PAULA FERRARESI SANTOS

**TUTELA INIBITÓRIA
NO PROCESSO COLETIVO**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo,
área de Direito Processual, com o objetivo
de obter aprovação em nível de Mestrado.

Orientadora: Professora Doutora Susana
Henriques da Costa

**Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
São Paulo
2014**

Banca Examinadora:

Professora Doutora Susana Henriques da Costa

Aos meus pais, pelo apoio e carinho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Susana Henriques da Costa, pela oportunidade e excelente orientação na realização da presente dissertação de mestrado.

Agradeço também ao Professor Associado Ricardo de Barros Leonel e Professor Doutor Heitor Vitor Mendonça Sica, que participaram da minha banca de qualificação, pelas valiosas sugestões e críticas ao trabalho, que certamente o enriqueceram.

Agradeço também à minha família e a meus amigos, os quais sempre acreditaram em mim e deram todo apoio e paciência necessários, sem os quais não teria sido possível concluir esta dissertação.

Por fim, agradeço também aos funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, que também contribuíram para a realização e conclusão desse trabalho.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado visa estudar a tutela inibitória aplicada na defesa dos direitos transindividuais. Para tanto, parte-se de um estudo sobre as novas tendências da responsabilidade civil, nas quais há a aplicação do princípio da precaução como forma de prevenção de danos e atos ilícitos. Após, procura-se delinear as principais características da tutela inibitória nos processos coletivos, por meio de uma análise da técnica processual, a fim de se verificar se ela adquire alguma peculiaridade em relação à tutela inibitória, bem como como pode ser aplicada a esta espécie de tutela jurisdicional. Por fim, estudam-se mecanismos de efetivação da tutela inibitória coletiva, em um estudo comparado com as *injunctions* do sistema norte-americano, instituto análogo à tutela inibitória, visando conferir ao processo maior efetividade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Tutela jurisdicional. Tutela inibitória. Processos coletivos. Efetividade do processo.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to study prohibitory injunctions applied in the defence of transindividual rights. The starting point for this work is the study of new trends of civil responsibility where there is an application of the precautionary principle in order to prevent damage and unlawful acts. Thereafter, the aim is to outline the main characteristics of prohibitory injunctions in collective processes through an analysis of procedural techniques. Thereby, any changes in the prohibitory injunction can be verified. In addition, how it can then be applied to this type of judicial protection is highlighted. Finally, the mechanisms of the effectiveness of collective prohibitory injunctions are studied through comparative work with the injunctions of the North American system with the aim of checking the most effective of processes.

Key Words: Civil responsibility. Judicial protection. Prohibitory injunction. Collective processes. Process effectiveness.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO II - TUTELA INIBITÓRIA	10
2.1 Fundamentos para a tutela inibitória.....	10
2.1.1 Fundamentos de direito material para a concepção da tutela inibitória.....	13
2.1.1.1 Breve análise da evolução da responsabilidade civil.....	13
2.1.1.2 A possibilidade de ilícito sem dano	18
2.1.1.3 Conceito do princípio da precaução.....	20
2.1.1.4 Princípio da precaução e sua aplicação aos direitos transindividuais.....	23
2.1.1.5 Prescindibilidade do dano e da culpa.....	26
2.1.2 Fundamentos de direito processual para a tutela inibitória.....	28
2.1.3 Necessidade de readequação da tutela jurisdicional	31
2.2 Conceito de tutela inibitória.....	35
2.3 Características da tutela inibitória.....	42
2.3.1 A prevenção do ilícito.....	42
2.3.2 Âmbito de cognição do juiz	43
2.3.3 A prova na tutela inibitória	52
2.4 Diferenças e semelhanças entre a tutela inibitória e as demais formas tutelas jurisdicionais	60
2.4.1 Tutela inibitória e tutela reparatória.....	60
2.4.2 A tutela inibitória e a tutela mandamental	63
2.4.3 A tutela inibitória e a tutela cautelar	65
2.5 A tutela inibitória e as injunções do direito norte-americano	68
2.6 Conclusões parciais.....	75
CAPÍTULO III - TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA E A TÉCNICA PROCESSUAL.....	78
3.1 Dicotomia entre processos coletivos e processos individuais	78
3.1.1 Conceito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	78
3.1.2 Técnica processual – considerações	82

3.1.3 Confronto entre os modelos de processo individual e coletivo – a tutela inibitória coletiva.....	83
3.2 Técnica processual e tutela inibitória coletiva.....	88
3.2.1 Possibilidade de antecipação de tutela.....	88
3.2.1.1 Breves considerações sobre a antecipação de tutela.....	88
3.2.1.2 Requisitos para a tutela antecipada inibitória.....	91
3.2.1.3 A irreversibilidade da tutela antecipada inibitória.....	98
3.2.1.4 A tutela inibitória antecipada e o princípio da correlação da demanda.....	101
3.2.2 Flexibilização da demanda.....	103
3.2.2.1 As teorias da individualização e da substanciação.....	103
3.2.2.2 Conceito de fato e direito supervenientes.....	106
3.2.2.3 A adequação da estabilização da demanda na tutela inibitória coletiva.....	109
3.2.2.4 O caráter fungível da tutela inibitória.....	116
3.2.3 Limites da coisa julgada material.....	118
3.2.3.1 Breves considerações sobre a coisa julgada.....	118
3.2.3.2 Os limites subjetivos da coisa julgada na tutela inibitória coletiva.....	120
3.2.3.3 Os limites objetivos da coisa julgada na tutela inibitória coletiva.....	124
CAPÍTULO IV - EFETIVAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA.....	130
4.1 Breves considerações teóricas acerca da efetivação da tutela inibitória.....	130
4.2 O mecanismo do contempt of court.....	135
4.3 Instrumentos da tutela inibitória no direito brasileiro.....	140
4.3.1 Multa.....	142
4.3.1.1 Considerações iniciais.....	142
4.3.1.2 Critérios para fixação do valor da multa.....	143
4.3.1.3 Momento de exigência da multa.....	146
4.3.1.4 Exigência da multa no caso de pessoa jurídica.....	148
4.3.1.5 A multa prevista no artigo 14, inciso V, do Código de Processo Civil.....	151
4.3.2 Prisão.....	153
4.3.3 Outras medidas na prestação da tutela inibitória.....	158
4.4 Considerações finais acerca da efetivação da tutela inibitória coletiva.....	161
CAPÍTULO V - CONCLUSÕES.....	165
REFERÊNCIAS.....	167

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO

Com o surgimento da sociedade de massa, novos problemas e novos direitos vêm aparecendo, sem que tenha havido uma correspondente resposta adequada do direito processual. Assim, ao longo do século XX, verificou-se o surgimento dos direitos transindividuais.

Tais direitos possuem peculiaridades e princípios próprios, os quais justificam um tratamento diferenciado em relação aos direitos individuais. Considerando que o direito processual é um instrumento para a concreção dos direitos materiais, verifica-se que, havendo a existência de um direito material peculiar, o qual necessita de tratamento diferenciado, deverá o direito processual adotar mecanismos e instrumentos aptos a satisfazer a exigência vinda do direito material. Afinal, o fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele deva ser neutro às variadas situações de direito substancial¹.

Tomando por bases essas premissas, faz-se necessário o estudo da tutela inibitória, cuja finalidade, no campo dos processos coletivos, é de conceder um instrumento processual apto a proteger situações específicas, quais sejam, aquelas em que, mediante a aplicação do princípio da precaução, verifica-se que há um risco de conduta ilícita, ensejando a veiculação de uma tutela jurisdicional sem que tenham ocorrido o ilícito e dano propriamente ditos.

O processo é instrumento, que somente se legitima em função dos fins a que se destina². A efetividade do sistema processual é medida em função de sua utilidade para o direito material, uma vez que pouco importa ter uma ciência processual perfeita, se ela

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 14ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

não é apta para atingir os resultados esperados³. É preciso que a concepção de uma tutela inibitória seja tratada por meio de uma perspectiva instrumentalista, a fim de que o processo possa atingir seus escopos jurídico, social e político no âmbito dos direitos transindividuais.

Com base nessas premissas, pretende-se desenvolver nesta dissertação de mestrado as bases para a adoção de uma tutela inibitória atípica no âmbito dos direitos transindividuais, bem como analisar se a sua aplicação ganha contornos e aspectos próprios, em razão da peculiaridade do direito material envolvido.

Para tanto, procurar-se-á, primeiramente, desenvolver os aspectos básicos da tutela inibitória, por meio de uma breve análise das novas tendências da responsabilidade civil, as quais, no campo dos direitos transindividuais, ganham mais força e importância. Após, serão tecidos alguns aspectos que diferenciam e assemelham a tutela inibitória de outras formas de tutela jurisdicional já previstas no ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro.

Após, considerando os conceitos de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, procurar-se-á elaborar os limites da tutela inibitória, verificando, ainda, se essa espécie de tutela jurisdicional possui peculiaridades no que se refere aos direitos transindividuais, a fim de se justificar o seu estudo e tratamento diferenciado em relação a outras formas de tutela jurisdicional, principalmente quanto aos processos que envolvam direitos individuais.

Por fim, serão analisados quais os mecanismos disponíveis para a sua efetivação, com vistas a fazer cumprir as ordens judiciais emanadas em sede de tutela inibitória coletiva.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

CAPÍTULO II - TUTELA INIBITÓRIA

2.1 Fundamentos para a tutela inibitória

Antes de adentrar o conceito de tutela inibitória, faz-se necessário contextualizar a discussão e analisar quais os problemas e espécies de conflitos que levaram à necessidade do desenvolvimento das tutelas preventivas, dentre as quais, a tutela inibitória.

Tendo em vista o surgimento da sociedade de massa e a adoção de um Estado intervencionista, houve o aparecimento de novos direitos⁴. Esses direitos, entre os quais se encontram os direitos transindividuais, nem sempre possuem repercussão pecuniária. A reparação, embora ainda importante nesse campo, não é suficiente para proteger, efetivamente, os bens jurídicos envolvidos, pois, em alguns casos, não é possível reestabelecer o *status quo ante*, o que torna eventual compensação ou indenização inócua⁵.

Cite-se como exemplo o direito ambiental. Alguns danos ambientais, como a poluição de lençóis freáticos ou a devastação de uma floresta, não são, na maior parte dos casos, suscetíveis à reparação, não sendo possível retornar à situação que se encontravam antes do cometimento do ato ilícito. Nesses casos, a tutela reparatória, ainda que na sua modalidade específica, por meio de despoluição da água ou reflorestamento, não é apta a proteger efetivamente o bem jurídico, qual seja, o direito ao meio ambiente, pois, em alguns casos, os danos cometidos são de tal amplitude e gravidade que não se consegue reverter a situação.

Também não se mostra possível, nesses casos, a reparação pecuniária. Embora seja esta reparação a última solução no direito ambiental, ela não se mostra adequada na maioria dos casos. Isso porque o pagamento de determinada quantia em

⁴ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 75.

⁵ Nesse mesmo sentido, SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 15.

dinheiro não devolverá à sociedade aquele bem que foi lesado, não tendo a aptidão, pois, para reparar o dano causado, uma vez que o bem, em razão da sua natureza, não é passível de quantificação pecuniária.

O surgimento desses novos direitos supracitados repercute, também, no âmbito do processo civil, o qual tem sofrido, principalmente nas últimas décadas, uma crise de efetividade⁶. Por processo efetivo deve-se entender como aquele consistente em ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica⁷, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais⁸.

Ocorre que o processo não tem atingido a sua finalidade, não propiciando aos indivíduos tutela jurisdicional adequada que proteja os interesses trazidos ao conhecimento do Poder Judiciário. Isso porque alguns interesses, em razão da sua natureza, necessitam de uma atuação preventiva, antes da realização do ato ilícito e do dano. No entanto, o modelo tradicional de processo civil ainda é baseado na atuação após a ocorrência do ato ilícito e do dano, não havendo uma atuação propriamente preventiva na maior parte dos casos.

Como exemplo, pode-se citar o direito do consumidor. A demora do Poder Judiciário em dar uma solução definitiva para o caso concreto, bem como o fato de que o direito consumidor, dependendo da lesão a ser tutelada, nem sempre poderá ser tutelado adequadamente pela tutela reparatória, pois não é passível de quantificação pecuniária, e

⁶ Como bem ressalta Lopes, o modelo novecentista de justiça (também chamado de modelo liberal) teve seu ápice na codificação do direito civil, em 1916. O modelo pressupunha que cada indivíduo, atuando livremente no seu próprio interesse, era portador de vontade e razão, capaz de julgar o que fazer. A soma de tais juízos levaria ao bem comum. No entanto, o modelo novecentista de justiça se tornou incapaz de promover o seu ideal. Isso se deu em razão do crescimento das desigualdades e da incapacidade de conhecer o todo necessário ao julgamento. Em razão disso, Lopes afirma que o modelo perdeu a legitimidade do regime privatista como fundamento de justiça social, motivo pelo qual conclui que houve um esgotamento do modelo novecentista de justiça adotado, pois este tem se mostrado inapto a dar uma resposta adequada aos problemas trazidos pela sociedade. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, pp. 123 e ss).

⁷ Conforme Dinamarco, o processo possui três escopos: jurídico, consistente na atuação da vontade concreta do direito; social, pacificação e educação para o exercício dos próprios direitos e político, que consiste na preservação do valor de liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado, bem como a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste. Ainda, a pacificação pode ser considerada não só como um escopo social, mas o escopo magno da jurisdição. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 26).

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 14ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

nem sempre é possível o retorno ao *status quo ante*, demonstra que a adoção da tutela jurisdicional reparatória não é suficiente para proteger o bem jurídico. Faz-se necessária a adoção de uma tutela jurisdicional inibitória, de cunho preventivo, a fim de que o processo cumpra com a sua finalidade. A manutenção da adoção da tutela reparatória para esses casos implica a inefetividade do processo, uma vez que, na maioria das vezes, não é a técnica processual adequada para proteger os bens jurídicos envolvidos.

Em razão da inadequação do modelo de processo civil, baseado principalmente na adoção da tutela reparatória⁹, há necessidade de se promover uma alteração de toda a sistemática de tutelas, a fim de se permitir que a sociedade e os seus indivíduos protejam seus interesses contra possíveis atos ilícitos¹⁰. Esta proteção deverá ser dada, de forma prioritária, pela tutela inibitória, por meio da prevenção da ocorrência do ilícito, impedindo que haja a concretização, no futuro, do ato ilícito e do dano.

Feita esta breve contextualização histórica, faz-se necessário, antes de analisar os aspectos processuais da tutela inibitória, estudar os fundamentos do direito material que justificam a necessidade de se pensar em uma tutela inibitória no âmbito dos direitos transindividuais.

Isso porque o direito processual não é um fim em si mesmo, mas sim meio para o direito material. O processo, a fim de cumprir com a sua função sócio-político-jurídica, deverá ser instrumento a serviço do direito material, tendo como finalidade última a sua realização. O processo deverá ser instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social¹¹, sendo que a sua legitimidade reside na eliminação da crise de direito material¹². Embora o direito processual seja autônomo em relação ao direito material, a relação entre ambos não poderá ser ignorada, sob pena de comprometimento da efetividade do processo e do atingimento dos seus escopos.

⁹ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 80.

¹⁰ Cumpre ressaltar a observação feita por Arenhart, no sentido de que os direitos coletivos não surgiram somente com evolução da sociedade, uma vez que é possível encontrar suas origens em tempo remoto. No entanto, o tratamento desses interesses de forma coletiva, bem como a sua tutela de maneira molecular surgiu com o desenvolvimento social (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 141).

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40.

¹² *Idem, ibidem*, p. 61.

Em razão disso, a fim de possibilitar uma maior compreensão do tema objeto da presente dissertação de mestrado, serão analisados os fundamentos de direito material que servem como base para a tutela inibitória. Dentre esses fundamentos, encontra-se o princípio da precaução, o qual, por meio de atuação preventiva, impõe deveres aos sujeitos, deveres esses que, caso haja a ameaça de serem descumpridos, deverão ser protegidos por meio da tutela inibitória.

Para tanto, é preciso fazer um breve histórico da responsabilidade civil, a fim de se compreender em que contexto o princípio da precaução surgiu como fundamento do direito material para a tutela inibitória.

2.1.1 Fundamentos de direito material para a concepção da tutela inibitória

2.1.1.1 Breve análise da evolução da responsabilidade civil

Antes de adentrar os aspectos processuais da tutela inibitória, é preciso fazer considerações sobre o direito material que fundamenta a utilização da tutela inibitória.

O sistema de responsabilidade civil tradicional se baseia em três pilares: culpa, dano e nexo causal.

Para que possa haver a responsabilização de alguém, pelo sistema tradicional, é precisa a demonstração desses três elementos. Em razão disso, alguns autores denominam a culpa e o nexo causal como filtros da responsabilidade civil ou filtros da reparação, por funcionarem exatamente como óbices capazes de promover a seleção de quais situações haverá o ressarcimento¹³.

¹³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 11.

Inicialmente¹⁴, a responsabilidade civil se baseava, praticamente, no conceito de dano. Aponta-se, dessa forma, que a função primeira da responsabilidade civil é a reparação *in natura*¹⁵.

Esse conceito evoluiu e se consolidou na doutrina civilista, sendo que se passou a conceber, como bem esclarece Lopez¹⁶, um verdadeiro Direito de danos, em que a reparação pecuniária passou a ser a principal forma de responsabilização civil.

Outro conceito também importante da doutrina tradicional da responsabilidade civil é a culpa¹⁷. A culpa, invocada para fins de reparação civil, tem finalidade moral, uma vez que se relaciona com o ilegítimo exercício da liberdade individual¹⁸. A clássica fórmula de negligência, imprudência e imperícia, utilizada como forma de definir a culpa, revela o caráter moral e psicológico dessa noção¹⁹.

No entanto, essa concepção psicológica e moral da culpa, embora tenha contribuído para a construção do sistema clássico de responsabilidade civil, por outro lado conduziu, gradativamente, a um obstáculo para a reparação dos danos²⁰, uma vez que nem sempre é possível demonstrar a existência de culpa do sujeito para fins de responsabilização.

Conforme observa Gonçalves²¹, o desenvolvimento industrial e a multiplicação de danos ocasionaram o surgimento de novas teorias da responsabilidade civil, como forma de aumentar a proteção às vítimas. Passou-se a adotar a teoria do risco

¹⁴ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, ver DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 17 e ss.

¹⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, ano 80, v. 667, p. 8, mai. 1991.

¹⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 60 e ss.

¹⁷ Como bem ressalta Gonçalves, nos primórdios da humanidade não se cogitava a culpa. O dano provocava uma reação imediata, que era a vingança. Com o tempo, passou-se para o período de composição, em que a vítima passa a perceber a vantagem da substituição da vingança pela compensação financeira. Após, inseriu-se o conceito de culpa como forma de caracterização da responsabilidade civil (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 36-37).

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13. Ressalta o autor que a culpa, inicialmente, tinha um caráter mais objetivo. No entanto, com a difusão da ideologia cristã, a culpa ganhou conotação ética e moral, ligada ao livre-arbítrio (*Idem, ibidem*. p. 14).

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 15.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 16.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

que, sem substituir a teoria da culpa, abarcou diversas situações em que a teoria tradicional de responsabilidade civil não era capaz de resolver²². Pode-se afirmar que a responsabilidade civil objetiva (responsabilidade sem culpa) se funda em um princípio de equidade, ou seja, aquele que lucra com uma situação deverá responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes²³.

Observa-se, ainda, que a adoção das teorias da responsabilidade civil objetiva implicou uma erosão dos filtros tradicionais da reparação, principalmente a relativa perda de importância da culpa, pois esta deixou de ser relevante a fim de se imputar a responsabilidade a alguém²⁴.

Como exemplo, pode-se citar as situações relativas a vítima de acidente de trabalho. Caso fosse tratada somente pela teoria tradicional de responsabilidade civil, nem sempre teria a vítima direito à indenização, uma vez que ela deveria demonstrar a existência de culpa por parte do dono da indústria no dano a ela causado. No entanto, em razão da adoção da teoria do risco, a responsabilidade civil ganhou um aspecto objetivo: a vítima terá direito à indenização, independentemente de culpa por parte do dono da fábrica ou não²⁵. O dono indeniza, não porque tenha culpa, mas sim porque é dono da fábrica²⁶.

No entanto, a existência das responsabilidades subjetiva e objetiva, por si só, não são suficientes para tutelar adequadamente todas as situações. Isso porque tanto a

²² Nesse mesmo sentido, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 11-12.

²⁵ Cumpre ressaltar que a culpa ainda detém um grande papel na responsabilidade civil. No entanto, atualmente, tem cedido lugar para outras figuras, tais como a responsabilidade objetiva, ampliando, assim, o fluxo de situações passíveis de indenização. Há, assim, uma erosão desse filtro da responsabilidade civil. (SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, ano 6, n. 22, p. 51, abr/jun. 2005).

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38. Cumpre ressaltar, no entanto, que a responsabilidade objetiva não se funda somente no risco. Ela poderá ter outros fundamentos que não o risco criado por pessoas e empresas no meio social, como, por exemplo, a responsabilidade dos pais pelos filhos menores (responsabilidade civil pelo fato de terceiros). Neste caso, a responsabilidade não se funda no risco criado, mas sim na presunção de responsabilidade dos pais que não agiram com diligência. A responsabilidade é objetiva porque a lei determinou, podendo ter outros fundamentos que não o risco criado (LOPEZ, Teresa Ancona. *Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 677).

responsabilidade subjetiva quanto a objetiva, a princípio, se baseiam na ocorrência do dano para a sua aplicação.

