 6.2 | TUTELAS DECLARATÓRIAS, CONSTITUTIVAS E CONDENATÓRIAS | 99 |
| 6.2.1 | A SENTENÇA MERAMENTE DECLARATÓRIA | 99 |
| 6.2.2 | A SENTENÇA CONSTITUTIVA | 100 |
| 6.2.3 | A SENTENÇA CONDENATÓRIA..... | 102 |
| 6.3 | DO PROCESSO CONDENATÓRIO EM ESPECÍFICO: A CRISE DO PROCESSO CONDENATÓRIO E DA TUTELA REPARATÓRIA EM GERAL | 104 |
| 6.4 | PENSAMENTOS EVOLUTIVOS DERIVADOS DA ANÁLISE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA | 106 |
| 6.4.1 | A SENTENÇA MANDAMENTAL | 106 |
| 6.4.2 | A SENTENÇA EXECUTIVA | 112 |
| 6.4.3 | RELEITURA DA TEORIA QUINÁRIA DE PONTES DE MIRANDA..... | 113 |
| 6.5 | CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À CLASSIFICAÇÃO QUINÁRIA DAS SENTENÇAS..... | 117 |
| 6.5.1 | A IDENTIFICAÇÃO DOS CONCEITOS DAS SENTENÇAS | 118 |
| 6.5.2 | ANÁLISE DO CRITÉRIO FORMAL (PROCESSUAL) DE CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS | 119 |
| 6.5.3 | ANÁLISE DO CRITÉRIO SUBSTANCIAL (MATERIAL) DE CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS | 121 |
| 6.5.4 | ANÁLISE ESTRUTURAL DAS SENTENÇAS CONDENATÓRIA, MANDAMENTAL E EXECUTIVA | 122 |
| 6.5.5 | NECESSIDADE DE MANTER UM CONCEITO RESTRITO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA | 125 |
| 6.5.6 | TENDÊNCIA DE RETORNO À CLASSIFICAÇÃO TERNÁRIA | 127 |
| 6.6 | A TUTELA PREVENTIVA E A CARACTERIZAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PREVENTIVA | 129 |

7 A TUTELA PREVENTIVA E OS MEIOS EXECUTIVOS DIRETOS E INDIRETOS.....133

| | | |
|------------|--|------------|
| 7.1 | MEIOS EXECUTIVOS TÍPICOS E ATÍPICOS | 133 |
| 7.2 | TUTELA PREVENTIVA E COERÇÃO | 135 |
| 7.2.1 | BREVE NOTÍCIA DE DIREITO COMPARADO | 135 |
| 7.2.2 | COERÇÃO NO SISTEMA VIGENTE | 136 |
| 7.2.3 | MULTA PROCESSUAL | 137 |
| 7.3 | TUTELA PREVENTIVA E SUB-ROGAÇÃO..... | 140 |

| | |
|--|------------|
| 7.3.1 O PROBLEMA DA SUB-ROGAÇÃO REALIZADA POR TERCEIRO MEDIANTE CONCORRÊNCIA PÚBLICA..... | 141 |
| 7.4 TUTELA PREVENTIVA NOS DEVERES JURÍDICOS DE FAZER E NÃO FAZER | 144 |
| 7.4.1 FAZER E NÃO FAZER: FUNGÍVEIS E INFUNGÍVEIS. ASPECTOS GERAIS DA TUTELA PREVENTIVA POSITIVA E NEGATIVA | 144 |
| 7.5 TUTELA PREVENTIVA E QUESTÕES ESPECÍFICAS DOS ATOS DE FAZER E NÃO FAZER | 148 |
| 7.5.1 A ATUAÇÃO CONTRA PESSOA JURÍDICA..... | 148 |
| 7.5.2 OS DEVERES JURÍDICOS DE NÃO FAZER E SUA COTA DE FUNGIBILIDADE | 151 |

8 JURISDIÇÃO, DEVIDO PROCESSO LEGAL E TUTELAS PREVENTIVAS: LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL.....156

| | |
|---|------------|
| 8.1 TENDÊNCIA DO PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS E A NECESSIDADE DE MANTER A SEGURANÇA JURÍDICA DOS JULGAMENTOS | 156 |
| 8.2 A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA DO PEDIDO COM SENTENÇA | 159 |
| 8.3 A PRISÃO CIVIL COMO SUPORTE DA TUTELA JURISDICIONAL | 165 |
| 8.4 A PRISÃO PENAL COMO SUPORTE DA TUTELA JURISDICIONAL | 168 |
| 8.5 PRINCÍPIO DA MENOR RESTRIÇÃO E PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE | 169 |
| 8.6 O PROBLEMA DA ANÁLISE DAS PROVAS NO ÂMBITO DA TUTELA PREVENTIVA 171 | |
| 8.7 EFETIVIDADE E SEGURANÇA: ISONOMIA ENTRE AS PARTES | 174 |
| 8.8 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO | 176 |

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....178

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....180