Ocorre que há direitos, como por exemplo os direitos transindividuais, tais como o direito do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, entre outros, em que se faz necessária a atuação preventiva da responsabilidade civil, a fim de evitar a ocorrência do próprio dano. Em razão dos bens envolvidos, não se pode esperar a ocorrência do dano para que haja a responsabilidade do sujeito, em razão da impossibilidade de retorno ao *status quo ante* ou de quantificação pecuniária. Observa-se que tem havido uma erosão dos conceitos tradicionais da responsabilidade civil²⁷, uma vez que estes conceitos não têm sido suficientes para amparar as novas situações surgidas em decorrência da sociedade de massa.

Em razão disso, ainda como parte da evolução da responsabilidade civil, pode-se entender que os princípios da precaução e prevenção, os quais serão melhor analisados nos próximos itens desta dissertação de mestrado, também estão integrados na responsabilidade civil, embora tenham função antecipatória e não reparatória de danos²⁸.

A fim de que viabilizar a integração dos princípios da precaução e prevenção na responsabilidade civil, cada vez mais tem se trabalhado com as ideias de funções da responsabilidade civil. Nesse sentido, aponta-se que as suas principais funções são a reparação e prevenção de danos²⁹, sendo que, quanto à última função, ganha-se destaque a aplicação, nesse campo do direito material, do princípio da precaução, o qual também serve como fundamento para a tutela inibitória.

Alguns autores entendem que o princípio da precaução, justamente por não se referir a um dano, estaria fora do âmbito da responsabilidade civil. Nesse sentido,

²⁷ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, ano 6, n. 22, p. 47, abr/jun. 2005.

²⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 119 e PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3979, nov/dez. 2004.

²⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 75.

Schreiber³⁰ entende que a precaução e a prevenção são dois instrumentos diversos da responsabilidade civil, uma vez que visam a prevenção da ocorrência do dano, consistindo em formas de administração do risco.

Em que pese o entendimento do autor, os princípios da precaução e da prevenção deverão ser incluídos dentro da responsabilidade civil. Isso porque a responsabilidade civil não se restringe somente aos casos em que haverá danos. É totalmente possível, conforme será melhor explanado a seguir³¹, a responsabilidade civil do ato ilícito sem o dano.

Ainda, conforme assevera Lopez³², nas condenações por perdas e danos, há a preeminência da função reparadora, mas há também o objetivo de pena privada ou sanção, bem como a função preventiva, que visa impedir a realização de um dano que ameaça se produzir. A responsabilidade civil tem, pois, como principais funções a reparação e a prevenção, não se resumindo ao ressarcimento dos danos, mas visando também a precaução e prevenção de eventos danosos.

Com base nas funções exercidas pela responsabilidade civil, conclui Lopez³³ que atualmente se admite a responsabilidade civil sem dano, a qual surgiu dos princípios da prevenção e da precaução com a finalidade de dar maior segurança a todos os cidadãos.

Logo, deverão ambos os princípios serem incluídos dentro da responsabilidade civil, pois esta não se funda somente na ocorrência do dano, mas possui também função preventiva.

Feita essa breve análise acerca da evolução da responsabilidade civil, pode-se concluir que, atualmente, há duas grandes tendências dentro desse campo, como forma de ampliar o âmbito de proteção às vítimas e decorrentes, principalmente, da aplicação do

³⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 226-227.

³¹ Vide item 2.1.1.2.

³² LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 75-76.

³³ *Idem, ibidem*, p. 139.

princípio da precaução: a possibilidade de ilícito sem dano e a prescindibilidade da culpa, os quais serão melhor analisados a seguir.

2.1.1.2 A possibilidade de ilícito sem dano

Em razão da erosão dos conceitos tradicionais da responsabilidade civil, a doutrina civilista mais moderna tem adotado a ideia de ilícito sem dano³⁴. A essência do ilícito, ou seja, a sua antijuridicidade, não está no dano ou na culpa, mas sim na violação da lei³⁵. O ilícito consiste no ato em si, contrário a uma proibição legal, sem precisar da produção do dano para a sua configuração³⁶.

O ato ilícito, que serve como fundamento para a tutela inibitória, é o ato antijurídico, consistente em um comportamento contrário ao direito, que viola uma vedação legal, sem que haja a necessidade da ocorrência de dano ou que seja praticado com dolo ou culpa³⁷. O dano pode ser efeito do ato ilegal, mas não é um dos seus elementos constitutivos, uma vez que consiste em consequência eventual, e não necessária, do ato ilícito³⁸.

Nesse sentido, Rapisarda³⁹ ressalta que na Itália a doutrina civilista moderna distingue o ato ilícito do fato danoso, reconhecendo que o ilícito, para que ocorra, não precisa necessariamente do dano. O ilícito se configura como ato contrário a uma obrigação legal, independentemente do dano ou da culpa.

³⁴ Esse posicionamento, no entanto, ainda encontra resistência na jurisprudência. Em pesquisa realizada, constatou-se que a jurisprudência ainda não realizou a dissociação entre a responsabilidade civil e o dano, reconhecendo que somente se poderá falar em responsabilidade civil caso haja dano, tal como se observa dos seguintes julgados: TJSP AP 22.640.4-6, Rel. Des. Ruiter Oliver, 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 10/02/1998; TJAL – AgIn 2011.008068-6, Rel. Des. Tutmes Airan de Albuquerque Melo, 2ª Câmara Cível, julgado em 04/06/2012.

³⁵ PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fato illecito, inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998, p. 8.

³⁶ PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fato illecito, inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998, p. 119 e BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 616, lug/ago. 2004.

³⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 57. Esclarece o autor que o dano é, muitas vezes, um sintoma sensível do ato ilícito, pois ele demonstra a violação do direito. No entanto, o dano não é elemento necessário para a caracterização do ato ilícito (*Idem, ibidem*, p. 58).

³⁹ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, pp. 108-109. Nesse sentido, também, BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 616, lug/ago. 2004 e PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fato illecito, inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998, p. 119.

Ainda segundo Rapisarda⁴⁰, a consequência da distinção entre ato ilícito e fato danoso indica a existência, no ordenamento jurídico italiano, de uma forma atípica de antijuridicidade, antecedente à verificação do evento danoso e que, portanto, constitui o fundamento de um princípio geral de prevenção do ilícito e do dano nas hipóteses em que haja ameaça.

No Brasil, alguns autores entendem que a separação entre ilícito e dano se encontra assentada no artigo 187 do Código Civil⁴¹, que prevê que a possibilidade de cometimento de ato ilícito sem que houvesse, necessariamente, dano a outrem⁴².

Ressalta Lopez⁴³ que, em razão da evolução da responsabilidade civil, esta não mais se resume ao ressarcimento de danos, uma vez que há danos que não são indenizáveis, tal como ocorre com os danos transindividuais. Faz-se necessário ampliar o conceito de responsabilidade civil para que haja a prevenção ou precaução de danos possíveis, graves e irreversíveis, uma vez que a ideia fundamentadora do sistema de responsabilidade civil é não causar dano a outrem. Admitir responsabilidade civil que impeça a realização de danos estará garantindo a integridade física, moral e econômica, não só dos cidadãos, mas da sociedade como um todo. Com base nessa constatação, conclui a autora que é possível a concepção de uma responsabilidade civil sem dano, baseada apenas na sua ameaça, e fundamentada nos princípios da precaução e prevenção.

Essa flexibilização do conceito de responsabilidade civil, a qual passou a ser admitida a responsabilidade sem dano, possui relevância não só acadêmica, mas também prática. Levy⁴⁴, em análise sobre a jurisprudência francesa, ressalta que essa ideia já tem

⁴⁰ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 110.

⁴¹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁴² Nesse sentido, PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3986, nov/dez. 2004; LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 669. Ressalte-se, no entanto, que essa posição não é totalmente pacífica entre os autores civilistas.

⁴³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 137-139.

⁴⁴ LEVY, Daniel de Andrade. *A reparação do dano e as funções da responsabilidade civil no século XXI*: por uma nova sistematização metodológica da disciplina. 431 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pp. 268 e ss. Como exemplo, cita o autor o caso das

aparecido em diversos julgados, momento nos quais as Cortes francesas consideraram a possibilidade de haver responsabilização do risco de dano, seja ele moral ou material. Houve, assim, a responsabilização com base somente na possível ocorrência do dano.

Ainda no mesmo estudo, Levy⁴⁵ ressalta que a própria Corte Europeia de Direitos Humanos tem flexibilizado o conceito de dano, a fim de abarcar situações apenas potenciais. Com base no princípio da precaução, a Corte Europeia tem entendido ser desnecessário esperar a absoluta prova de um dano, caso a sua prevenção fosse imediatamente possível.

Da análise acima, é possível concluir que se admite hoje que haja a responsabilidade civil sem dano, havendo uma separação entre ato ilícito e dano. O ato ilícito é o ato antijurídico, contrário ao direito, prescindindo do dano para a sua configuração. Essa distinção é relevante, pois traz para o direito processual o encargo de desenvolver uma técnica específica que combata o ilícito⁴⁶, prescindindo-se da análise da culpa e da existência do dano⁴⁷.

Nesse sentido, ganha destaque a atuação do princípio da precaução, cujo comando impõe deveres à sociedade, sendo um dos pilares da tutela inibitória⁴⁸.

2.1.1.3 Conceito do princípio da precaução

O princípio da precaução⁴⁹ atua nos casos em que há incerteza sobre os danos possíveis, destinando-se a gerir riscos ou impactos desconhecidos⁵⁰. Ele consiste na

sondas, analisado pela Corte de Apelação de Lyon, em 06.06.2006, que considerou possível a reparação de dano moral que em razão da angústia que afetou pacientes de sondas cardíacas defeituosas, mesmo sem que qualquer dano material tivesse decorrido dessas sondas (*Idem, ibidem*, p. 268).

⁴⁵ LEVY, Daniel de Andrade. *A reparação do dano e as funções da responsabilidade civil no século XXI*: por uma nova sistematização metodológica da disciplina. 431 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 270.

⁴⁶ PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3986, nov/dez. 2004.

⁴⁷ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 97 e TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 232 e ss.

⁴⁸ PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3987, nov/dez. 2004.

imposição de condutas preventivas nas hipóteses em que não há estudos científicos ou comprovação de que o dano será certo, mas há elementos que indiquem um possível dano. Em razão da incerteza do dano, a aplicação do princípio da precaução exige a adoção de medidas que evitem o dano temido e incerto⁵¹, invertendo-se, assim, a lógica da responsabilidade civil clássica, pois se exige uma medida preventiva antes da efetiva ocorrência do dano⁵².

A aplicação do referido princípio implica a necessidade da sua conformação com os problemas econômico-sociais presentes na sociedade brasileira. É preciso questionar, quando da aplicação do referido princípio, não só sobre o risco da atividade, mas também se a sociedade necessita desse risco. Isso porque, como bem explica Tessler⁵³, o afastamento do risco implica custos e acarreta alterações no desenvolvimento da atividade econômica.

⁴⁹ Ribeiro, ao analisar o conteúdo do princípio da precaução, conclui que, por se tratar de um princípio, um mandamento de otimização, poderá haver, no momento de sua aplicação, colisão com outros princípios. O confronto do princípio da precaução com os demais princípios deverá ser solucionado pelo sopesamento entre os princípios colidentes, realizando o objeto do princípio da precaução na maior medida possível. A ponderação deverá se basear na situação de fato, nos riscos criados pela situação e sua avaliação, na transparência de informações, nos limites do conhecimento humano existente na época da análise, entre outros (RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O princípio da precaução e a sua aplicação pelo poder judiciário*. 169 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, pp. 79-80).

⁵⁰ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 823.

⁵¹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 98 e ss. Cumpre ressaltar que referido princípio, no direito ambiental, foi inserido em nosso ordenamento jurídico expressamente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992:

“Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.” (Cf. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 109).

⁵² MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. *O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente*. 211 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 89. Ressalta a autora, ainda, que o princípio da precaução implicaria um dever de agir para evitar um dano grave e irreversível ao meio ambiente ou à saúde humana (*Idem, ibidem*, p. 146).

⁵³ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 111. Nesse mesmo sentido, esclarece Milaré que o princípio da precaução necessita de indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido (MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 824).

Disso resulta que o princípio da precaução precisa ser aplicado com cautela. Como bem ressalta Ribeiro⁵⁴, os danos na sociedade de risco são globalizados, não ficando circunscritos no tempo e no espaço. A aplicação do princípio da precaução repercute não só no presente, mas também no futuro, pois poderá influenciar futuras decisões e elaboração de políticas públicas, o que enseja um cuidado maior na sua aplicação, evitando-se que a sua adoção, em todo e qualquer caso, sem qualquer critério, engesse a sociedade e o progresso social e econômico.

Cumprir observar que o princípio da precaução não obsta o desenvolvimento, uma vez que é necessária a reavaliação permanente dos casos em que ele é aplicado. No entanto, conforme ressalta Ribeiro⁵⁵, sua interpretação será sempre controvertida, uma vez que é preciso saber em que grau a falta de certeza científica pode impedir que as atividades eventualmente prejudiciais devam ser controladas ou proibidas.

Ainda sobre a aplicação do princípio da precaução, é preciso ressaltar que ele tem por função, em última análise, equacionar o problema temporal. Tomando-se, por exemplo, o meio ambiente, verifica-se que os interesses envolvidos possuem caráter inviolável. A lentidão na adoção de medidas preventivas compromete seu equilíbrio, uma vez que aguardar todas as informações necessárias acerca de eventual lesividade da conduta, ou até mesmo conhecimentos específicos acerca de uma atividade, para só então viabilizar uma ação protetiva, em determinados casos poderá implicar a negação do direito à proteção⁵⁶.

Considerando o conceito acima definido, cumpre estabelecer a diferença entre precaução e prevenção. Ambos os princípios constituem medidas que visam prevenir

⁵⁴ RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O princípio da precaução e a sua aplicação pelo poder judiciário*. 169 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 56. Cumpre ressaltar que, no julgamento acerca da constitucionalidade da Lei de Biossegurança, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a referida lei era constitucional, utilizando-se, entre outros argumentos, a aplicação do princípio da precaução, o qual, embora vise proteger situações em que o risco é incerto, não pode ser utilizado como forma paralisar o desenvolvimento tecnológico ou científico (STF – ADIn 3510, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJU 28/05/2010).

⁵⁵ RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O princípio da precaução e a sua aplicação pelo poder judiciário*. 169 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 66.

⁵⁶ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 112.

danos, por meio de imposição de práticas e de condutas específicas para esse fim⁵⁷. No entanto, o princípio da precaução diz respeito a danos incertos, em que não houve, ainda, a comprovação de que determinado produto ou ação poderá provocar dano. Já o princípio da prevenção trabalha com riscos conhecidos e provados, havendo maior certeza da ocorrência do dano⁵⁸, podendo-se afirmar, com base em elementos seguros, que determinada atividade é efetivamente perigosa⁵⁹. Observa-se, portanto, que a diferença entre esses princípios consiste, basicamente, no grau de certeza do dano, atuando sempre para o futuro, por meio da imposição de deveres a fim de evitar a ocorrência do dano.

Feita a distinção entre precaução e prevenção, faz-se necessário distinguir a precaução da reparação. A reparação trata do passado, e tem por finalidade o retorno das vítimas ao *status quo ante* por meio da reparação integral. A precaução, por sua vez, trata de atitudes e condutas que procuram evitar danos, tendo-se em vista sempre o futuro. A diferença entre ambas reside, portanto, no momento de atuação: uma atua somente após a ocorrência do dano ou do ilícito, enquanto a outra tem um caráter preventivo.

Delineado os contornos de aplicação dos princípios da precaução, é preciso estudar como tem sido aplicado referidos princípios nos direitos transindividuais.

2.1.1.4 Princípio da precaução e sua aplicação aos direitos transindividuais

No campo dos direitos transindividuais, a aplicação do princípio da precaução possui maior relevância, em razão da natureza dos direitos envolvidos, sendo que esse princípio está expresso nas legislações ambientais e consumeristas.

⁵⁷ VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 63. Ressalta o autor, ainda, que a postura preventiva, especialmente no direito ambiental, não se restringe somente ao âmbito administrativo, mas também jurisdicional, por meio de concessão de medidas liminares em hipóteses em que não estejam sendo respeitadas as técnicas preventivas a evitar a degradação ambiental (*Idem, ibidem*, p. 65).

⁵⁸ Cumpre observar que, no direito ambiental, esse princípio pode ser visualizado praticamente na totalidade das normas desse ramo do direito (Cf. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 116).

⁵⁹ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 823.

Conforme já salientado anteriormente, os direitos transindividuais nem sempre podem ser reparados, uma vez que nem sempre é possível reestabelecer o *status quo ante*. Dessa forma, faz-se necessária a aplicação do princípio da precaução nesses casos, para que se possa, de forma efetiva, evitar o dano, bem como proteger os bens jurídicos envolvidos⁶⁰.

Por meio da aplicação desse princípio, cada vez mais tem ocorrido uma despatrimonialização da reparação, a qual implica a busca por meios não pecuniários de tutela, a fim de que seja, efetivamente, evitado o prejuízo⁶¹.

Conforme já ressaltado anteriormente, o princípio da precaução tem sido considerado como nova função da responsabilidade civil, permitindo que haja a flexibilização de conceitos tradicionais da responsabilidade civil. Nesse sentido, é possível se falar em responsabilidade sem dano e, por consequência, em distinção entre ilícito e dano, separando ambos os conceitos.

Por meio da aplicação do princípio da precaução, a responsabilidade civil passa a atuar não só após a ocorrência do dano, mas também a fim de evitá-lo, podendo-se falar, inclusive, em responsabilidade civil preventiva⁶². No caso dos direitos transindividuais, a aplicação do princípio da precaução deve levar em conta as peculiaridades do bem jurídico protegido e a complexidade que esses direitos trazem, não só para a seara do direito material, mas nos casos de judicialização, também para a seara do direito processual.

⁶⁰ Cumpre ressaltar que, ao estudar as funções da responsabilidade civil, aponta-se que a aplicação dos *punitive damages* (indenizações de caráter de pena privada) e a *deterrence* (dissuasão) atuam também com a função preventiva de danos. Ocorre que esses institutos atuam quando houver uma condenação, ou seja, deve haver um fato ou ato danoso anterior que, por meio da aplicação desses institutos, haveria um efeito preventivo para o futuro, desestimulando condutas possivelmente danosas de terceiros e penalizando, civilmente, o agente infrator, tendo em vista os valores e consequências das indenizações, com a finalidade de evitar a prática futura daquela conduta danosa pelo culpado e pelos demais cidadãos. Nesse sentido, LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 80 e ss e LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, vol. XLIII, n. 02, pp. 1075 e ss., 2002.

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, ano 6, n. 22, pp. 64-65, abr/jun. 2005. Em que pese referido autor ter realizado essa observação quanto aos danos morais, nada impede que essa mesma constatação seja feita no campo da responsabilização civil coletiva, a qual requer novas formas de reparação e prevenção do ilícito e dano, a fim de, efetivamente, tutelar os bens jurídicos transindividuais.

⁶² LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 139.

Como exemplo, pode-se citar o direito ambiental, cujo objeto é a tutela de um bem jurídico que integra os valores fundamentais da nossa sociedade, por meio da proteção da vida em suas várias dimensões – individual ou coletiva - bem como da proteção das próprias bases da vida. Nos casos envolvendo esses direitos, na maioria das vezes, são vários os sujeitos envolvidos, trazendo uma complexidade maior na análise da responsabilidade de cada um. Ainda, é preciso considerar que, em certas situações, há incerteza acerca dos possíveis danos ao meio ambiente, por falta de estudos e comprovação científica.

No campo da responsabilidade civil, a peculiaridade do direito ambiental justifica um tratamento diferenciado⁶³. Como bem observa Benjamin⁶⁴, no caso do meio ambiente, em razão da complexidade inerente a este ramo e os bens jurídicos envolvidos, as teorias clássicas de responsabilidade civil fogem do padrão, necessitando uma adaptação da responsabilização do degradador.

Também se observa a aplicação do princípio da precaução no direito do consumidor. Nesse campo, há uma preocupação não só com a reparação de danos, mas também com a antecipação e prevenção do ilícito e dano⁶⁵. Nesse sentido, é possível observar na legislação brasileira atual, a imposição do dever de informação, cuja desobediência leva também à responsabilidade civil. A aplicação do princípio da precaução também se faz necessária nesse caso, uma vez que há risco de futuro dano, o qual é incerto, mas, em razão da aplicação do princípio da precaução, previne-se a sua ocorrência.

A partir da análise dos exemplos acima citados, é possível concluir que, em razão da aplicação do princípio da precaução, deverá haver, necessariamente, uma flexibilização da interpretação dos institutos clássicos da responsabilidade civil, permitindo-se que haja a possibilidade de se considerar a ocorrência do ilícito sem dano. O fundamento da responsabilidade seria a ameaça do dano, não havendo, dessa forma,

⁶³ BENJAMIN, Antônio Herman V. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma: Mucchi Editore, n. 06, pp. 120 e ss., 1998.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 117. Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a aplicação do princípio da precaução no direito ambiental (STJ AgRg no Ag Resp 206.748, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 21/02/2013, Dje 27/02/2013; STJ RO 1.060.753, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 01/12/2009).

⁶⁵ GHERSI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: RT, ano 13, n. 50, pp. 230 e ss., abr/jun. 2004.

necessidade de ocorrência do dano, mas tão somente que, em razão do princípio da precaução, há uma ameaça de dano, a qual deverá ser tutelada de forma efetiva pelo direito material e, conseqüentemente, pelo direito processual.

Embora esse conceito ainda seja pouco difundido e aplicado no caso da responsabilidade civil individual, a própria legislação brasileira já consagrou esse conceito moderno de responsabilidade civil no campo dos direitos transindividuais, especialmente no direito ambiental⁶⁶.

Nesse sentido, ressalta Lopez⁶⁷ que essa transformação é necessária para que haja a aplicação do princípio da precaução, sendo que não haveria qualquer óbice para essa ampliação nos conceitos clássicos da responsabilidade civil⁶⁸, uma vez que, conforme já salientado, a ideia fundamentadora do sistema jurídico de responsabilidade civil é a proibição de causar dano a outrem.

Observa-se, portanto, que no campo dos direitos transindividuais, em razão do reconhecimento e da aplicação do princípio da precaução, cada vez mais se encontram normas de cunho preventivo, as quais prescindem do dano, dando oportunidade e fundamento para a atuação da tutela inibitória, como forma de tutela adequada para o direito tutelado pela norma de direito material.

2.1.1.5 Prescindibilidade do dano e da culpa

Considerando as normas de direito material que fundamentam a tutela inibitória, verifica-se que essas normas não necessitam de dano e culpa para incidirem.

⁶⁶ A jurisprudência pátria também reconhece a aplicação desse princípio no direito ambiental, tal como se observa dos seguintes precedentes: STJ AgRg no Ag Resp 206.748, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 21/02/2013, Dje 27/02/2013; STJ RO 1.060.753, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 01/12/2009; STJ - AgRg no Ag em REsp 183.613, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 08/02/2013.

⁶⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 135 e ss.

⁶⁸ Nesse sentido, também, LEVY, Daniel de Andrade. *A reparação do dano e as funções da responsabilidade civil no século XXI*: por uma nova sistematização metodológica da disciplina. 431 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 243.

Conforme já explanado acima, por meio do princípio da precaução, é possível haver a responsabilização do sujeito sem que tenha ocorrido o dano.

Em razão do princípio da precaução prescinde-se, também, da culpa. O ato ilícito é um fato contrário a uma regra jurídica, sendo que, para que haja o preenchimento dos requisitos para incidência da norma, não há necessidade de se analisar o elemento volitivo, ou seja, a culpa ou o dolo. Isso porque não é possível avaliar o elemento volitivo de uma conduta antijurídica futura⁶⁹. A culpa se relaciona com o dano, como pressuposto para a indenização. Logo, nos casos em que a ocorrência do dano é irrelevante, não deverá ser analisada a culpa⁷⁰.

A fim de exemplificar a prescindibilidade do dano e da culpa como elementos caracterizadores do ato ilícito e, por consequência, da tutela inibitória, pode-se tomar por base o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, o qual contém rol exemplificativo de diversas condutas proibidas aos fornecedores de produtos ou serviços em razão da sua abusividade.

Como observa Spadoni⁷¹, as condutas previstas no Código de Defesa do Consumidor são consideradas ilícitas *per se*. São contrárias ao direito independentemente da demonstração ou ocorrência do dano e da culpa ou do dolo. Basta a conduta contrária quanto ao estabelecido no artigo supracitado para que haja a configuração do ilícito.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado também em outros direitos transindividuais, como nos direitos coletivos relativos à criança e ao adolescente. Nas hipóteses previstas no artigo 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que

⁶⁹ RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, p. 6.

⁷⁰ Convém ressaltar, nesse aspecto, a observação de Marcos Bernardes de Mello, no estudo do fato ilícito: “A arraigada ideia de que a culpa seria um componente essencial da ilicitude levou a doutrina a adotar soluções técnicas para justificar a sua presença onde, na realidade, não existe. (...). No entanto, o sistema jurídico brasileiro não se cingiu à culpa: adotou o princípio da *transsubjetividade na responsabilidade civil*, em razão do qual se estabelece um nexo entre o fato danoso e o homem, que transcende à pura subjetividade da culpa e não se compraz com a só objetividade do risco: vê-se a contrariedade a direito objetivamente, imputando-a a alguém a ela ligado, em razão de certos pressupostos de natureza subjetiva.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 240-241 – grifos no original). Como se vê, a própria doutrina civilista reconhece que há situações em que há responsabilidade civil sem que haja a análise da culpa. Em tais circunstâncias, mesmo sem o elemento da culpa, configura-se a ilicitude da conduta ou do ato, em razão da sua contrariedade ao direito.

⁷¹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

há a imposição de diversos deveres, os quais deverão ser cumpridos independentemente da análise de culpa e também do próprio dano. A violação a um desses deveres enseja, por si só, a responsabilização do órgão público ou de quem tem o dever de realizá-lo, não necessitando da culpa para a sua incidência ou da efetiva ocorrência do dano.

Assim, em razão evolução da responsabilidade civil, a qual tem reconhecido a aplicação do princípio da precaução e, por consequência, da distinção entre ilícito e dano, as normas de direito material que servem de fundamento para a concessão de uma tutela inibitória prescindem da análise, em regra, da culpa e do dano.

Estabelecidos os fundamentos do direito material para a tutela inibitória, faz-se necessário analisar os fundamentos de direito processual dessa forma de tutela jurisdicional, o que será feito a seguir.

2.1.2 Fundamentos de direito processual para a tutela inibitória

Estabelecido o fundamento de direito material para a tutela inibitória, é preciso analisar o seu fundamento processual.

O Estado, ao proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição, e por consequência, o dever de tutelar de forma efetiva todas as situações conflitivas concretas, não podendo deixar de dar resposta adequada aos direitos por ele mesmo proclamados, principalmente os direitos previstos constitucionalmente.

Da análise do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que a Constituição Federal de 1988 fez questão de deixar claro, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que "nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário "ameaça a direito", não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça

(artigo 5º, inciso XXXV) tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito⁷².

O direito de ação não pode mais ser pensado como um simples direito à sentença ou direito de mero acesso ao Judiciário, mas sim como o direito ao modelo processual capaz de amparar o direito afirmado em juízo⁷³. Havendo necessidade de se buscar, junto ao Poder Judiciário, uma tutela inibitória, deverá o processo dispor de mecanismos adequados para que se proteja o bem jurídico ameaçado de lesão e, conseqüentemente, prevenindo o ilícito.

A garantia do acesso à justiça assegura o direito à adequada tutela jurisdicional⁷⁴. Verificado no plano do direito material que há situações peculiares que justificam uma tutela preventiva do ilícito, deve o Estado admitir a tutela jurisdicional adequada para a sua proteção, qual seja, a tutela inibitória, bem como fornecer mecanismos processuais para a efetivação dessa tutela jurisdicional⁷⁵.

Nesse sentido, Yarshell⁷⁶ afirma que as garantias constitucionais do processo e da inafastabilidade do controle jurisdicional devem ser interpretadas como garantias que proporcionam formas de tutela ou tipos de provimento aptos a solucionar as situações de violação ou a sua ameaça de direitos protegidos no plano substancial. Em razão da atipicidade da tutela jurisdicional, não há, em princípio, um rol previamente estabelecido de provimentos aptos à proteção de direitos materiais.

⁷² Como bem observa Dinamarco, o acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não basta o mero ingresso em juízo, mas é preciso também que as pretensões apresentadas cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o regular prosseguimento do processo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. II, p. 133).

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

⁷⁴ Conforme Cappelletti e Garth, o acesso efetivo à justiça teve três soluções: assistência judiciária aos pobres, a representação dos interesses difusos e a mais recente, o “enfoque de acesso à justiça” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31). A adaptação do processo civil ao tipo de litígio envolvido se insere na terceira onda, o “enfoque de acesso à justiça”, a qual procura explorar uma ampla variedade de reformas, visando evitar litígios ou facilitar a sua solução (*Idem, ibidem*, p. 71). Assim, por meio da adaptação da tutela jurisdicional, tenta-se derrubar diferentes barreiras, ampliando-se o acesso à justiça.

⁷⁵ Como bem ressalta Bianca, a tutela inibitória não necessita de autorização legislativa especial, uma vez que o comportamento já é proibido por lei. Assim, negar tutela inibitória como instrumento de prevenção ao ilícito significaria negar tutela processual ao direito de não sofrer uma ingerência ilícita (BIANCA, C. Massimo. *L’inibitoria come rimedio di prevenzione dell’illecito*. In: BELLELLI, Alessandra (a cura di). *Azione inibitoria e interessi tutelati*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 18 e ss).

⁷⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006, pp. 147-148.

Com base nesses conceitos, afirma-se que a admissibilidade da tutela inibitória no ordenamento jurídico brasileiro encontra assento constitucional, no artigo 5º, inciso XXXV⁷⁷, em razão da garantia do acesso à justiça.

É possível falar que há, no ordenamento jurídico brasileiro, a existência de uma tutela inibitória atípica, postulada diante de qualquer tipo de direito, sem haver previsão em lei⁷⁸. Conforme ressalta Bueno⁷⁹, a inclusão da tutela inibitória dentro do âmbito do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, consiste em dar adequada interpretação a esse dispositivo, uma vez que a tutela jurisdicional deverá assegurar não só a reparação a lesões, mas evitar que ameaças a direito se convertam em danos ou em atos ilícitos.

Cumprido desde já fazer uma observação em relação ao objeto de estudo da presente dissertação de mestrado. Fala-se em tutela inibitória atípica, em contraposição a tutela inibitória típica. A tutela inibitória típica é aquela em que há previsão expressa em lei, tal como o interdito proibitório, nunciação de obra nova, entre outros. No caso do interdito proibitório, por exemplo, previsto no artigo 932 do Código de Processo Civil, o possuidor direto ou indireto tem justo receio da ocorrência de turbação ou esbulho da posse. Há ameaça de ocorrência de ato ilícito (turbação ou esbulho da posse), o que justifica a propositura da demanda. Em razão disso, a doutrina⁸⁰ reconhece que o interdito proibitório é uma espécie de tutela inibitória típica, uma vez que se destina a atuar antes da ocorrência do ilícito, bem como possui expressa previsão legal.

Para fins da presente dissertação de mestrado, não serão abordadas as formas de tutela inibitória típicas já previstas no sistema, uma vez que sua aplicação se

⁷⁷ DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. 441 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 141. Ressalta o autor, ainda, que a garantia constitucional impõe deveres para os três poderes: o Poder Legislativo deve criar mecanismos aptos para a tutela jurisdicional de todas as situações; o Poder Judiciário não se pode negar a apreciar ações preventivas; o Poder Executivo não pode, por meio de medidas provisórias ou decretos, impor quaisquer limitações ao direito de acesso à justiça (*Idem, ibidem*, p. 143).

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39.

⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 325.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71.

restringe aos direitos individuais, não havendo, portanto, uma tutela inibitória típica prevista no ordenamento jurídico brasileiro para os casos de direitos transindividuais⁸¹.

Dessa forma, demonstrada a admissibilidade da tutela inibitória atípica no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso analisar a necessidade de se pensar em tutela inibitória.

2.1.3 Necessidade de readequação da tutela jurisdicional

Conforme salientado nos itens anteriores, novos direitos surgiram, os quais nem sempre possuem expressão pecuniária, necessitando de uma atuação preventiva para a sua proteção. A tutela reparatória, voltada para o passado, não se mostra adequada para tais situações, uma vez que nem sempre é possível o retorno ao *status quo ante*.

Como exemplo, pode-se citar os direitos transindividuais relativos à criança e ao adolescente. Da análise da legislação, principalmente do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que existe uma peculiaridade: a sua maioria se refere ao cumprimento de deveres positivos (fazer) ou negativos (não fazer)⁸². Em razão disso, deve-se buscar uma forma de tutela jurisdicional que mais se aproxime do resultado previsto pela norma ambiental⁸³, qual seja, a de impor o efetivo cumprimento desses deveres.

Essa adaptação, constante inclusive da legislação atual brasileira, necessita de um instrumento capaz de dar resposta necessária, em tempo hábil, a fim de concretizar o direito material. De nada adianta a aplicação de institutos inovadores, os quais garantem uma maior proteção do bem jurídico, se o processo não é capaz de também fornecer instrumento adequado para que haja, efetivamente, a proteção daquele bem jurídico.

⁸¹ Para um estudo da tutela inibitória típica prevista para os direitos individuais, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 291 e ss.

⁸² Cumpre ressaltar que isso também ocorre nos litígios ambientais (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70).

⁸³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72. Nesse sentido também, Lorenzetti, em estudo sobre o direito ambiental, ressalta que a prevenção deverá ser priorizada quando se envolve matéria ambiental, permitindo-se que, por meio do princípio da precaução, se possa impor um agir antecipado sem bases comprobatórias de certeza (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99).

Nesse sentido, Benjamin⁸⁴ observa que há necessidade de um movimento sincronizado entre a responsabilidade civil e o processo, a fim de que ambos possam dar uma resposta adequada à sociedade e, de forma efetiva, proteger o bem jurídico tutelado.

Verifica-se que, havendo um direito material cujas peculiaridades requerem um tratamento diferenciado, com aplicação de princípios e teorias adaptadas, faz-se necessário, também, que o processo siga essa tendência, criando mecanismos capazes de dar resposta efetiva a esse direito material diferenciado.

Em razão disso, é preciso pensar em uma tutela jurisdicional preventiva, a fim de proteger efetivamente esses direitos, evitando a ocorrência do ilícito e também do dano. Pode-se afirmar que tais direitos materiais reclamam, do direito processual, uma tutela jurisdicional adequada, a qual deve se aproximar o máximo possível do resultado que seria obtido pelo respeito espontâneo das normas jurídicas⁸⁵.

Para tanto, necessita-se de uma revisitação aos institutos jurídicos, a fim de que se atinjam soluções novas para velhos problemas⁸⁶. As novas tendências do direito processual, principalmente a ideia de processo civil de resultados, só se mostram concretas e úteis na medida em que os ideais de ampliação da tutela jurisdicional se traduzam em técnicas capazes de melhorar os resultados do processo.

Há um direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, o qual impõe deveres tanto ao legislador, obrigando-o a instituir procedimentos e técnicas processuais adequadas para as várias espécies de direito material, bem como ao juiz, obrigando-o a interpretar as normas processuais de tal forma que se viabilize a concessão de uma tutela jurisdicional adequada, inclusive a preventiva⁸⁷.

⁸⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma: Mucchi Editore, n. 06, p. 119, 1998.

⁸⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 14ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 267.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 194.

Considerando esses conceitos, verifica-se que a tutela inibitória, assim como qualquer outra forma de tutela, deverá ser servir de instrumento ao direito material⁸⁸. É necessário readequar a tutela jurisdicional, a fim de que haja um instrumento capaz de dar respostas e tutela adequada aos novos conceitos advindos do direito material, pondo fim à crise de efetividade presente no modelo de processo atual.

No campo dos direitos transindividuais, a aplicação da tutela inibitória é relevante, em razão dos direitos envolvidos, os quais nem sempre podem ser tutelados adequadamente pela tutela reparatória.

As responsabilidades subjetiva e objetiva, em razão do caráter eminentemente patrimonialista, conduziram à suposição de que os bens podem ser tutelados adequadamente pela tutela reparatória, uma vez que podem ser reduzidos à pecúnia⁸⁹.

No entanto, esta premissa não se aplica aos direitos transindividuais por duas razões: (i) alguns danos aos interesses transindividuais não podem ser protegidos adequadamente pela tutela reparatória, em razão da sua impossibilidade de retorno ao *status quo ante*; (ii) a maioria dos interesses transindividuais não possuem um caráter patrimonial, ou seja, não podem ser reduzidos à pecúnia, tal como ocorre com a maioria dos danos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, entre outros.

Em razão da peculiaridade dos interesses envolvidos, deve-se admitir a concessão de tutela jurisdicional adequada, qual seja, a tutela inibitória, de maneira

⁸⁸ Este é o conteúdo do princípio da instrumentalidade do processo, o qual não se confunde com o da instrumentalidade das formas. Conforme destaca Dinamarco, o princípio da instrumentalidade do processo consiste em uma perspectiva exterior do processo (análise do sistema pelo seu ângulo externo), em que se procura o processo civil de resultados. A instrumentalidade do processo pode ser vista no seu aspecto positivo (efetividade do processo), e no aspecto negativo (processo não é um fim em si mesmo). Deste aspecto negativo deriva o princípio da instrumentalidade das formas, o qual consiste em uma visão endossistêmica, analisando-se os atos do processo. Trata-se, na verdade, de um desdobramento do princípio da instrumentalidade do processo. Ambos procuram, em última análise, dar maior efetividade ao processo, diferenciando-se pelo ângulo em que se analisa o processo (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 14ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 313 e ss.)

⁸⁹ PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3975, nov/dez. 2004.

prioritária⁹⁰, como forma de efetiva proteção aos bens jurídicos envolvidos, principalmente os de caráter não patrimonial.

Nesse sentido, cumpre destacar interessante sentença proferida pela Justiça Federal do Estado de Rondônia⁹¹, na análise de uma ação civil pública em que se questionava a possível violação ao direito ambiental e dos indígenas, quando da construção de uma estrada em uma unidade de conservação integral.

Na referida demanda, alegou-se que a construção de estrada BR 421 no entorno de uma unidade de conservação integral violaria as normas de proteção previstas na legislação ambiental, além de causar prejuízos aos indígenas que ali viviam, pois teriam que se deslocar para outros locais.

A demanda foi proposta quando já iniciadas as obras e, em razão da aplicação do princípio da precaução, foi concedida tutela antecipada visando o impedimento da continuidade das obras, procurando-se, assim, evitar a continuidade do ilícito, como forma de frear o processo de desmatamento e de ocupação iminente no local.

A sentença, reconhecendo a aplicação do princípio da precaução, considerou ilegal a construção que se pretendia fazer no local, motivo pelo determinou a cessão das obras já iniciadas e, concedendo também tutela reparatória, determinou a adoção de medidas para reestabelecimento do *status quo ante* no local.

Referido caso chama a atenção por diversos fatores. Primeiramente, por reconhecer, claramente, a necessidade de concessão de tutela inibitória, como forma de impedir a degradação do meio ambiente e o ferimento aos direitos dos indígenas que ali viviam. Segundo, pela forma como o juízo de primeiro grau analisou os elementos trazidos nos autos judiciais, os quais, embora baseados em uma projeção daquilo que poderia

⁹⁰ Cumpre ressaltar que o fato de os direitos transindividuais, na maior parte dos casos, não serem passíveis de quantificação pecuniária, não significa que somente a tutela inibitória é cabível. A tutela específica, a qual é reparatória, também pode ser utilizada nesses casos, permitindo o restabelecimento da situação anterior à ocorrência do dano. Logo, o que se defende nesta dissertação de mestrado é que, nos casos de direitos transindividuais, a tutela inibitória deverá receber um tratamento prioritário em relação às demais formas de tutela, evitando a ocorrência do ilícito, uma vez que há danos que não são passíveis de reparação.

⁹¹ JFRO – ACP 95.00.02600-7 (2602-91.1995.4.01.4100), Juiz Herculano Martins Nacif, 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia, julgado em 19/08/2011.

ocorrer na região, foram suficientes para embasar o julgamento favorável à pretensão do autor.

Curioso ressaltar que, para embasar a sentença, o juízo reconheceu que, mesmo sem ter havido a realização de perícia, os pareceres feitos pelo Ibama e outros órgãos ambientais trouxeram elementos suficientes para a sua convicção, qual seja, de que a continuidade da construção das estradas traria graves prejuízos à proteção ambiental da região e, em razão disso, concedeu a tutela inibitória requerida inicialmente.

Da análise do referido julgado observa-se que a concessão de tutela reparatória seria totalmente inadequada. Isso porque a degradação provocada pela construção da estrada, bem como o ferimento aos direitos dos indígenas que viviam na região não era passível de retorno ao *status quo ante*. A concessão da tutela inibitória foi, no presente caso, fundamental para o resguardo e proteção dos direitos transindividuais envolvidos. Trata-se, assim, de um interessante julgado que demonstra a necessidade de se conceder tutela inibitória nos casos em que há possibilidade de ocorrência do ilícito, bem como visando impedir a sua continuidade ou repetição.

Dessa forma, demonstrada a necessidade de se pensar em uma tutela inibitória, nos próximos itens desta dissertação serão desenvolvidas as peculiaridades da técnica processual em relação a esta espécie de tutela quando envolve direitos transindividuais.

2.2 Conceito de tutela inibitória

A tutela inibitória é uma espécie de tutela jurisdicional preventiva, a qual tem por escopo a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, não sendo voltada para o passado⁹². A tutela inibitória visa impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte⁹³.

⁹² RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 90; BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 615, lug/ago. 2004; FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni fuori dal coro di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova; v.52, n.4, p. 999, ott/dic. 1997; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista,

Do conceito acima definido, é preciso esclarecer alguns pontos.

Em primeiro lugar, a tutela inibitória é tutela jurisdicional⁹⁴. Tutela jurisdicional é a proteção ou amparo, realizada em juízo, prestada pelos juízes por meio da jurisdição⁹⁵. Essa tutela não se confunde com jurisdição, que entre uma de suas acepções consiste na atividade realizada pelos juízes⁹⁶.

A tutela jurisdicional é o resultado do processo em que essa função jurisdicional é exercida⁹⁷. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual,

atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 322; OLIVEIRA, Paulo Rogério de. Aspectos da tutela inibitória. *Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais*. São Paulo: Lex Editora, ano 20, n. 230, p. 13, out. 2008. Dinamarco, ao definir tutela preventiva, entende que essa tutela se destina não a combater o ilícito, mas sim o dano. Logo, para o autor, a tutela preventiva é cabível quando se pretende evitar a violação de direitos e criação de agravamentos de situações desfavoráveis, as quais poderão causar danos. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 171). Em que pese a definição de tutela inibitória como “prevenção do ilícito”, fato é que, nos direitos transindividuais, em razão de suas peculiaridades, na maioria dos casos é impossível a separação entre ilícito e dano, uma vez que uma conduta ilícita já vem acompanhada do dano. Essa constatação é, inclusive, feita por Marinoni, ao analisar a necessidade de distinção e separação desses conceitos (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47).

⁹³ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.

⁹⁴ Não se desconhece o posicionamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem a tutela inibitória, assim como a ressarcitória, se encontra fora do processo, estando no plano do direito material. Isso porque, conforme o entendimento do autor, a inibição ou está abstratamente prevista na esfera do direito material, ou consiste em consequência da tutela jurisdicional prestada, cujo comando se projeta no plano do direito material (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito Material, processo e tutela jurisdicional*. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, ano XXXIII, n. 101, p. 71, mar. 2006). Da análise do posicionamento do autor, verifica-se que ele se utiliza de um conceito diferente de tutela jurisdicional adotada na presente dissertação de mestrado. Para Oliveira, a tutela jurisdicional se volta ao patrimônio jurídico, e não às pessoas. Assim, a tutela jurisdicional é definida por Oliveira como “o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados, visando à proteção do patrimônio jurídico”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 108). Como se vê, o autor não inclui, dentro do conceito de tutela jurisdicional, os efeitos que o ato processual projeta para fora do processo. Esses efeitos, de acordo com o autor, estão dentro do plano do direito material, e não da tutela jurisdicional. No entanto, conforme a definição adotada nessa dissertação de mestrado, a tutela jurisdicional deverá incluir os efeitos produzidos na vida das pessoas, motivo pelo qual se pode afirmar que a tutela inibitória é tutela jurisdicional.

⁹⁵ Ressalta Dinamarco que a “tutela jurisdicional é conferida ora ao autor e ora ao réu, não necessariamente àquele; ela é sempre conferida a pessoas e não a direitos, podendo ser dada a um dos litigantes precisamente para negar que existam direitos e obrigações entre ele e o adversário”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 126).

⁹⁶ Observa Bueno que consiste em uma atuação do Estado, não se limitando somente à declaração de direitos, mas também à realização concreta e prática, com vistas à pacificação social (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 311).

⁹⁷ Dinamarco esclarece que o Estado, conhecedor das transgressões perpetradas contra as regras de convivência (direito material), predispõe de meios de atuação, pelo quais se dispõe a impor imperativamente a observância das normas (tutela preventiva) e as consequências ditadas no plano abstrato (tutela reparatória

mas sim nos efeitos que a sentença (ou outro ato processual, como a decisão que antecipa os efeitos da tutela)⁹⁸ projeta para fora do processo e sobre as relações entre as pessoas⁹⁹.

Tal constatação é relevante para se determinar a amplitude do conceito de tutela jurisdicional. Isso porque quem busca o Poder Judiciário não deseja apenas a prolação de uma sentença favorável, mas também deseja o resultado concreto do processo, como ocorre, por exemplo, nas sentenças condenatórias. Não basta ao autor receber uma sentença favorável determinando que o réu pague determinada quantia. Faz-se necessário, também, que haja o efetivo pagamento da quantia devida.

É com base nessa constatação que Leonel¹⁰⁰ conclui que, se o processo tem aptidão para permitir a prolação de uma sentença favorável, mas o resultado desta não se concretiza no plano prático, a tutela jurisdicional foi prestada de forma incompleta. Logo, no conceito de tutela jurisdicional devem estar presentes tanto o plano jurídico quanto o plano prático, a fim de que se possa considerar que a tutela jurisdicional tenha cumprido com a sua finalidade.

Conforme o conceito de tutela jurisdicional acima, verifica-se que a tutela inibitória é uma tutela jurisdicional. Isso porque, havendo uma crise de direito material levada ao Poder Judiciário, a inibição de uma conduta determinada pelo juiz constitui um

entre outros), sendo que entre os meios de atuação se incluem na sua atividade jurisdicional (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Tomo I, p. 364).

⁹⁸ Cumpre ressaltar que, nesse ponto, Dinamarco aponta para uma imprecisão constante da redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, uma vez que a lei fala em “antecipação dos efeitos da tutela”, como se a decisão judicial seja ela própria a tutela. No entanto, para o conceito de tutela jurisdicional definido pelo autor, a decisão mencionada no artigo supracitado é somente um ato processual destinado a dar tutela a quem tenha direito a ela. A tutela é o resultado do ato processual sobre a vida das pessoas. Logo, somente se poderia falar em antecipação de efeitos nos casos em que o juiz concede antecipadamente a fruição de alguma situação inerente à tutela postulada no processo, por exemplo, impedir a alienação de algum bem deliberada em assembleia de sociedade anônima (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Tomo I, pp. 367-368).

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Tomo I, p. 366. Nesse mesmo sentido, Bueno esclarece que a tutela jurisdicional deverá ser entendida como realização concreta do direito que foi lesado ou ameaçado (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 310).

¹⁰⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 17. Ressalta o autor que esse posicionamento não significa desconsiderar o aspecto jurídico da tutela jurisdicional, mas que o conceito de tutela jurisdicional deve incluir também a projeção da proteção conferida tanto no plano jurídico como no plano material (*Idem, ibidem*, p. 17). Nesse mesmo sentido, também, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Tomo I, pp. 380 e ss.; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p.311.

efeito da tutela jurisdicional, projetado para fora do processo e atuando diretamente nas relações entre as pessoas. Esse efeito, que é a inibição, também faz parte do conceito de tutela jurisdicional, motivo pelo qual a tutela inibitória é uma tutela jurisdicional¹⁰¹.

A tutela inibitória é, também, uma tutela jurisdicional preventiva¹⁰². No âmbito da tutela jurisdicional, tomando-se por base o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual estabelece uma separação entre a ameaça a direito e lesão, bem como considerando a perspectiva do ilícito, pode-se classificar a tutela jurisdicional em reparatória e preventiva¹⁰³.

A tutela reparatória, também chamada de sancionatória ou repressiva, é aquela em que se busca uma reparação dos danos sofridos, em razão da ocorrência de uma lesão a direito¹⁰⁴. A tutela preventiva, por sua vez, consiste na função jurisdicional realizada em razão da ameaça a direito, geralmente contemplada na própria legislação. A tutela preventiva visa, pois, evitar que uma ameaça se converta em lesão, seja porque o bem lesionado não é passível de retorno ao *status quo ante*, seja porque não é desejável que ocorra essa lesão¹⁰⁵. Baseada nessa classificação, considerando que a tutela inibitória visa à prevenção do ilícito, ela é uma tutela preventiva.

Com base na definição acima, a tutela inibitória visa à prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito. Para que haja a sua aplicação, três tipos de conduta podem ocorrer: a instantânea, a continuada ou a repetida.

¹⁰¹ Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 171; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 33 e ss; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 178.

¹⁰² Como bem observa Spadoni, há autores que não fazem a distinção entre tutela inibitória e tutela preventiva, tratando ambas como sinônimo. Para fins dessa dissertação de mestrado, no entanto, será utilizado o termo tutela inibitória como espécie de tutela preventiva. Isso porque há outras formas de tutela que também possuem o caráter preventivo, tais como a tutela cautelar e a tutela antecipada (SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32 e ss).

¹⁰³ Critério adotado por BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 322. Esclarece o autor que o critério acima é dado em razão da dicotomia existente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, entre a ameaça a direito e a lesão a direito.

¹⁰⁴ MARINS, Victor A. A. Bonfim. Tutela jurídica e proteção ao ambiente. *Jurisprudência brasileira: cível e comércio*. Curitiba: Juruá Editora, n. 174, p. 69, 1995.

¹⁰⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, pp. 324-325.

A conduta instantânea é aquela que se consuma em um ato único e decorre de uma relação jurídica instantânea¹⁰⁶. A tutela inibitória, nesse caso, somente será possível antes que a violação seja efetivada¹⁰⁷.

As condutas continuadas e repetidas, por suas vez, decorrem de relações jurídicas continuativas ou duradouras, ou seja, a conduta se protraí no tempo¹⁰⁸. Mesmo que já tenham sido praticados atos violadores do direito antes do ajuizamento da ação, a tutela inibitória é possível para impedir as futuras violações ameaçadas, desde que exista a possibilidade de voltarem a ocorrer¹⁰⁹. Nesse caso, a reação que se deve esperar do ordenamento jurídico é a imposição de uma obrigação de cessação do ato ilícito¹¹⁰.

Cumprido ressaltar a diferença existente entre a tutela inibitória que visa impedir a continuação do ilícito e a que visa impedir a sua repetição.

Conforme ressalta Marinoni¹¹¹, no caso da repetição do ilícito, há um intervalo entre um ato e outro, de tal forma que se pode impedir a prática de um “novo” ilícito, independentemente do primeiro.

No caso da tutela inibitória que visa impedir a continuação do ilícito, a ilicitude continua na medida do prosseguimento da ação ou atividade, ou seja, visa-se impedir a continuação do agir¹¹². No entanto, o fato de a ação já ter começado não retira da tutela inibitória a sua natureza de preventividade, uma vez que há a possibilidade de haver a prática de conduta ilícita no futuro. A tutela inibitória se dirige, nesse caso, contra o perigo de continuação do ilícito¹¹³.

¹⁰⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.

¹⁰⁷ BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 615, lug/ago/2004 e SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 84.

¹⁰⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, pp. 83 e 84.

¹¹⁰ BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 615, lug/ago. 2004.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 198.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 198 e 199.

¹¹³ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, pp. 90-91.

A inclusão no conceito de tutela inibitória do impedimento da continuação do ilícito, embora seja algo pacífico na doutrina italiana, possui alguma resistência na doutrina brasileira, uma vez que existem alguns autores que entendem que a continuação do ilícito não pode ser objeto da tutela inibitória, mas sim da reparatória.

Nesse sentido, Arenhart¹¹⁴ ressalta que a tutela que remove os efeitos do ilícito continuado não tem cunho preventivo necessário para ser considerada como inibitória. Isso porque se trata de figura que se volta nitidamente para o passado, observando o que já aconteceu e lidando com uma situação já consolidada. Assim, a tutela reparatória é a mais adequada para esse casos.

Em que pese o entendimento do autor, não se vislumbra a impossibilidade de se ter tutela inibitória para impedir a continuação do ilícito. Isso porque a tutela inibitória, nesse caso, não procurará atingir fatos passados, mas tão somente fatos futuros. O fato de o ilícito já estar em curso não justifica a natureza reparatória da tutela, pois a tutela jurisdicional nesse caso visa o futuro (impedir a continuação ou a repetição do ilícito), e não o passado.

Logo, caso a tutela jurisdicional que vise convencer, sob pena de multa, o demandado a não continuar o ilícito, esta tutela será inibitória¹¹⁵. Ela poderá ser concedida a despeito da cumulação com outra tutela, essa sim reparatória, que busque desfazer os danos já ocasionados.

Por fim, com base no conceito de tutela inibitória acima definido e nos conceitos de direito material já desenvolvidos, é possível visualizar três pressupostos da tutela inibitória, como bem aponta Frignani¹¹⁶: um positivo, qual seja, o perigo de prejuízo futuro, e dois negativos, quais sejam, a prescindibilidade da prova do dano e da culpa.

¹¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 135 e ss.

¹¹⁵ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 153 e ss; RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, p. 7.

¹¹⁶ FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, p. 3. Paulo Eduardo da Silva, em estudo sobre o tema, enumerou três pressupostos para a tutela inibitória: o perigo de dano, a não conversibilidade em pecúnia e não violação da fruição do direito (SILVA, Paulo Eduardo da. *Tutela inibitória e atuação jurisdicional preventiva*. 191 f. Dissertação de Mestrado. (Direito). Faculdade de Direito

A tutela inibitória tem por pressuposto o perigo de prejuízo futuro, uma vez que, ausente esse elemento, não há que se falar em tutela inibitória. Somente se justifica falar em tutela preventiva e, conseqüentemente, em tutela inibitória, caso haja um perigo de prejuízo futuro, o qual necessita ser evitado.

Conforme ressaltado no item 2.1.3, a necessidade de se pensar em tutela inibitória decorre justamente das situações de direito material em que se pode tolerar a ocorrência do ilícito, uma vez que, em razão da natureza do direito envolvido, a tutela reparatória se mostra inadequada.

Disso decorre que a tutela inibitória se justifica justamente para evitar a ocorrência de prejuízo futuro.

Quanto à prescindibilidade do dano e da culpa, conforme já analisado anteriormente, destinando-se a tutela inibitória à prevenção do ilícito, não há necessidade de prova do dano¹¹⁷ nem da culpa. Isso porque o ato ilícito prescinde, para a sua configuração, do dano e da culpa¹¹⁸.

No mais, é possível se explicar a prescindibilidade da prova da culpa na tutela inibitória em razão da sua função. Como bem ressalta Rapisarda¹¹⁹, a tutela inibitória tem como função a manutenção do *status quo* e garantir a atuação do direito a ser violado,

da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 143). Assim, embora o autor brasileiro tenha enumerado pressupostos diversos para a configuração da tutela inibitória, conforme será analisado adiante, os elementos caracterizadores da tutela inibitória são os mesmos daqueles apontados pelo autor brasileiro.

¹¹⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58 e ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 110. Ressalta Arenhart, no entanto, apenas uma hipótese em que a tutela inibitória poderá ter por objeto o dano: quando a norma jurídica qualificar como ilícita certa conduta apenas quando houver algum resultado físico, pois, nesse caso, o ilícito somente existirá quando decorrer um dano (*Idem, ibidem*, pp. 111-112). O mesmo raciocínio prevalece para nos casos em que a norma jurídica somente torna ilícita uma conduta se ela vier acompanhada de elemento volitivo. Nesse caso, a culpa terá que ser analisada para a concessão da tutela inibitória.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 63. Nesse mesmo sentido, Tessler afirma que, “para a ação inibitória, pouco importa se o réu manifestou sua vontade na prática de conduta contrária ao direito, ou mesmo se tinha a intenção de lesar o ambiente. Como o ilícito ambiental abrange tanto atos como fatos jurídicos, a simples exposição do ambiente a um risco intolerável (ameaça ao equilíbrio ecológico) já configura violação ao dever de preventividade.” (TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 236).

¹¹⁹ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, pp. 89-90.

prescindindo, portanto, da valoração do comportamento do autor da futura violação ao direito.

Essa prescindibilidade repercute no âmbito do processo. Se a norma de direito material prescinde desses elementos para a sua configuração, a tutela inibitória, fundada nessa norma, também irá prescindir da prova do dano e da culpa para a sua concessão, uma vez que se destina à prevenção do ato ilícito.

Esclarecido o conceito de tutela inibitória, será delineado, no próximo item, as suas principais características, a fim de se estabelecer as premissas para diferenciar a tutela inibitória das demais espécies de tutela jurisdicionais.

2.3 Características da tutela inibitória

2.3.1 A prevenção do ilícito

O ato ilícito, analisado no item 2.1.1 e respectivos subitens da presente dissertação de mestrado, é o fundamento de direito material para a tutela inibitória, prescindindo do dano e da culpa para a sua configuração, com base nas novas teorias da responsabilidade civil, as quais incluem o princípio da precaução como fundamento para a existência de uma responsabilidade civil preventiva.

Considerando o conceito de tutela inibitória definido no item 2.2., verifica-se que a característica principal dessa forma de tutela jurisdicional é a preventividade, ou seja, destina-se a atuar antes da ocorrência do ilícito, evitando-o. Pressupõe-se a existência de perigo de prejuízo futuro, o qual justifica a necessidade de se adotar uma tutela jurisdicional preventiva, atuando antes da ocorrência do ilícito.

Cumpre ressaltar que o ilícito, conforme o tipo de obrigação violada, pode ser comissivo ou omissivo. Sendo o ilícito comissivo, faz-se necessária uma tutela

inibitória negativa (não fazer algo); por sua vez, quando o ilícito for omissivo, é preciso de uma tutela inibitória positiva (fazer algo)¹²⁰.

Tal diferenciação é importante para ressaltar que a tutela inibitória não se destina somente a determinar uma ordem de não fazer. Como bem ressaltava Arenhart¹²¹, a tutela inibitória positiva consiste em uma prestação positiva que tenha a capacidade de impedir a violação do direito. Trata-se também de uma modalidade de tutela inibitória, pois visa impedir a violação ou a repetição da lesão a direito, mas não por meio de ordem de abstenção, típica da tutela inibitória negativa, e sim por ordem que determina um fazer capaz de inibir a ocorrência do ilícito.

Dessa forma, a tutela inibitória pode impor ao réu um dever de agir ou um dever de abstenção. Em ambos os casos, a tutela será preventiva, pois destinada a evitar a ocorrência do ilícito.

Considerando que a tutela inibitória se destina à prevenção do ilícito (e não necessariamente do dano), é preciso analisar como essa característica irá influenciar no âmbito de cognição do juiz.

2.3.2 Âmbito de cognição do juiz

Outro elemento caracterizador da tutela inibitória é o âmbito de cognição do juiz, o qual difere das outras formas de tutelas jurisdicionais.

Primeiramente, cumpre esclarecer alguns conceitos sobre a cognição judicial.

A cognição é um ato prevalentemente de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e provas produzidas pelas partes. O juiz, antes

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 263; FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni fuori dal coro di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova; v.52, n.4, p. 1001, ott/dic. 1997.

¹²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 223-224.

de decidir a demanda, realiza uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgá-la¹²².

Conforme a classificação de Kazuo Watanabe¹²³, a cognição pode ser vista em dois planos: horizontal e vertical.

No plano horizontal, a cognição se refere aos limites objetivos do processo (questões processuais, condições da ação e mérito). A cognição, em sua extensão, poderá ser plena, se a cognição se estabelecer sobre todas as questões, ou limitada (parcial), se a cognição é eliminada de uma área toda de questões¹²⁴.

No plano vertical, a cognição pode ser classificada conforme o grau de profundidade. A cognição poderá ser exauriente (completa), se o objeto cognoscível não sofrer limitação, ou sumária (incompleta), se a análise for superficial¹²⁵.

Com base nessa classificação, diversas possibilidades podem ocorrer. O chamado procedimento comum do processo de conhecimento é de cognição plena e exauriente, ou seja, é plenário quanto à extensão do debate e completo quanto à profundidade da cognição.

Há demandas, no entanto, que são concedidas após cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*. Nessa hipótese, não há limitação quanto à extensão da matéria debatida, mas há o condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes¹²⁶, tal como ocorre nos processos de inventário, em que eventual questão prejudicial somente será decidida se o juiz dispuser de elementos suficientes de convicção. Havendo insuficiência desses elementos, será a

¹²² WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

¹²³ *Idem, ibidem*, pp. 118 e ss. Classificação também adotada por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. III, p. 37. Chiovenda, por sua vez, utiliza classificação diversa da adotada na presente dissertação de mestrado. Para o autor, a cognição se classifica em ordinária (plena e completa), quando o juiz tem por objeto o exame a fundo de todas as razões da parte e sumária (incompleta) quando o exame das razões é parcial ou não é exaustiva (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1942. Vol. 1, pp. 254-255). Para fins da presente dissertação de mestrado, considerando as peculiaridades da tutela inibitória, será adotada a classificação de Watanabe, por ser mais adequada ao estudo da tutela inibitória.

¹²⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 118.

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 121.

questão considerada de “alta indagação”, devendo ser resolvida por meios ordinários¹²⁷, nos termos do artigo 1.000 do Código de Processo Civil.

Ainda, é possível haver a cognição sumária, realizada de forma superficial, em razão da urgência ou para antecipação do provimento final, tal como ocorre com a tutela cautelar e a tutela antecipada¹²⁸.

Para fins da presente dissertação de mestrado, interessa estudar melhor a hipótese de cognição horizontalmente limitada, mas exauriente quanto à sua profundidade. Nessa hipótese, como bem ressalta Watanabe¹²⁹, a limitação da extensão da cognição decorre de leis processuais, impostas em razão de determinado objeto litigioso, ou de leis de natureza materiais, e podem dizer respeito à própria fixação do objeto litigioso ou à amplitude de defesa. Como exemplo, pode-se citar o processo de embargos de terceiro, em que há uma limitação quanto à defesa do embargado, nos termos do artigo 1.054 do Código de Processo Civil.

Nesse mesmo sentido, esclarece Dinamarco¹³⁰ que, no plano horizontal, a delimitação da área sujeita à cognição é dada em primeiro lugar pela relevância jurídico-material da questão a investigar, pois não teria utilidade alguma a discussão em torno de pontos estranhos à categoria jurídica em que se enquadra o litígio. Como exemplo, no caso de anulação de casamento, não se conhecem de fatos desonrosos praticados depois da celebração do casamento, uma vez que irrelevantes (impertinentes) para a discussão. Ressalta o autor, no entanto, que, se levado a um ponto extremo o conceito de pertinência, nenhuma cognição seria completa.

Ainda, ressalta Dinamarco¹³¹ que, dentro do plano horizontal, a limitação da cognição pode advir do próprio direito material que, restringindo em algumas situações a matéria pertinente, reflete no processo e na área suscetível de cognição no plano horizontal. Quando a lei de direito material exclui a eficácia jurídica de algum ato, por exemplo, a cognição processual não poderá abrangê-la. Nesse sentido, cita o autor a

¹²⁷ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125.

¹²⁸ *Idem, ibidem*, p. 121.

¹²⁹ *Idem, ibidem*, pp. 122 e ss.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. III, pp. 38 e ss.

¹³¹ *Idem, ibidem*, pp. 38 e ss.

hipótese prevista no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor que responsabiliza o fornecedor por danos oriundos do produto ou serviço, ainda quando o defeito seja imputado ao produtor. Nesta hipótese, a cognição sobre eventual alegação de culpa do fornecedor é inadmissível, havendo, portanto, cognição limitada, decorrente, no caso, de uma restrição da norma de direito material.

Feita essa breve análise, observa-se que a cognição do juiz na tutela inibitória, quando concedida como provimento final, é limitada e exauriente¹³². Limitada pois há uma redução da amplitude do debate das partes (plano horizontal), mas exauriente pois não há qualquer limitação da profundidade da cognição (plano vertical).

De fato, conforme já ressaltado nos itens anteriores, é característica típica da tutela inibitória a prescindibilidade da prova do dano e da culpa, uma vez que a tutela inibitória se destina a evitar a violação contra o direito, ou seja, a ocorrência do ato ilícito, o qual não necessita do dano e da culpa para a sua caracterização. Logo, há uma diminuição do debate judicial, uma vez que não há necessidade, em princípio, de discutir o dano e a culpa. Essa diminuição implica, necessariamente, limitação do objeto de prova e a sua produção deverá ser simplificada de forma a conduzir um processo mais breve e simples¹³³.

Nesse sentido, ressalta Marinoni¹³⁴ que, exceto os casos em que o ilícito se identifica cronologicamente com o dano, o autor não necessita demonstrar o dano para obtenção de uma tutela inibitória. A norma foi editada com objetivo de impedir certa conduta, uma vez que a sua prática poderá causar danos e, em razão disso, deverá ser evitada aquela conduta. Assim, ampliar o âmbito de cognição da tutela inibitória, permitindo ao réu a discussão acerca do dano, significaria negar a norma jurídica, pois se possibilitaria a discussão de uma matéria (dano) que a norma não considerou como pressuposto.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 208-210. Ressalte-se que, conforme será melhor analisado no Capítulo III, é possível a antecipação de tutela, caso em que a cognição será sumária.

¹³³ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 227.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 209-210.

Como exemplo, pode-se citar a existência de incerteza quando ao risco de um determinado medicamento, que poderá afetar a saúde pública de toda uma coletividade. Em razão da aplicação do princípio da precaução, não haverá necessidade de comprovação de dano para que haja a possibilidade de evitar a venda do medicamento, uma vez que há riscos, ainda incertos, acerca da nocividade do medicamento.

Eventual demanda veiculando tutela inibitória, com base no princípio da precaução, analisará tão somente a ameaça do ilícito, qual seja, a ameaça de venda do remédio nocivo aos consumidores, prejudicando a saúde pública. Não haverá necessidade de demonstrar a ocorrência prévia do dano, pois se trata de aplicação do princípio da precaução, sendo o dano, para a tutela inibitória neste caso, um fato impertinente. Caso se admita a possibilidade de discussão da ocorrência do dano na tutela que visa impedir a comercialização desse medicamento (tutela inibitória), sempre seria possível a comercialização do medicamento, uma vez que o réu iria alegar em sua defesa que a comercialização não causou danos, o que tornaria a aplicação do princípio da precaução, na prática, totalmente ineficaz.

O dano, no exemplo dado, embora excluído da tutela inibitória, não necessariamente significa que nunca poderá ser discutido. O dano poderá configurar objeto de futura demanda veiculando uma tutela reparatória, momento no qual será feita prova da sua ocorrência ou não.

O exemplo acima demonstra que, na tutela inibitória, a cognição do juiz é limitada, uma vez que não é possível a discussão do dano efetivo, pois ou ele foi excluído da norma de direito material e, por reflexo, acaba limitando a cognição processual, ou esse fato é impertinente, como no exemplo dado acima.

Da mesma forma ocorre com a culpa. Conforme já ressaltado anteriormente, como a tutela inibitória é voltada para o futuro, não é possível, em regra, a análise do elemento volitivo, no caso, a culpa ou o dolo. Há uma redução do debate judicial, uma vez que a culpa, nesses casos, é impertinente, pois a discussão ficará restrita à possibilidade

futura de ocorrência do ilícito ou não¹³⁵. Em razão disso, também é possível afirmar que a cognição é limitada, pois se exclui do âmbito de discussão a culpa.

Cumprе ressaltar que, o fato de na tutela inibitória estarem excluídas, em regra, as questões do dano e da culpa não significa dizer que jamais se poderão discutir essas questões. Conforme bem observa Marinoni¹³⁶, a questão do dano e da culpa poderão ser discutidas em outra demanda ou até mesmo na mesma demanda, caso haja cumulação de pedidos. O que se quer dizer ao afirmar que a cognição para a concessão ou não de uma tutela inibitória é limitada é que o dano e a culpa não serão objeto de discussão para a sua concessão, devendo a questão ficar restrita à discussão sobre a futura possibilidade de ato contrário ao direito, pois de outra forma não haveria razão para a norma de direito material. No entanto, essas questões poderão eventualmente ser trazidas posteriormente, principalmente ao se tratar de tutela reparatoria.

Observa-se, portanto, que há uma limitação horizontal da cognição na tutela inibitória, uma vez que se reduz o âmbito do debate das partes, estando excluída a discussão do dano e da culpa.

No entanto, no plano vertical, não há, a princípio, qualquer limitação. Ao juiz é possível conhecer e resolver todas as questões, havendo, portanto, cognição exauriente.

Aliás, cumpre ressaltar que essa constatação é de extrema relevância para fins de coisa julgada material, uma vez que esta somente é possível, em regra, em nosso ordenamento jurídico nos casos em que há cognição exauriente¹³⁷, conforme será melhor analisado no capítulo a seguir.

¹³⁵ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 227.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 210.

¹³⁷ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 131, p. 240, jan. 2006; WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 123 e 124.

Considerando a existência de limitação da cognição, faz-se necessário verificar se a tutela inibitória é uma tutela diferenciada¹³⁸. Isso porque as tutelas diferenciadas são aquelas concedidas às partes, fruto de uma cognição limitada em seu sentido lato¹³⁹, ou seja, tanto no plano vertical quanto no plano horizontal¹⁴⁰.

As técnicas da cognição limitada e sumária são adequadas para a solução de certos casos, os quais decorrem de uma situação de urgência ou, em razão do princípio da economia processual, justifica-se a dispensa da cognição exauriente ou plena. A limitação da cognição (em seu sentido lato) é, dessa forma, o principal critério para se identificar a existência de uma tutela jurisdicional diferenciada.

A doutrina aponta também, de forma variada, outros elementos caracterizadores da tutela jurisdicional diferenciada.

Leonel¹⁴¹ entende que a limitação da cognição é o elemento central da tutela jurisdicional diferenciada, mas não o único. Aponta o autor também como elementos da tutela jurisdicional diferenciada a tipicidade, a especificidade do procedimento, a possibilidade de inversão do contraditório, o hibridismo procedimental e a celeridade.

Dinamarco¹⁴², por sua vez, identifica como característica da tutela jurisdicional diferenciada a cognição limitada (incompleta) ou sumária (superficial), bem como a necessidade de previsão legal. Dessa forma, nos casos previstos em lei, autoriza-se ao juiz a decidir com fundamento em investigações menos cuidadosas.

¹³⁸ Cumpre ressaltar que, como bem observa Pisani, a expressão tutela jurisdicional diferenciada ora é utilizada no sentido de espécie de tutela sumária, ora é utilizada como procedimentos de cognição plena e exauriente, modelados conforme as peculiaridades do direito material controvertido (PISANI, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. 34, p. 538, 1979). Nesse mesmo sentido, também, ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 65, p. 46, jan/mar. 1992.

¹³⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 21 e 22.

¹⁴⁰ Terminologia utilizada por LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

¹⁴¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

¹⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 184. Nesse mesmo sentido, COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 127.

Bedaque¹⁴³ ressalta que a expressão tutela jurisdicional diferenciada comporta dois sentidos: a existência de procedimentos específicos, com cognição plena e exauriente, ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente (cognição sumária), visando evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo. Entendendo como tutela jurisdicional diferenciada o último conceito exposto, ressalta o autor que um dos motivos para a adoção dessa forma de tutela é em razão de direitos de conteúdo não exclusivamente patrimonial, sempre que houver risco de dano irreparável capaz de comprometer a efetividade da tutela jurisdicional, motivo pelo qual haveria uma dispensa da cognição exauriente¹⁴⁴.

Da análise da doutrina, verifica-se, portanto, que no conceito de tutela jurisdicional diferenciada, é possível sempre identificar um elemento central e norteador do conceito, qual seja, o da limitação da cognição, seja em plano vertical, seja em plano horizontal, conforme a classificação acima adotada.

Para fins da presente dissertação, adotar-se-á o conceito de tutela diferenciada como aquela em que a cognição é limitada (plano horizontal) ou sumária (plano vertical). Isso porque, conforme analisado acima, a restrição à cognição realizada pelo juiz está presente em todos os conceitos de tutela jurisdicional diferenciada. Sendo este o principal critério identificador da diferenciação da tutela jurisdicional, verifica-se que ele está presente não só nos casos em que há cognição sumária, mas também quando houver cognição limitada. Dessa forma, deverá o critério da restrição da cognição aplicado

¹⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 25 e ss.

¹⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246. Ressalta o autor, no entanto, que não se pode generalizar a técnica da sumariedade da cognição, sob pena de se comprometer a garantia da segurança jurídica. Assim, é preciso que haja um equilíbrio entre os valores contrastantes do processo (*Idem, ibidem*, p. 286). A mesma ressalva é feita por Donaldo Armelin, que reconhece que a adoção de tipos de tutela diferenciada visa favorecer o polo ativo da relação processual, uma vez que se pretende obter uma maior celeridade processual. Em razão disso, deve haver cautela na sua adoção (ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 65, p. 46, jan/mar. 1992). Embora ambos os autores estivessem tratando de cognição sumária (superficial) e não limitada, a observação também é válida no caso da tutela inibitória. A cognição limitada é algo inerente à tutela inibitória e necessária para a sua efetividade. No entanto, isso não pode significar a supressão de garantias do processo. Na análise da tutela inibitória, bem como os seus requisitos para aplicação, deverá o julgador se atentar para que a limitação da cognição não implique ferimento às garantias do processo.

de forma homogênea, ou seja, deverá ser considerada tutela jurisdicional diferenciada tanto os casos em que houver cognição limitada quanto nos que houver cognição sumária¹⁴⁵.

Considerando que a característica da tutela inibitória é a cognição limitada (plano horizontal), é possível concluir que se trata de uma espécie de tutela jurisdicional diferenciada, esta entendida em seu sentido mais amplo¹⁴⁶.

Isso porque a tutela inibitória se destina principalmente a proteger direitos, na sua maioria, de conteúdo não patrimonial. Considerando se tratar de tutela que visa o futuro, a questão temporal assume grande relevância, na medida em que o risco de conduta ilícita por parte do réu é, na maioria das vezes, iminente.

Ainda, no caso da tutela inibitória típica, é possível se identificar, também, a existência de previsão legal expressa regulamentando um procedimento diferenciado, no qual se autoriza o juiz a realizar a limitação da cognição. Como exemplo, pode-se citar o interdito proibitório, previsto no artigo 932 do Código de Processo Civil, o qual é referido pela doutrina como exemplo de tutela inibitória no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴⁷. Nos termos do artigo 923 do mesmo diploma legal, é defesa a discussão, em demanda possessória, do domínio. Verifica-se assim que, no interdito proibitório, há tutela inibitória concedida mediante cognição limitada (limita-se o âmbito de discussão, excluindo-se questões relativas à propriedade), bem como há previsão legal do procedimento (tipicidade).

No caso da tutela inibitória atípica, embora não haja o elemento da tipicidade, tal fato não é suficiente para se desconsiderar essa forma de tutela jurisdicional como diferenciada. Isso porque a tutela inibitória difere do paradigma de tutela jurisdicional de cognição plena e exauriente, uma vez que é concedida após cognição limitada. Estando presente o principal critério para identificar a tutela jurisdicional diferenciada, não há justificativa para não se considerar a tutela inibitória atípica como

¹⁴⁵ Nesse mesmo sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

¹⁴⁶ Nesse sentido, SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34; OLIVEIRA, Paulo Rogério de. Aspectos da tutela inibitória. *Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais*. São Paulo: Lex Editora, ano 20, n. 230, p. 11, out. 2008.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 291.

tutela jurisdicional diferenciada, pois está presente o aspecto diferenciador da tutela jurisdicional, qual seja, a limitação da cognição, tomando-se este conceito no seu sentido mais amplo.

Portanto, verifica-se que, em razão da adoção da técnica da cognição limitada, é possível afirmar que a tutela inibitória é uma espécie de tutela jurisdicional diferenciada.

Feitas essas considerações acerca da cognição da tutela inibitória, é preciso analisar a forma como se dará a demonstração dos requisitos para a sua concessão.

2.3.3 A prova na tutela inibitória

Conforme já ressaltado anteriormente, a discussão na tutela inibitória é limitada, uma vez que o autor deverá fazer prova da ameaça do ilícito, prescindindo-se dos debates acerca do dano e da culpa.

Cumpre ressaltar que para a concessão da tutela inibitória, não há necessidade, a princípio, de que a ameaça seja iminente. Conforme será melhor demonstrado no capítulo seguinte, a iminência da ameaça será fundamento para eventual concessão de tutela antecipada.

No entanto, a tutela inibitória pode ser concedida como provimento final. Nesse caso, como bem ressalta Spadoni¹⁴⁸, basta a demonstração da atualidade da ameaça da violação, ou seja, é preciso demonstrar a probabilidade de o ato ser, no futuro, praticado. A concessão da tutela inibitória só faz sentido enquanto for possível a prevenção do ato violador do direito, seja ele instantâneo, continuado ou repetido¹⁴⁹.

¹⁴⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

¹⁴⁹ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, com base em indícios, ser necessária a concessão de tutela inibitória para a finalidade de cessar a atividade praticada por cegonheiros que, por meio de cláusulas contratuais, fixou percentuais para trabalhadores autônomos, o que foi entendido como indícios de abuso de poder econômico. Em razão disso, foi concedida a tutela visando a cessação do ilícito, com base em indícios (STJ REsp 677.585, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 06/12/2005).

Ainda, cumpre observar que, da mesma forma como ocorre com todas as outras formas de tutela jurisdicional, a concessão da tutela inibitória também deverá ser baseada no princípio da legalidade. Isso significa que não basta ao autor demonstrar que possui um interesse que está sendo ameaçado pelo réu. É preciso demonstrar que esse interesse é juridicamente protegido e que essa proteção impõe ao réu uma conduta omissiva ou comissiva¹⁵⁰.

No entanto, como bem ressalta Arenhart¹⁵¹, a prova da ameaça é uma das dificuldades da tutela inibitória, uma vez que é, muitas vezes, subjetiva, fundada em dados internos à pessoa. Ainda, a ameaça de lesão, ao contrário do que ocorre com o dano, não deixa vestígios.

No mais, não se pode ignorar que a ameaça de lesão é um fato futuro, não se podendo exigir prova de algo que ainda não aconteceu, principalmente quando a tutela inibitória não é fundada na continuação ou na repetição do ilícito¹⁵².

Isso porque quando se trata de uma tutela inibitória fundada na continuação ou repetição do ilícito, há prova do ato ilícito anteriormente praticado, facilitando a demonstração da ameaça¹⁵³. No entanto, nos casos em que não houve ainda a prática anterior de qualquer ato, é preciso se demonstrar que o ato que se pretende praticar é vedado pela norma legal.

Para que se possa caracterizar a ameaça, devem ser considerados aspectos objetivos da situação fática levada a conhecimento do juiz. Não basta o mero receio ou temor subjetivo. É necessário que o receio esteja embasado na existência de fatos

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 57 e SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65. Ressalta Spadoni, ainda, que há direitos que só são protegidos por meio da tutela reparatória, ou seja, o titular do direito somente tem a possibilidade de exigir a reparação dos danos. Exemplo dessa situação ocorre com a emissão de gases poluentes, regulamentada pela Resolução do Conama 05/1989. Embora possa existir dano ao meio ambiente no caso da emissão de poluentes, caso a empresa respeite os limites estabelecidos pela norma do Conama, a sua prática será lícita, não podendo ser inibida. Nesse caso, somente será possível a tutela reparatória, mas não a inibitória. Assim, a aplicação do princípio da legalidade implica uma limitação do âmbito de aplicação da tutela inibitória (SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 65 e ss.).

¹⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 230.

¹⁵² *Idem, ibidem*, p. 228.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 57.

exteriores, que o perigo de futura violação do direito seja sério¹⁵⁴, permitindo ao juiz a concluir que provavelmente será praticada a violação ao direito.

Conforme já salientado anteriormente, a definição do que seja ameaça é difícil na prática, uma vez que possui alto grau de subjetividade. A ausência de vestígios e de critérios mais claros e precisos para a sua verificação dificultam a análise desse requisito. Em razão disso, alguns autores propõem critérios para se aferir, na prática, o preenchimento desse requisito.

Nesse sentido, Marinoni¹⁵⁵ entende que a prova na tutela inibitória deverá ser indiciária, ou seja, baseada em indícios. Basta ao autor da demanda alegar que se teme um provável ato ilícito, não havendo o ônus de alegar os fatos que indicam que provavelmente será praticado o ilícito, embora seja aconselhável que assim o faça¹⁵⁶. Conforme o autor, o fato que se pretende demonstrar por meio da prova indiciária deverá ser um fato pertinente em relação ao ato temido. Com base no indício, o juiz, destinatário da prova, irá fazer um raciocínio presuntivo, chegando a uma conclusão (presunção).

Papp¹⁵⁷, por sua vez, entende que se poderia aplicar a esse conceito, por analogia, a forma de demonstração da ameaça para a concessão de tutelas preventivas, tais como o mandado de segurança e o interdito proibitório. Dessa forma, o pressuposto da ameaça estaria preenchido caso se demonstrasse que o temor da conduta ilícita a ser praticada seja real (baseada em atos e fatos, e não meras suposições) e atual (justificada no momento em que pleiteia a concessão da tutela jurisdicional inibitória), sendo que essa demonstração deve ser suficiente para convencer o juiz da ameaça de ilícito, não devendo ser exigida demonstração certa e irrefutável de que a conduta de fato ocorrerá, sob pena de se exigir prova impossível¹⁵⁸.

¹⁵⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 51 e PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3990, nov/dez. 2004.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 58 e ss.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 60.

¹⁵⁷ PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, pp. 3990 e ss., nov/dez. 2004.

¹⁵⁸ PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, pp. 3993, nov/dez. 2004.

Arenhart¹⁵⁹ também propõe critérios semelhantes. Para o autor, a fim de se demonstrar a ameaça, da mesma forma que ocorre no mandado de segurança coletivo e no interdito proibitório, deve-se exigir a demonstração objetiva e concreta da existência de justo receio, apta a comprovar o temor sentido pelo autor. Exige-se da parte autora a indicação de dados concretos, específicos e objetivos, capazes de tornar plausível sua suposição de futura lesão.

Em se tratando de prova da ameaça quando a tutela inibitória não se funda na continuação ou repetição do ilícito, propõe Arenhart¹⁶⁰ a adoção de quatro critérios: (i) análise da vida pretérita do autor e do réu da demanda; (ii) as circunstâncias específicas das alegações das partes; (iii) circunstâncias impostas pelo direito especificamente protegido e (iv) presunções eventualmente incidentes sobre o caso.

Em relação ao primeiro critério, embora normalmente não se aceite como prova no processo a conduta pretérita do autor e do réu, no caso de tutela inibitória contra o primeiro ilícito, essa demonstração pode constituir elemento relevante para a procedência ou não do pedido da demanda. Como exemplo, pode-se citar o caso em que se pretende obter uma tutela inibitória contra a fabricação de um modelo de veículo, por temor que ele seja perigoso ou instável. Nesse caso, a demonstração de que no exterior esse mesmo veículo apresentou alta periculosidade, tendo sido a causa de diversos acidentes, pode servir como elemento para justificar a ameaça do ilícito. Essa análise, embora não suficiente, traz importante indício da ameaça que se supõe atingir. Assim, a demonstração dessas condutas pode contribuir para a convicção do julgador da probabilidade de ocorrência do ilícito¹⁶¹.

Nesse sentido, também, ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 272.

¹⁵⁹ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 254 e ss. Sobre a prova no mandado de segurança, esclarece Hely Lopes Meirelles que o direito líquido e certo é o direito comprovado de plano. “Se depender de comprovação posterior, não é líquido, nem certo, para fins de segurança. (...)” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37).

¹⁶⁰ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 273 e ss.

¹⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 273.

Quanto ao segundo critério, Arenhart¹⁶² entende que poderá ser utilizado, como elemento de convicção, em último caso, o entorno fático e circunstancial do fato principal alegado pelo autor. Nas hipóteses em que não há outros elementos de prova, segundo o entendimento de Arenhart, pode-se conceder a tutela inibitória com base em regras da experiência comum ou científica ou na credibilidade de que goza a pessoa que postula a tutela inibitória no meio social ou ainda na dimensão das consequências que virão da concessão ou não da medida pleiteada.

Quanto ao terceiro critério, verifica-se que, eventualmente, o próprio direito material fornece elementos capazes de facilitar a dimensão da prova em tutela inibitória, fixando deveres objetivos que, uma vez violados, já resultam na razoabilidade do temor da ocorrência do ilícito e do dano. Nesse aspecto, evidencia-se o direito ambiental, o qual determina uma série de condutas e cautelas que deve ter um empreendimento para evitar danos ambientais. A violação a esses deveres já acarreta, por si só, o justo receio de lesão ao interesse ambiental. Assim, verifica-se que o direito material já contém elementos suficientes para formar a convicção do julgador no sentido de demonstrar a existência de fundado receio de ocorrência de ilícito¹⁶³.

Por fim, quanto ao último critério, a prova na tutela inibitória pode ser facilitada da aplicação de presunções fixadas pelo próprio ordenamento jurídico. Arenhart cita como exemplo a presunção derivada da revelia, a qual serviria como elemento para que haja a procedência do pedido da demanda¹⁶⁴.

Nesse sentido, ainda, no campo do direito ambiental, o próprio princípio da precaução impõe a presunção da ocorrência do ilícito em prol do meio ambiente, uma vez que, mesmo sem a comprovação científica dos perigos de ilícito e de dano, devem ser tomadas medidas necessárias para afastar a ameaça ao meio ambiente¹⁶⁵.

No mais, em razão da aplicação do princípio da precaução, há inversão do ônus da prova. Isso porque a incerteza decorre dos limites do conhecimento específico,

¹⁶² ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 274.

¹⁶³ *Idem, ibidem*, pp. 274-275.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 275.

¹⁶⁵ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 328.

motivo pelo qual a demonstração de que não há risco cabe a quem deseja operar a mudança. A inversão do ônus da prova se realiza pois transfere para o empreendedor a responsabilidade de demonstrar que a sua atividade ou produto não vão gerar danos ou que estes podem ser impedidos ou mitigados¹⁶⁶.

A mesma presunção decorrente da aplicação do princípio da precaução pode ocorrer também em outros direitos transindividuais. Por exemplo, nos casos envolvendo direitos coletivos relativos à criança e o adolescente, poderá haver situações em que haja ameaça da ocorrência de um ilícito, violando o direito do ensino obrigatório ou direito a atendimento em creches. Pelo princípio da precaução, poderá haver inclusive a inversão do ônus da prova, em prol dos sujeitos do direito transindividual afetado, imputando esse ônus ao Poder Público, que deverá demonstrar que cumpriu com os seus deveres legais.

A fim de se estabelecer critérios de como se dará a prova na tutela inibitória, pode-se utilizar a técnica do sistema da *common law* aplicável para a concessão de *injunctions*. Isso porque, conforme será melhor analisado nos itens seguintes, as *injunctions* se assemelham à tutela inibitória, motivo pelo qual se justifica a análise das provas necessárias para a sua concessão neste trabalho.

No sistema das *injunctions*, o sistema norte-americano exige a presença da *reasonable probability*¹⁶⁷. Esclarece Arenhart¹⁶⁸ que esse conceito depende da aferição direta e específica de elementos concretos capazes de indicar, de maneira palpável, a ameaça da futura lesão. Esse critério, o qual é fluido e de difícil definição, fica a critério exclusivo do magistrado responsável pela solução da causa, o qual deverá se valer da noção de proporcionalidade¹⁶⁹ para a aferição da existência da *reasonable probability*. A

¹⁶⁶ RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O princípio da precaução e a sua aplicação pelo poder judiciário*. 169 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 66.

¹⁶⁷ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 255 e ss.

¹⁶⁸ *Idem, ibidem*, pp. 255 e ss.

¹⁶⁹ A título de esclarecimento, cumpre definir, para melhor compreensão do tema, o significado dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A razoabilidade traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, consiste em uma análise de três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nessa ordem. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Considera-se adequado não só o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente

ponderação dos interesses postos em litígio representa um dos critérios a serem apreciados pelo juiz quando da análise se há provas suficientes para a demonstração do justo receio. Nesse sentido, Arenhart¹⁷⁰ esclarece que, no sistema norte-americano, quanto mais relevante for o interesse a ser tutelado, mais flexível será o padrão de prova que se deve buscar para obter o convencimento do juiz.

Os critérios acima delineados, somados a outros, como a proporcionalidade e razoabilidade, podem servir como elementos para a formação do convencimento do juiz, viabilizando a concessão de tutela inibitória para evitar o primeiro ilícito.

Como se vê, nos casos de tutela inibitória fundada na ameaça de prática de ato ilícito, quando nenhum outro anterior já tenha sido praticado, tal como ocorre com a continuação ou repetição do ilícito, a questão da prova assume grande relevância.

Os critérios propostos por Arenhart e Marinoni, embora não possuam um fundamento legal expresso, podem ajudar o julgador na análise, no caso concreto, da ameaça da conduta ilícita, uma vez que fornecem elementos suficientes para se avaliar o pressuposto da tutela inibitória no caso concreto.

Cumpre, no entanto, uma ressalva. Os critérios acima expostos devem ser utilizados com cautela, pois a tutela inibitória, conforme já ressaltado anteriormente, visa a prevenção do ilícito. No caso de tutela inibitória fundada na ameaça de prática do ato ilícito, sem que nenhum outro ato anterior tenha sido praticado, a adoção exclusiva de meros indícios para aferição da ameaça a lesão poderá ser perigosa.

realizado. É nessa sub-regra que se insere a ideia de razoabilidade. O ato somente é necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Assim, a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação consiste no fato de que o exame da necessidade é um exame comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto. Feitos esses dois exames, faz-se necessário um terceiro: o da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide. Da análise acima, verifica-se que a regra da proporcionalidade é mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins. A razoabilidade consiste em uma das sub-regras da proporcionalidade (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 798, pp. 31 e ss., 2002).

¹⁷⁰ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 257. Arenhart ressalta que essa solução é semelhante à adotada na Itália, a qual exige a presença de uma situação objetiva de risco a certo direito subjetivo pertencente a uma pessoa (*Idem, ibidem*, p. 257).

Já se afirmou, na presente dissertação de mestrado, que o processo serve de instrumento para o direito material, devendo-se adotar técnicas processuais aptas para a sua efetividade. No entanto, a busca da efetividade não poderá desconsiderar as garantias constitucionais do processo, principalmente o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Embora a tutela inibitória vise conceder ao autor uma tutela jurisdicional adequada, isso não pode significar uma total supressão das garantias previstas no ordenamento jurídico ao réu, colocando-o em situação de extrema desvantagem em relação ao autor, bem como impondo deveres os quais poderão causar prejuízos caso a demanda seja julgada improcedente.

Por fim, cumpre ressaltar que todos os critérios acima delineados são válidos e poderão ser utilizados para a concessão da tutela inibitória. A utilização dos critérios dependerá do caso concreto, da forma como o autor expõe as suas alegações, bem como dos fatos trazidos para o conhecimento do juiz.

Independentemente do critério a ser adotado, deverão ser aplicados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quando da concessão da tutela inibitória. Isso porque, conforme já salientado, a tutela inibitória é uma medida preventiva, atuando antes de eventual conduta a ser praticada pelo réu. Em razão disso, deve-se conceder a tutela inibitória com cautela, evitando-se prejuízos ao réu. A aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por viabilizarem o sopesamento dos interesses envolvidos, deverão nortear a atuação do juiz na avaliação das provas trazidas ao seu conhecimento, inclusive quando se tratar somente de indícios, bem como na concessão ou não da tutela inibitória requerida pelo autor.

Assim, expostos os principais elementos caracterizadores da tutela inibitória, é preciso analisar a sua relação com as demais espécies de tutela jurisdicional.

2.4 Diferenças e semelhanças entre a tutela inibitória e as demais formas tutelas jurisdicionais

2.4.1 Tutela inibitória e tutela reparatória

A tutela reparatória, também chamada de repressiva¹⁷¹, consiste em tutela jurisdicional voltada para o passado, quando os atos e omissões já se foram consumados, não visando impedir a ocorrência do ilícito ou do dano.

A tutela reparatória poderá ser específica ou ressarcitória. A tutela é específica¹⁷² quando se objetiva obter a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional e o cumprimento da obrigação, caso não houvesse ocorrido lesão ao direito material. A tutela ressarcitória¹⁷³, por sua vez, consiste em propiciar dinheiro em lugar do bem ou da situação subtraída do demandante.

Do conceito exposto no item 2.2, é possível verificar que a tutela inibitória não se confunde com a tutela reparatória, que se dirige a um ilícito já cometido. A tutela inibitória consiste em uma espécie de tutela preventiva, objetivando a garantir a integridade do direito, não implicando punição a quem pode praticar o ilícito, mas tão

¹⁷¹ A classificação entre tutela preventiva e reparatória se baseia na natureza dos resultados jurídico-materiais oferecidos, conforme ressalta Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 171). A mesma classificação é feita por Bueno, ressaltando o autor, no entanto, que essa classificação se baseia na perspectiva do dano (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 322). Dinamarco também inclui nessa classificação a tutela sancionatória, que seria aquela destinada a impor medidas de repressão, tal como ocorre com a resilição do contrato por inadimplemento, anulação de ato administrativo entre outros (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 173).

¹⁷² Cumpre ressaltar que o termo “tutela específica” é muitas vezes utilizado na doutrina para se referir também à tutela inibitória, pretendendo com isso esclarecer que a tutela inibitória se destina a manter a integralidade do bem jurídico a ser lesado (manutenção do *status quo ante*), ou seja, visa o próprio bem jurídico lesado, não substituindo-o por pecúnia, e, por isso, seria específica. O termo, nesta hipótese, é utilizado de forma atécnica. Para fins desta dissertação, o termo tutela específica será utilizado no seu sentido técnico, qual seja, como espécie de tutela reparatória, voltada para o passado.

¹⁷³ Terminologia utilizada por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 171. Bueno, ao se referir sobre a tutela ressarcitória, fala em tutela genérica (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 331).

somente impedimento de que o ilícito seja praticado¹⁷⁴. A tutela reparatória, por sua vez, se volta para o passado, não tendo o condão de impedir a ocorrência do ilícito, mas sim repará-lo – seja na forma específica, retornando ao *status quo ante*, seja por meio de compensação pecuniária (ressarcitória).

Cumpre ressaltar a importante observação de Bellelli¹⁷⁵ na diferenciação entre a tutela reparatória, na sua forma específica, e a tutela inibitória. Conforme esclarece a autora, diferenciam-se ambas as formas de tutela em razão do momento de sua aplicação: a tutela reparatória, na modalidade específica, se volta para o passado, desconstituindo os danos já produzidos, enquanto que a tutela inibitória se volta para o futuro, evitando a prática do ato ilícito. Na prática, os efeitos de ambas as tutelas podem coincidir, já que a tutela reparatória, na sua modalidade específica, caso aplicável, propiciará o retorno ao *status quo ante*, como se não houvesse ocorrido a lesão, obtendo-se o mesmo resultado prático da tutela inibitória (ausência de lesão).

No campo da tutela reparatória, é preciso ainda diferenciar a tutela inibitória da tutela que visa à condenação para o futuro, prevista no artigo 290 do Código de Processo Civil.

A condenação para o futuro visa criar um título executivo antecipadamente, antes da violação ao direito. No momento em que se pede a condenação para o futuro, a violação ainda não ocorreu¹⁷⁶. A condenação para o futuro consiste, pois, em tutela certa sobre determinado direito, cuja exigibilidade coercitiva depende da verificação de evento futuro¹⁷⁷.

Através da técnica da condenação para o futuro, a fim de se evitar processos reiterados para conseguir o que é devido periodicamente, possibilita-se ao credor obter

¹⁷⁴ PEREIRA, Luiz César da Silva. Tutela jurisdicional preventiva do meio ambiente: considerações acerca da tutela inibitória. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*. Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 2, n. 3, p. 141, jan/jun. 2009.

¹⁷⁵ BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 622, lug/ago. 2004.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 263.

¹⁷⁷ GONÇALVES NETO, Diógenes Mendes. *Condenação para o futuro no sistema processual brasileiro*. 255 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 61.

uma condenação que diga respeito não só às parcelas que vencerem no curso do processo, mas também aquelas que vencerem após o trânsito em julgado da sentença¹⁷⁸. Ainda, referida técnica processual também tem o escopo de prevenir os ônus decorrentes da demora entre a verificação dos eventos indesejados (inadimplemento ou dano) e o início das medidas executivas para o ressarcimento ou adimplemento forçado¹⁷⁹.

Em razão da constituição prévia do título executivo, a condenação para o futuro poderá ser confundida com a tutela inibitória. Ambas possuem como característica o elemento temporal, qual seja, a anterioridade da demanda relativamente à verificação concreta do ato ilícito¹⁸⁰.

No entanto, como bem ressalta Sartorio¹⁸¹, o caráter preventivo da condenação para o futuro consiste unicamente em constituir preventivamente o título executivo, antes da ocorrência do inadimplemento. Não há qualquer caráter de inibição da ocorrência do ilícito, do contrário, até o admite.

Nesse mesmo sentido, ressalta Gonçalves Neto¹⁸² que a função da condenação para o futuro é primordialmente repressiva, servindo ao credor especificamente para evitar os ônus decorrentes do decurso do tempo entre a verificação do ato ilícito e o início das medidas executivas. Não há o intuito de se prevenir a ocorrência do ato ilícito, característica esta dada à tutela inibitória.

A principal função da condenação para o futuro é garantir ao credor, no caso de violação ao direito, a possibilidade de acesso imediato à via executiva. Não há o intuito de prevenção do ilícito, uma vez que a condenação para o futuro somente atua após

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 264.

¹⁷⁹ GONÇALVES NETO, Diógenes Mendes. *Condenação para o futuro no sistema processual brasileiro*. 255 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p.164.

¹⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 165.

¹⁸¹ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 71.

¹⁸² GONÇALVES NETO, Diógenes Mendes. *Condenação para o futuro no sistema processual brasileiro*. 255 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p.165.

a violação do direito¹⁸³. Logo, a tutela inibitória e a condenação para o futuro não devem ser confundidas.

Embora a tutela inibitória e reparatória sejam distintas, nada impede que, em uma mesma demanda, elas sejam cumuladas, prestigiando-se a economia processual. Nesses casos, deverá o juiz se atentar, na hora de proferir a sua decisão, para os requisitos próprios de cada espécie de tutela jurisdicional.

Essa cumulação entre a tutela reparatória e inibitória permite uma interação na dinâmica processual, garantindo integral proteção ao direito. Nesse sentido, é possível visualizar duas formas de interação: complementar e preliminar.

A tutela inibitória complementa a reparatória, na medida em que ambas as formas de tutela não se excluem, mas integram um sistema reforçado de proteção jurisdicional dos direitos, uma vez que, conforme já delineado acima, é possível a cumulação de demandas em que se veiculem tutela inibitória e reparatória. Além disso, a tutela inibitória desempenha a função preliminar porque, visando a prevenção do ilícito, tende também a eliminar a necessidade da tutela reparatória¹⁸⁴.

Estabelecidas as distinções acima, verifica-se que a tutela reparatória e a tutela inibitória são distintas, apesar de poderem ser cumuladas em uma mesma demanda.

2.4.2 A tutela inibitória e a tutela mandamental

A tutela mandamental, veiculada por meio do mandado de segurança, regulamentado pela Lei nº. 12.016/2009, estabelece no seu artigo 1º, que será concedida tutela para proteger direito líquido e certo, sempre que, ilegalmente ou com abuso de

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 266; CALAIS, Eduardo. A tutela inibitória e a efetividade do processo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (coord). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 179.

¹⁸⁴ RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, p. 1.

poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade.

A tutela mandamental pode exercer função inibitória, uma vez que também se destina a prevenir o ilícito, quando impetrado na sua modalidade preventiva¹⁸⁵.

No entanto, a tutela mandamental possui um âmbito restrito, uma vez que somente poderá ser impetrado contra agentes do poder público ou a eles equipados. A tutela inibitória, por sua vez, pode ser proposta contra qualquer pessoa, física ou jurídica, com a finalidade de prevenir o ilícito.

Em razão disso, Bonício¹⁸⁶ conclui que a tutela inibitória é instrumento análogo à tutela mandamental na sua forma preventiva, de igual força coercitiva e com a legitimidade passiva mais ampla, uma vez que pode ser utilizado tanto contra o poder público quanto o particular.

De fato, em ambos os casos haverá a função preventiva do ilícito, sendo que a decisão terá a mesma força coercitiva na tutela inibitória e no mandado de segurança.

Ainda, conforme será demonstrado no Capítulo III, é plenamente possível a concessão de tutela antecipada nas ações em que se pleiteia a concessão de tutela inibitória. Logo, em ambos os casos é possível a concessão de medida liminar, respeitados os requisitos próprios de cada caso.

Quanto às provas a serem produzidas, verifica-se que a tutela mandamental, em razão da sua natureza, somente admite a prova documental, sendo vedada a dilação probatória.

No caso da tutela inibitória, é possível a realização de outras provas no curso do processo que não a prova documental, desde que pertinentes e relevantes. Isso

¹⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança: tutela preventiva, inibitória e específica. A suspensão da segurança. In: DONNINI, Rogério; CARRAZZA, Roque Antonio (coord). *Temas atuais de direito*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22. Ressalta a autora, ainda, que o caráter inibitório e preventivo da concessão da liminar em mandado de segurança garante a utilidade do provimento final.

¹⁸⁶ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Considerações sobre a tutela inibitória. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 53, pp. 196 e ss, jun.2000.

porque, conforme já salientado anteriormente, a tutela inibitória é uma tutela diferenciada, caracterizada por sua cognição limitada, não sendo permitidas discussões de questões estranhas à tutela contra o ilícito, tais como a culpa e o dano.

Assim, verifica-se que há uma diferença substancial quanto às provas entre o mandado de segurança e a tutela inibitória, uma vez que, embora em ambos os instrumentos processuais a cognição seja limitada, a limitação probatória no mandado de segurança é maior do que na tutela inibitória.

Portanto, pode-se concluir que, guardadas as diferenças acima apontadas, principalmente quanto ao aspecto probatório, a tutela mandamental, na sua modalidade preventiva, é uma espécie de tutela inibitória, uma vez que se tratam de técnicas processuais as quais veiculam uma tutela preventiva do ilícito no âmbito dos direitos transindividuais.

2.4.3 A tutela inibitória e a tutela cautelar

Cumprindo, ainda, diferenciar a tutela inibitória da tutela cautelar.

Conforme definição de Dinamarco¹⁸⁷, a tutela cautelar consiste em medida destinada a proteger o processo em sua eficácia ou na qualidade de seu produto final. Trata-se de medida de apoio ao processo para que ele possa produzir resultados úteis e justos, por meio de providências de natureza assecuratória¹⁸⁸. A função da tutela cautelar é, portanto, neutralizar os possíveis danos que possam decorrer da duração do processo de cognição plena¹⁸⁹.

¹⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 180.

¹⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 118. Spadoni entende que a tutela cautelar se inclui dentro do gênero tutela preventiva, da qual fazem parte a tutela cautelar, a tutela antecipatória e a tutela inibitória (SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 29 e ss.)

¹⁸⁹ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 633. Ressalta o autor que há duas formas de tutelas sumárias: a tutela cautelar e a tutela cautelar não sumária. Ambas são caracterizadas pela sumariedade da cognição, aqui entendida conforme classificação de Chiovenda, diversa daquela adotada por Kazuo Watanabe, ou seja, cognição sumária porque parcial e sumária porque superficial (cf. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene Editore, 1999, pp. 583-584). No entanto, a tutela cautelar não tem o condão de disciplinar de forma

A tutela cautelar tem por características a instrumentalidade, ou seja, em regra, necessita de um posterior provimento jurisdicional definitivo¹⁹⁰. A função instrumental da tutela cautelar significa que os efeitos do provimento cautelar cessam com a emissão do provimento definitivo. Trata-se de “instrumento do instrumento”, pois visa assegurar o resultado do provimento definitivo¹⁹¹.

Outra característica da tutela cautelar é a sua provisoriedade¹⁹². O provimento cautelar, por ser concedido após cognição sumária, não é capaz de se tornar definitivo nem de se tornar imutável (fazer coisa julgada material)¹⁹³. Conforme observa Bedaque¹⁹⁴, a tutela cautelar é caracterizada por um perigo de dano iminente, o que impede que se aguarde o provimento de cognição plena e exauriente. Em razão disso, afirma que a tutela cautelar é essencialmente provisória, pois se destina a afastar o perigo de dano causado pela demora na entrega da tutela definitiva. Admite-se uma solução provisória que poderá perdurar até o momento em que, cumpridas todas as etapas legais, possa ser emitido o provimento definitivo, o qual se tornará imutável¹⁹⁵.

A tutela cautelar poderá ser típica ou atípica. A tutela cautelar típica é aquela prevista na legislação brasileira, especificamente no Livro III do Código de Processo Civil (artigos 796 e seguintes). A tutela cautelar atípica, por sua vez, é aquela que decorre do poder geral de cautela, previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, o

definitiva a relação controversa. A tutela cautelar não sumária, por sua vez, é dotada de tal idoneidade, ou seja, tem o condão de solucionar, de forma definitiva, a questão posta e juízo (*Idem, ibidem*, p. 636).

¹⁹⁰ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 638; CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 143.

¹⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

¹⁹² PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 637. Cumpre ressaltar que a provisoriedade é do provimento jurisdicional, e não necessariamente dos seus efeitos. Esclarece Calamandrei, ainda, que a provisoriedade não se confunde com a temporariedade. Temporário é algo que não se destina a durar para sempre, independentemente de haver a ocorrência de um evento sucessivo ou não; o provisório, por sua vez, é algo que tem sua duração até que ocorra um evento sucessivo (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 10).

¹⁹³ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 639.

¹⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175 e ss.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 176.

qual possibilita a concessão de outras medidas cautelares que não aquelas previstas em lei¹⁹⁶.

Definida a tutela cautelar, verifica-se que ela se distingue da tutela inibitória.

Conforme já ressaltado, a tutela inibitória tem por objeto a prevenção do ilícito, sendo voltada para o futuro. Ela é principal e, em regra, é definitiva, não sendo provisória (salvo quando concedida em sede de tutela antecipada) nem acessória, podendo fazer coisa julgada material, em razão da cognição exauriente.

A prevenção do ilícito não é um acessório da reparação do dano. A tutela inibitória não exige a instauração de um processo principal, bem como não serve como instrumento para um futuro processo. O objetivo da tutela inibitória é a prevenção do ilícito, sendo que, se concedida em provimento final, não necessita de reapreciação em outro processo. O seu provimento é final, e não acessório como na tutela cautelar.

Ressalta Marinoni¹⁹⁷ que, historicamente, a tutela inibitória foi concedida, inicialmente, pelo processo cautelar. No entanto, verifica-se hoje que esse procedimento é inadequado, uma vez que a tutela inibitória encontra fundamento legal para a sua admissibilidade, bem como não se destina a assegurar o efetivo resultado de um processo futuro, uma vez que seu provimento final será, em regra, o de impor uma obrigação de fazer ou proibir determinada conduta.

Dessa forma, resta claro que a tutela inibitória não é acessória e nem visa garantir a eficácia de um futuro processo, motivo pelo qual difere da tutela cautelar, não podendo ser confundida com esta.

¹⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 181.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 66.

2.5 A tutela inibitória e as *injunctions* do direito norte-americano

Tendo em vista o conceito de tutela inibitória já exposto no item 2.2 supra, verifica-se que essa forma de tutela diferenciada é muito parecida com o instituto das *injunctions* do sistema norte-americano.

Conforme definição de Hazard Jr. e Taruffo¹⁹⁸, a *injunction* consiste em uma ordem do Tribunal direcionada ao réu a fim de que este realize determinado ato ou série de atos, ou evite de praticá-lo.

As *injunctions*, criadas da prática jurisprudencial¹⁹⁹, podem ser concedidas para uma grande variedade de casos, envolvendo situações típicas de direito de vizinhança, bem como envolvendo questões de direitos coletivos e difusos, tais como meio ambiente, entre outros²⁰⁰.

Com base no estudo do sistema das *injunctions*, Souza²⁰¹ identificou alguns princípios norteadores do instituto, quais sejam, (i) trata-se de um remédio discricionário, baseado na inadequação da *common law*; (ii) é um remédio que atua diretamente sobre as pessoas, e não sobre o patrimônio do réu; (iii) envolve interesse público e (iv) o não atendimento da ordem emanada é um atentado ao próprio Tribunal, punível com prisão, arresto de bens ou multa.

Para fins de obter a ordem da *injunction*, deve o autor demonstrar que a violação dos seus interesses legais não poderá ser reparada efetivamente pela tutela

¹⁹⁸ HAZARD JR., Geoffrey C; TARUFFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. Yale University Press, 1993, pp. 156 e ss.

¹⁹⁹ SILVA, Paulo Eduardo da. *Tutela inibitória e atuação jurisdicional preventiva*. 191 f. Dissertação de Mestrado. (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 51.

²⁰⁰ Esclarecem Hazard Jr. e Taruffo que, historicamente, as *injunctions* eram utilizadas de forma excepcional. Exigia-se, para a sua concessão, o exame da adequação, cuja análise atualmente quase não é usada (HAZARD JR., Geoffrey C; TARUFFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. Yale University Press, 1993, p. 157).

²⁰¹ SOUZA, Gustavo Emílio Contrucci Alexandrino de. *Injunctions e algumas decisões jurisdicionais no processo civil brasileiro: uma visão comparativa*. 189 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, pp. 114-115. Nesse sentido, ainda, Silva identifica alguns princípios norteadores das *injunctions*, quais sejam, a prevenção, a discricionariedade do juiz, a inadequação da indenização em substituição à *injunction*, entre outros (SILVA, Paulo Eduardo da. *Tutela inibitória e atuação jurisdicional preventiva*. 191 f. Dissertação de Mestrado. (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, pp. 56 e ss). Observa-se, assim, a grande semelhança entre o remédio norte-americano e a tutela inibitória, uma vez que ambos se baseiam na preventividade e na inadequação da tutela reparatoria.

reparatória ou por uma outra tutela adequada *at law*, motivo pelo qual é necessário sanar injustiças e conceder uma tutela diferenciada ao direito do autor.

As decisões das *injunctions* são, geralmente, proferidas com base na *equity*. No sistema norte-americano, as decisões podem ser proferidas com base no *common law*, respeitando-se o direito comum fundado nos precedentes ou nos estatutos, ou com base na *equity*, respeitando-se a justiça quando se faça necessário²⁰², buscando-se um resultado útil ao processo, com a entrega de fruição material de bem ao jurisdicionado.

As hipóteses em que haverá a decisão pela *common law* ou pela *equity* dependem do caso concreto, sendo que, na maioria das vezes, fica a critério quase absoluto da discricionariedade do juiz. Em razão disso, as decisões tomadas com base na *equity* são outorgadas por exceção, somente quando (i) não houver remédio adequado na *common law*, (ii) o requerente da *injunction* demonstrar que o seu direito será demasiadamente afetado se não for tutelado pela *equity* e (iii) não se provar um gravame desproporcional na parte do direito do réu²⁰³.

Ainda, como observa Salles²⁰⁴, as determinações judiciais nas *injunctions* são pautadas pela flexibilidade, tornando a medida concedida mais efetiva, bem como possuem o requisito da adaptabilidade, uma vez que, considerando que as decisões se projetam para o futuro, é preciso que o seu conteúdo possa responder a situações bastante contingenciais.

Cumprе ressaltar que as *injunctions* diferem das ações de indenização, uma vez que o seu julgamento é feito pelo juiz singular, enquanto que as ações de indenização são julgadas pelo júri. No mais, as *injunctions* são medidas que visam o retorno ao *status quo ante* ou a sua manutenção, enquanto que as ações de indenização consistem em

²⁰² SOUZA, Gustavo Emílio Contrucci Alexandrino de. *Injunctions e algumas decisões judiciais no processo civil brasileiro: uma visão comparativa*. 189 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 105.

²⁰³ *Idem, ibidem*, pp. 110 e ss.

²⁰⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 194.

remédio judicial para recomposição pecuniária do dano sofrido pelo autor²⁰⁵, consistindo em tutela reparatória.

Ainda, outra diferença a ser apontada, no caso de *injunctions* no âmbito dos direitos transindividuais, se refere à possibilidade de autoexclusão. Como bem ressalta Giussani²⁰⁶, as *injunctions* têm por característica um litisconsórcio necessário, o qual não existe, a princípio, nas *damages class actions*. Em razão disso, não é possível, em sede de *injunctions*, a autoexclusão, tal como ocorre nas ações de indenização.

No que se refere à classificação das *injunctions*, elas podem ser mandatórias (*mandatory injunction*) e proibitórias (*prohibitory injunction*). As mandatórias são aquelas que compelem alguém a praticar determinado ato (fazer algo); as proibitórias dizem respeito às medidas vedando alguém a praticar determinado ato indicado pelo juiz (não fazer algo)²⁰⁷.

As *injunctions* podem ainda ser permanentes (*permanent injunction*), caso se trate de uma solução definitiva, resolvendo a disputa entre as partes, ou provisórias (*provisional injunction*)²⁰⁸.

No âmbito das *injunctions* provisórias, há as preliminares (*preliminary*), interlocutórias (*interlocutory*) ou ordens temporárias de restrição (*temporary restraining orders*). As preliminares e interlocutórias consistem em medidas de urgência adotadas antes ou depois de iniciado o processo, com a oitiva do réu, para preservação de direito das partes até uma decisão final. As ordens temporárias de restrição, por sua vez, são emitidas em quando se configurar perigo de dano irreparável e, em razão da sua urgência, não se confere ao réu a oportunidade de ser ouvido²⁰⁹.

As *injunctions*, ainda, podem ser preventivas, que visam a proibição de um

²⁰⁵ SALLES, Carlos Alberto. *Injunctions e Contempt of Court* em defesa do meio ambiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). *Tutela coletiva - 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 87.

²⁰⁶ GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle class actions*. Milani: Cedam, 1996, p. 255.

²⁰⁷ SALLES, Carlos Alberto. *Injunctions e Contempt of Court* em defesa do meio ambiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). *Tutela coletiva - 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 98.

²⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 98.

²⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 98.

ato que esteja na iminência de ocorrer; reparatórias, que visam compelir o réu a praticar uma série de atos direcionados à correção de efeitos de um ato passado²¹⁰; e estruturais, que têm por objetivo a reorganização de uma instituição social existente, tal como uma escola, um hospital, entre outros²¹¹.

A fim de justificar a existência de três espécies de *injunctions*, Fiss²¹² esclarece que as *structural injunctions* e as *reparative injunctions* não devem ser vistas somente como formas de evitar a ocorrência futura de um ilícito. Embora se possa visualizar essa função preventiva (a estrutural se destinaria a reorganizar as instituições para evitar o ilícito, enquanto a reparatória visaria impedir a continuação e repetição do ilícito), não é possível afirmar que ambas sejam voltadas para o futuro.

No caso das *structural injunctions*, Fiss²¹³ observa que o ilícito está na própria instituição. A *injunction*, nesse caso, não visa evitar que a ocorrência do ilícito em outra instituição, mas sim reorganizar a própria instituição em que se constatou o ilícito, adequando-a para que este deixe de existir. Ainda, essa espécie de *injunction* pressupõe a ocorrência de um ato ilícito anterior, motivo pelo qual não se pode falar que ela visa somente o futuro.

No caso da *reparative injunction*, Fiss²¹⁴ observa que somente se pode verificar qual o ilícito a ser prevenido se analisar a conduta ilícita anterior e seus efeitos. O ilícito a ser prevenido deriva de uma conduta anterior, não se podendo falar que a *injunction* nesse caso seja preventiva.

Cumprе ressaltar que, entre as espécies de *injunctions*, há a *quia timet injunction*, que consiste em uma ordem a ser concedida antes mesmo da prática ou

²¹⁰ A fim de esclarecer o âmbito de aplicação da *reparative injunction*, Fiss cita o exemplo de um ato discriminação. Havendo a ocorrência do ato, a *injunction*, em seu conceito clássico como remédio preventivo, destinaria a emissão de uma ordem de proibição ao réu, determinando que cessasse a discriminação e não discriminasse novamente. No entanto, no caso *United States v. Louisiana*, que se tratava de um caso de discriminação, reconheceu-se uma nova função para a *injunction*, qual seja, a de remover os efeitos da conduta praticada pelo réu, legitimando-se, assim, a existência dessa espécie de *injunctions* (FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978, p.10).

²¹¹ FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978, p. 7. Ressalta o autor que essas espécies de *injunctions* decorreram, principalmente, em razão dos direitos civis, podendo ser utilizadas para outros ramos do direito (*Idem, ibidem*, p. 10).

²¹² *Idem, ibidem*, p. 10.

²¹³ *Idem, ibidem*, p. 10.

²¹⁴ *Idem, ibidem*, pp. 11-12.

abstenção de um ato que possa lesar o direito do requerente da ordem. Assim, a *quia timet injunction* tem cunho nitidamente preventivo, pois visa a prevenir um ilícito que ainda não ocorreu²¹⁵. Essa forma de *injunction* é concedida, geralmente, para atos que signifiquem inadimplemento contratual, utilização não autorizada de patentes, entre outros casos.

Para a sua concessão, a qual é feita mediante discricionariedade do juiz, é preciso que esteja suficientemente provado o risco de futura lesão que justifique a concessão imediata da medida. Deve estar claro que o ato temido realmente causará dano ao requerente²¹⁶.

Ainda, há a figura da *injunction relief*, prevista na *Federal Rule 23(b)(2)*, que regulamenta, entre outras coisas, o sistemas das *class actions* no direito norte-americano. Nos termos desta regra, é possível a concessão de ordem quando a parte contrária agiu ou se recusou a agir de maneira uniforme para o grupo. Ressalta Mendes²¹⁷ que essa categoria de *class action* não é extensível aos casos em que a pretensão definitiva está relacionada, exclusiva ou predominantemente, com a condenação pecuniária por danos. No entanto, permite-se que, juntamente com o pedido de condenação de fazer ou não fazer, seja cumulado pedido de indenização, desde que de forma incidental.

Comparada com os outros dispositivos constantes da *Federal Rule 23*, a previsão da *injunction relief* é relativamente simples²¹⁸. Não há necessidade de que a parte contrária ao grupo tenha agido ou deixado de agir diretamente contra cada um dos membros do grupo ou tenha prejudicado todo o grupo. É suficiente que a sua conduta afete de forma semelhante um determinado grupo de pessoas. Assim, a conduta ilícita pode prejudicar diretamente apenas algumas pessoas, mas o critério adotado nessa conduta poderá vir a prejudicar um grupo muito maior de pessoas que estejam na mesma situação no futuro²¹⁹.

²¹⁵ SILVA, Paulo Eduardo da. *Tutela inibitória e atuação jurisdicional preventiva*. 191 f. Dissertação de Mestrado. (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 54. Ressalta o autor, ainda, que a expressão latina “quia timet” significa “porque teme”, “mediante receio”, o que evidencia o caráter preventivo dessa forma de *injunction*, aproximando-a da tutela inibitória (*Idem, ibidem*, p. 54).

²¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 55.

²¹⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

²¹⁸ MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. *Complex litigation – cases and materials on advanced civil procedure*. 5ª ed. St. Paul: West Publishing Co., 2010, p. 292.

²¹⁹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 153.

Esse tipo de *injunction* é muito utilizada nos casos de discriminação e segregação racial, cujas situações poderão ser classificadas como violações a direitos difusos²²⁰, pois a discriminação poderá atingir um número indeterminado de pessoas. Assim, parece correta a adoção de um processo coletivo para solucionar esse tipo de situação.

Quanto ao aspecto processual, ressalta Fiss²²¹ que o procedimento das *injunctions* consiste em duas fases: *issuance phase*, na qual o juiz emite uma ordem de conduta, independentemente de ter ocorrido uma conduta ilícita anterior (em regra), e *enforcement phase*, na qual são impostas sanções pelo descumprimento da ordem judicial emanada previamente, fase na qual se encontra o mecanismo do *contempt of court*, que será analisado no Capítulo IV desta dissertação.

No que se refere ao trâmite desses processos, as mesmas regras de provas geralmente se aplicam. No entanto, nas *injunctions*, ao contrário de uma demanda de indenização típica, é possível a concessão de uma medida temporária, antes da produção de provas, bem como há a discricionariedade do juiz ao conceder a ordem final²²².

Ainda, pode haver a cumulação de uma *injunction* com uma *damage class*. Nesse caso, os limites entre as ações reparatória e inibitória não são muito claros, o que torna difícil a aplicação das regras processuais²²³. Como bem ressalta Giussani²²⁴, na prática a *injunction* é considerada quase sempre prevalente em relação à *damage class*. No entanto, quando a *damage class*, que consiste em uma tutela reparatória, é de grande relevância, a solução mais adequada é a de restringir os institutos típicos da tutela

²²⁰ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 155.

²²¹ FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978, p. 9.

²²² Hazard Jr. e Taruffo exemplificam quais as medidas que podem ser adotadas pelo juiz ao conceder a ordem final da *injunction*: “(...) *The court may impose specific and highly restrictive terms, or less onerous ones; it may require that redress be made partly in money damages and partly by corrective action by defendant; it may impose the injunction for an indefinite period or for a limited one; it may require defendant to make reports evidencing compliance; and it may appoint an auxiliary judicial officer to supervise compliance.*(...)” (HAZARD JR., Geoffrey C; TARUFFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. Yale University Press, 1993, pp. 158 e ss).

²²³ GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle class actions*. Milani: Cedam, 1996, p. 260.

²²⁴ *Idem, ibidem*, p. 260.

reparatória, tais como o *opt out*²²⁵, para somente à parte relativa à *damage class*²²⁶, não havendo uma mistura de institutos processuais de ambas as formas de tutela jurisdicional.

Como se vê, o instituto das *injunctions*, principalmente aquele delineado na *Federal Rule 23(b)(2)* e na *quia timet*, é muito parecido com a tutela inibitória. Isso porque em ambos há uma preocupação com o futuro, bem como se busca, como provimento jurisdicional final, a condenação do réu a uma obrigação de fazer, ou a proibição de determinada conduta, visando-se, sempre, a evitar o dano ou impedir a continuação daquela conduta ilícita²²⁷.

No que se refere a *reparatory injunction*, em que pese o entendimento de Fiss acima exposto, verifica-se que também essa espécie de *injunction* tem caráter preventivo, assemelhando-se muito da tutela inibitória fundada na continuação ou repetição do ilícito, conforme o conceito elaborado no item 2.2 desta dissertação.

Isso porque, no caso de emissão de ordem para cessar a conduta ilícita, evitando-a de ser continuada ou repetida, verifica-se que essa ordem tem caráter preventivo, pois se destina ao futuro, a evitar que a conduta ilícita seja praticada no futuro.

O fato de haver a *reparatory injunction* se baseado na ocorrência de um ato ilícito anterior não lhe retira o caráter preventivo, uma vez que mesmo assim haverá uma ordem visando o futuro (não pratique determinado ato), da mesma forma como ocorre com a tutela inibitória continuada ou repetida.

A diferença entre esta espécie de *injunction* e a tutela inibitória reside no fato de que se permite, na *reparatory injunction*, que haja uma ordem para desfazer os

²²⁵ Apenas a título de esclarecimento, uma vez que não é objeto de estudo na presente dissertação de mestrado, o mecanismo do *opt out* consiste na faculdade de autoexclusão, não sendo atingindo pelos efeitos da *class action*. Tal possibilidade, no entanto, gera distorções, uma vez que impacta nos custos do processo (cf. GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle class actions*. Milani: Cedam, 1996, p. 221).

²²⁶ *Idem, ibidem*, p. 260.

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória* (individual e coletiva). 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 135. Como bem observa Pietrobon, as *injunctions* possuem uma amplitude maior do que a tutela inibitória, uma vez que podem ser concedidas como tutela reparatória específica, sendo que a tal função não é dada à tutela inibitória, uma vez que a tutela específica possui fundamento próprio e diverso da inibitória (PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998, p. 16).

efeitos da conduta ilícita realizada, havendo, dessa forma, uma atuação também para o passado, característica típica da tutela reparatória, na sua modalidade específica.

Observa-se que a *reparatory injunction* consiste, na verdade, em uma cumulação de demandas: há uma tutela reparatória, visando retirar os efeitos daquela conduta ilícita (tutela específica), bem como há a tutela inibitória, visando evitar a ocorrência do ilícito continuado ou repetido (tutela preventiva).

Logo, é possível afirmar que a *reparatory injunction* se assemelha à tutela inibitória, uma vez que tem também um caráter preventivo. Afasta-se desta, no entanto, em razão do caráter reparatório presente nesta espécie de *injunction*, caráter esse alheio ao âmbito da tutela inibitória.

Feita essa análise acerca das *injunctions*, verifica-se que, apesar das diferenças acima apontadas, as regras que norteiam as *injunctions* no sistema norte-americano se assemelham à tutela inibitória ora proposta e deverão servir de subsídio para a concretização de uma tutela inibitória efetiva, principalmente no que se refere à aplicação dos mecanismos do *contempt of court*, que será analisado no Capítulo IV desta dissertação.

2.6 Conclusões parciais

De todo o exposto no presente capítulo, é possível se chegar a algumas conclusões.

Primeiramente, a tutela inibitória deverá ser entendida como forma de tutela jurisdicional adequada a proteger os novos direitos, surgidos principalmente após a Revolução Industrial, os quais nem sempre são tutelados adequadamente pela tutela reparatória.

Essa forma de tutela, admitida desde a Constituição Federal de 1988 não implica exclusão da tutela reparatória na sua forma específica, mas sim implica a priorização da tutela preventiva, uma vez que nem todos os direitos transindividuais são passíveis de retorno ao *status quo ante*.

Assim, a tutela inibitória se destina a inibir a prática, a continuação e a repetição do ilícito, evidenciando-se o seu caráter preventivo.

A tutela inibitória, ainda dentro de um contexto de sociedade de massa, em que se adotam mecanismos de socialização de perdas, desenvolve-se como resposta a uma alteração das regras definidoras dos requisitos da responsabilidade civil, que, pela aplicação dos princípios como o da precaução ou da responsabilização objetiva, passam a prescindir de dano, dolo ou mesmo culpa para a previsão das sanções normativas.

Ainda, a tutela inibitória é geralmente concedida após cognição limitada e exauriente e, em razão disso, pode ser classificada como tutela jurisdicional diferenciada.

Como se vê, a tutela inibitória é espécie de tutela jurisdicional com características próprias, justificando-se assim a necessidade de delimitar, de forma clara e precisa, os seus elementos e principais características.

No mais, conforme apontado no item 2.4.1, é plenamente possível a cumulação de uma demanda que veicula tutela inibitória com a tutela reparatória.

Havendo a cumulação de demandas, deverá o juiz se atentar para o fato de que a tutela inibitória possui características próprias, não podendo sofrer as mesmas limitações e restrições das outras formas de tutela jurisdicional. Assim, poderá o juiz, no caso de cumulação de demandas, valer-se da mesma metodologia adotada para o direito norte-americano no que se refere à cumulação das demandas de *injunction* com as de *damage class*: para cada tipo de tutela jurisdicional veiculada na mesma demanda, adotam-se critérios diversos, a fim de viabilizar a concessão de ambas.

Feita essa análise, é necessário verificar o seu papel no sistema de proteção dos direitos transindividuais.

Para tanto, serão analisados os requisitos para que haja a concessão de tutela antecipada nos casos em que se pleiteia provimento preventivo, bem como as

características que as ações envolvendo tutela inibitória coletiva adquirem quanto à legitimidade, flexibilização da demanda e limites da coisa julgada material.

Após, será analisada a efetivação da tutela inibitória coletiva, bem como quais os instrumentos que podem ser utilizados para esse fim, utilizando-se, inclusive, de mecanismos presentes no direito comparado, especialmente no direito norte-americano.

CAPÍTULO III - TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA E A TÉCNICA PROCESSUAL

3.1 Dicotomia entre processos coletivos e processos individuais

3.1.1 Conceito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

A fim de se justificar a existência e necessidade de uma tutela inibitória coletiva, com contornos próprios e diferentes da tutela individual, faz-se necessário fixar os conceitos de direitos transindividuais.

Os direitos transindividuais, compreendidos nessa expressão os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, são uma categoria de interesses situada entre os interesses público e privado. São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a ser interesse público, este entendido como interesse da coletividade como um todo²²⁸.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 81, estabelece três categorias de direitos transindividuais²²⁹, os quais se distinguem em razão da natureza do direito envolvido, se indivisível ou não, e da possibilidade de determinação dos sujeitos titulares do direito.

A fim de delinear as diferenças entre as categorias de direitos transindividuais colocadas pela legislação, é preciso se analisar o que se deve entender por interesse coletivo. Nesse sentido, Mancuso²³⁰ identifica três acepções dessa expressão.

²²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

²²⁹ Embora haja autores que façam a diferença entre interesse e direito, para fins dessa dissertação de mestrado, essas expressões serão utilizadas como sinônimas.

²³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 52 e ss.

A primeira acepção se refere ao interesse pessoal do grupo. Essa conotação é mais restritiva, uma vez que corresponde ao próprio interesse da pessoa jurídica, ou seja, são interesses do grupo em si mesmos. Esse tipo de interesse não é propriamente coletivo, pois ele concerne ao interesse direto e pessoal da pessoa jurídica enquanto entidade²³¹.

A segunda acepção se refere ao interesse coletivo como soma dos interesses individuais. Nesse contexto, tem-se um interesse coletivo somente por causa da forma como ele é exercido. Como bem ressalta o autor, “um feixe de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo, pelo só fato do exercício ser coletivo. A essência permanece individual”²³². É possível identificar essa forma de interesse coletivo no disposto no artigo 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, ao se referir aos interesses individuais homogêneos, os quais, embora exercidos de forma coletiva, permanecem em sua essência individuais²³³.

A terceira acepção consiste no interesse coletivo como síntese dos interesses individuais, em que o interesse fica afetado a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos valores individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. Aqui, é possível se falar em fenômeno coletivo, uma vez que há uma síntese dos interesses individuais originários, surgindo uma nova realidade, a dos interesses coletivos. Pode-se relacionar essa forma de interesse como os interesses difusos e coletivos, uma vez que ambos são, genuinamente, coletivos, ao contrário dos interesses individuais homogêneos²³⁴.

Feita essa breve análise sobre o conceito de interesse coletivo, é preciso estudar a classificação adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. Com base nos critérios estabelecidos pelo legislador, verifica-se que os interesses difusos possuem natureza indivisível, sendo seus titulares pessoas indeterminadas e ligadas por

²³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 52.

²³² *Idem, ibidem*, p. 53.

²³³ *Idem, ibidem*, p. 53.

²³⁴ *Idem, ibidem*, p. 54.

circunstâncias de fato. Cumpre observar, nesse aspecto, que o elo que liga os lesados não é uma relação jurídica, mas sim uma situação fática resultante²³⁵.

Os interesses coletivos, por sua vez, possuem objeto indivisível, relacionado a um grupo determinável de pessoas, as quais se ligam por uma relação jurídica básica comum. Nos termos da definição legal, a lesão ao grupo não decorre propriamente da relação fática subjacente, mas sim da relação jurídica viciada que reúne o grupo²³⁶. Assim, no caso de uma demanda visando à declaração de nulidade de uma cláusula contratual, essa demanda estará protegendo um interesse coletivo, na medida em que os lesados estão ligados por uma relação jurídica básica comum.

Por fim, o último interesse definido pelo Código de Defesa do Consumidor é o individual homogêneo. Nessa espécie de interesse, o grupo é formado por pessoas determinadas ou determináveis, sendo o seu objeto divisível. Ainda, o que liga o grupo é uma origem comum, oriunda de circunstâncias de fato²³⁷.

Conforme já ressaltado acima, os interesses individuais homogêneos não são coletivos propriamente ditos, mas sim individuais, os quais são tratados de forma coletiva. O tratamento processual coletivo conferido a essa espécie de interesse decorre da conveniência da aplicação da técnica coletiva aos interesses individuais homogêneos, sendo que a sua inserção no Código de Defesa do Consumidor foi uma opção de política legislativa²³⁸.

Com base nos critérios acima definidos, verifica-se que a diferença entre as categorias de direitos transindividuais é relevante, pois eles possuem consequências jurídicas diversas, embora na prática às vezes se torne difícil identificar exatamente qual a espécie de direito transindividual que foi violado.

²³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 55.

²³⁷ *Idem, ibidem*, p. 56.

²³⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 98.

Nesse sentido, interessante a observação de Fenoll²³⁹, para quem essa classificação seria excessiva, podendo-se simplificar o problema com menos detalhismos acerca dos tipos de interesses previstos e classificados na legislação brasileira.

No entanto, observa-se que a separação entre as categorias é importante, pois influenciará na formação da coisa julgada e na forma da execução de sentença. Não se trata, assim, de meros detalhismos, mas sim de uma construção teórica a qual possui relevância prática, o que justifica a sua manutenção.

Por fim, cumpre observar que, apesar da separação dos tipos de interesses na legislação, isso não significa que em uma demanda coletiva somente poderá ser discutido uma espécie de interesse transindividual²⁴⁰. É possível haver, em uma demanda coletiva, mais de uma espécie de direito transindividual em jogo, visando à proteção de grupos e objetos diferentes, cada qual produzindo efeitos jurídicos diversos, de acordo com a espécie de direito transindividual violado.

Pode-se concluir que, quando se trata de tutela inibitória, também é possível que, em uma mesma demanda, sejam tuteladas diversas espécies de direitos transindividuais, da mesma forma que ocorre com as ações reparatórias. O tratamento em conjunto dos interesses violados, desde que não cause tumultos processuais, é benéfico, na medida em que em uma única demanda serão tutelados diversos interesses coletivos, os quais poderão ser ameaçados em razão de futura conduta do réu, havendo, assim, apenas uma sentença, regulando a situação de forma igual para todos os interesses envolvidos.

Feitas essas distinções, é preciso analisar os aspectos da técnica processual quando aplicada aos processos coletivos, o que será feito a seguir.

²³⁹ FENOLL, Jordi Nieva. El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro. *Revista de Processo*. São Paulo, 2008, ano 33, n. 156, pp. 108 e ss., fev. 2008.

²⁴⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

3.1.2 Técnica processual – considerações

Técnica processual, conforme define Dinamarco²⁴¹, é a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados, ou seja, é o conjunto de normas que regem o procedimento. A técnica é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir. Pode-se dizer que a técnica está a serviço da eficiência do instrumento, ou seja, do processo. A expressão “técnica processual”, entendida em seu sentido amplo, inclui os momentos de formulação e interpretação da norma processual.

A técnica deve ser elaborada conforme os princípios que regem o sistema jurídico, principalmente os de natureza constitucional. É o resultado da síntese entre o sistema e a forma, devendo servir aos fins últimos do processo²⁴².

A técnica processual tem a finalidade de conferir segurança ao instrumento (processo), proporcionando igualdade de tratamento aos sujeitos parciais que atuam no processo. Ainda, a técnica tem como objetivo garantir que a tutela jurisdicional responda de forma idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, seja do ponto da justiça da decisão, seja do ponto da tempestividade da resposta²⁴³.

Por isso, deve-se, no momento de analisar e elaborar a técnica processual, atentar para qual finalidade aquela técnica se propõe. Deve-se fazer uma análise sobre a sua adequação à realidade dos fatos, genericamente considerada, havendo a possibilidade de, conforme o caso concreto, adaptar a técnica àquela situação peculiar.

Assim, a técnica processual é o meio pelo qual se efetiva o processo, ou seja, meio que permite que o processo consiga produzir resultados, que nem sempre são os desejados pelas partes. A técnica é necessária para o processo, pois o organiza e assegura direitos e garantias processuais. No entanto, não basta só repensar a técnica, para que possa

²⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 14ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 264 e ss.

²⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 73.

²⁴³ *Idem, Ibidem*, pp. 77-78.

dar maior efetividade ao processo, mas também se deve mudar mentalidades e procurar interpretá-la de modo coerente com a situação fática²⁴⁴.

Desta forma, deve-se redimensionar a importância da técnica processual, considerando-se a natureza instrumental do processo, sendo possível - e até mesmo necessário - conciliar forma e técnica para que o processo possa atingir seus fins.

Conforme será demonstrada nos itens seguintes, a reformulação da técnica quando o direito material possui natureza transindividual é fundamental para que o processo e, principalmente, a tutela inibitória, possam atingir a sua finalidade e proporcionar a proteção efetiva dos bens jurídicos envolvidos.

3.1.3 Confronto entre os modelos de processo individual e coletivo – a tutela inibitória coletiva

Na análise da tutela inibitória coletiva, é preciso estabelecer se há um modelo de processo coletivo diferente e autônomo em relação ao modelo de processo individual.

A concepção do modelo tradicional (individual) reflete a visão social do século XIX, a qual se pauta na premissa de que os resultados econômicos de uma sociedade derivam de atividades autônomas e individuais. Esse modelo tradicional pode ser constatado até mesmo em litígios de caráter constitucional, desde a primeira aparição desse tipo de litígio, como por exemplo, no caso *Marbury versus Madison*²⁴⁵.

²⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 103 e ss. Conforme bem observa Moreira, a técnica processual e a efetividade do processo não são valores contrastantes ou incompatíveis, mas sim valores complementares. A técnica processual bem aplicada pode constituir instrumento a serviço da própria efetividade do processo (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. In: *Temas de Direito Processual*: Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28). Assim, verifica-se que a técnica processual é útil e necessária, devendo ser adaptada para que possa atuar em harmonia com a efetividade do processo.

²⁴⁵ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard law review*, 1976, vol. 89, n. 7, pp. 1285 e ss., may. 1976.

Abram Chayes²⁴⁶, em estudo sobre o novo modelo de processos, identifica algumas características sobre o modelo de processos individuais.

Primeiramente, o litígio é bipolar, organizado com base no confronto entre duas partes ou dois interesses diametricamente opostos, sendo que a decisão final é tomada com base no “vencedor leva tudo”. O processo é, também, iniciado e controlado pela parte, sendo que a responsabilidade pelo desenvolvimento dos fatos é das partes. O juiz é um árbitro neutro que decide questões de direito apenas quando colocadas adequadamente pela parte²⁴⁷.

A estrutura referente às partes no processo judicial revela uma tendência individualista. Há uma unidade de funções na estrutura de partes: o autor da demanda é simultaneamente a vítima, assim como o réu é simultaneamente o autor do ato ilícito²⁴⁸.

Ainda, o litígio é retrospectivo. A controvérsia se refere a um conjunto de eventos completos, bem como quando ocorreram e quais as consequências desses eventos para os direitos das partes envolvidas no litígio. Dessa forma, a função desse modelo é restaurar o *status quo*, e a medida judicial é breve e isolada, posto que apenas se encarrega de restabelecer o mundo existente antes da disputa²⁴⁹.

Pode-se dizer que no modelo individual a atividade do juiz se relaciona com a justiça comutativa, ou seja, relaciona-se com o típico modelo novecentista, o qual pressupunha que a simples existência de regras de justiça comutativa ou retributiva levaria a uma sociedade em que se faria, automaticamente, a justiça distributiva²⁵⁰. A justiça comutativa regula atos de duas pessoas particulares, sendo que a sua prestação típica é a

²⁴⁶ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard law review*, 1976, vol. 89, n. 7, pp. 1282 e ss., may. 1976.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*. pp. 1282-1283.

²⁴⁸ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 109.

²⁴⁹ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard law review*, 1976, vol. 89, n. 7, pp. 1281-1283, may. 1976.

²⁵⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 123.

capacidade de impor o cumprimento de obrigações, contratuais ou legais, e de punir as infrações penais em administrativas²⁵¹.

O modelo de processos coletivos versa sobre política regulatória ou constitucional, sendo chamado de “*public law litigation*”²⁵².

Observa-se que, no modelo coletivo, as estruturas e características são bem diferentes do modelo individual²⁵³. Primeiramente, não há uma estrutura bipolar. Há um conjunto de pessoas com um interesse comum, as quais são chamadas para compor a lide. Há, nesse modelo, uma fragmentação dos papéis de autor e réu, em razão da introdução de entidades sociológicas²⁵⁴.

No mais, a controvérsia não trata de uma visão retrospectiva dos fatos, mas sim de uma futura probabilidade. O juiz deve, para tanto, modelar, organizar e facilitar a litigância. Em razão disso, afirma-se que nesse modelo há um maior grau de responsabilidade do julgador²⁵⁵.

Inferre-se que o modelo coletivo se relaciona com a justiça distributiva, ou seja, com a alocação ou apropriação individual de recursos comuns²⁵⁶. A justiça distributiva, ao contrário da comutativa, diz respeito aos bens comuns. Trata-se da regra segundo a qual os interesses particulares são articulados para que uma forma de produção de vida com liberdade seja possível²⁵⁷.

²⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 129.

²⁵² CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard law review*, 1976, vol. 89, n. 7, p. 1284, may. 1976. Salles denomina de processo de interesse público (cf. SALLES, Carlos Alberto de. A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados. In: _____ (coord.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 39 e ss).

²⁵³ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard law review*, 1976, vol. 89, n. 7, pp. 1289 e ss., may. 1976.

²⁵⁴ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 109.

²⁵⁵ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard law review*, 1976, vol. 89, n. 7, p. 1284, may. 1976.

²⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 122.

²⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 127.

Comparando-se ambos os modelos, verifica-se que possuem pressupostos e características próprias, as quais ensejam a autonomia entre os modelos de adjudicação.

De fato, seus pressupostos são divergentes, implicando alteração de comportamento das partes e dos juízes no tratamento de processos individuais e coletivos. Esse tratamento deverá também vir na legislação, uma vez que essas características influenciam os procedimentos a serem adotados na proteção de direitos individuais e coletivos.

Da análise de ambos os modelos, verifica-se que no direito processual vigoram regras básicas, as quais são postas em xeque com a ampliação da tutela coletiva. Ao se pensar nas técnicas processuais da tutela jurisdicional coletiva, é preciso que se afaste do pensamento individual, uma vez que a tutela coletiva possui princípios e regras próprios²⁵⁸. Com base nessas regras, é possível traçar algumas diferenças básicas entre os modelos.

Nesse sentido, verifica-se que as regras de legitimidade ganham destaque. A regra do “*nul ne plaide par procureur*”, a qual determina que a ninguém é lícito postular em nome próprio direito alheio, ressalvadas algumas situações de legitimação anômala é colocada em xeque nos processos coletivos. Tal regra deve ser adaptada, caso contrário, inviabilizar-se-ia a proteção dos direitos difusos, uma vez que esses direitos são de toda a coletividade e, portanto, não poderia alguém legitimado a protegê-lo, já que, em razão da natureza do direito envolvido, não é possível determinar o sujeito individual.

Como bem ressalta Venturi²⁵⁹, enquanto o processo individual funda-se no fato de que o indivíduo protegido presumivelmente tem acesso à justiça, nos processos coletivos, a premissa é oposta, ou seja, os titulares dos direitos transindividuais, por diversos motivos, não têm canais de acesso nem são incentivados a buscar qualquer tipo de

²⁵⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 65-66.

²⁵⁹ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo – a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 106.

proteção perante o Poder Judiciário. Logo, é patente a necessidade de tratamento diferenciado quanto à legitimidade, sob pena de frustração da tutela coletiva.

O princípio da autoridade limitada da coisa julgada também é modificado. No processo civil, esse princípio determina que as decisões, em regra, não atinjam terceiros, mas somente aqueles que são partes na relação jurídica processual²⁶⁰. Tal regra é alterada no processo coletivo, em razão do litígio envolver terceiros, havendo, portanto, regulamentar a forma como será feita a coisa julgada, a fim de propiciar que ela atinja a sua finalidade, protegendo, efetivamente, os direitos transindividuais envolvidos²⁶¹. Ainda, conforme será melhor abordado adiante, a coisa julgada nos processos coletivos se dá *secundum eventum litis vel probationis*²⁶².

Como se vê, os modelos individual e coletivo são diversos, uma vez que possuem institutos e características próprios os quais ressaltam as suas divergências e, portanto, justificam a sua autonomia. Em razão disso, os modelos devem receber um tratamento diferenciado, tanto na legislação processual, quanto por parte dos sujeitos do processo²⁶³.

Da mesma forma, a tutela inibitória, quando tiver por objeto direitos transindividuais, deverá também ganhar contornos processuais próprios, diferentes da tutela inibitória individual, adaptando-se às peculiaridades do direito material envolvido, a fim de que possa proporcionar um processo civil de resultados.

²⁶⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A ação civil pública, o direito social e os princípios. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 292.

²⁶¹ Nesse sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 138. Ressalta o autor, ainda, que atualmente consiste uma função do Poder Judiciário a implementação do Estado Democrático de Direito, por meio de proteção dos direitos e garantias constitucionais, bem como por meio de efetivação, no plano material, desses direitos, sejam de natureza individual ou coletiva (*Idem, ibidem*, p. 150).

²⁶² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 283.

²⁶³ Nesse sentido, afirma Almeida que o direito processual coletivo seria um novo ramo do direito processual (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 138-139).

Isso porque as mesmas regras dos processos individuais não podem ser aplicadas integralmente aos processos coletivos, em razão das diferenças substanciais entre esses dois modelos de processo, conforme ressaltado acima. Em razão disso, a tutela inibitória coletiva deve também receber tratamento diferenciado em relação à tutela inibitória individual, pois se inclui nesse novo modelo de adjudicação, qual seja, o modelo coletivo, cuja autonomia e peculiaridade exigem a adoção de técnicas processuais específicas.

Nesse sentido, conforme será abordado nos itens seguintes, a tutela inibitória coletiva adquire contornos próprios quanto à flexibilização da demanda, aos limites da coisa julgada e na efetivação. Assim, diferencia-se a tutela inibitória coletiva da individual, em razão da adoção de técnica processual diversa, a qual se justifica em razão de se tratar de direitos transindividuais.

Logo, resta demonstrado que a tutela inibitória, quando aplicada aos direitos transindividuais, deve ser tratada de forma diferente, atentando-se às peculiaridades dos processos coletivos, motivo pelo qual é possível se falar em tutela inibitória coletiva, em contraposição à individual.

3.2 Técnica processual e tutela inibitória coletiva

3.2.1 Possibilidade de antecipação de tutela

3.2.1.1 Breves considerações sobre a antecipação de tutela

A técnica da antecipação de tutela surge como instrumento de repartição do ônus do tempo do processo²⁶⁴, consistindo em técnica processual para evitar que o autor suporte maiores prejuízos em razão do tempo em que o juiz leva para formar o seu

²⁶⁴ SILVA, Alexandre Barbosa da. Tutela antecipatória, tutela inibitória, tutela específica, execução imediata da sentença e a execução fundada em título executivo provisório nos anteprojetos de reforma do Código de Processo Civil – análise inicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 92.

convencimento. A tutela antecipada procura equacionar o conflito existente entre a segurança jurídica e a tempestividade da tutela²⁶⁵.

Primeiramente, é preciso fazer uma ressalva técnica. Embora se fale em tutela antecipada, o que ocorre não é a antecipação da tutela (declaratória, condenatória ou constitutiva) propriamente dita. A antecipação se refere aos efeitos da tutela²⁶⁶, permitindo-se que os efeitos da sentença sejam gozados desde logo pelo requerente, evitando-se a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação ou, em alguns casos, até mesmo punir a parte que atuou com má-fé processual²⁶⁷, no caso de a tutela antecipada ser concedida com base no abuso de direito. A antecipação ocorre, pois, em relação aos efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material²⁶⁸.

Feita essa ressalta, é preciso verificar quais os elementos caracterizadores da tutela antecipada. Nesse sentido, aponta-se que a tutela antecipada tem por características a sumariedade da cognição e a provisoriedade²⁶⁹.

A tutela antecipada é concedida após cognição sumária, pois, por se tratar de um provimento de urgência²⁷⁰, o âmbito de cognição do juiz é menor na profundidade do que aquele necessário para o provimento final. Não se exige do juiz um critério de certeza, bastando uma probabilidade razoável²⁷¹. Dessa forma, em razão da análise do juiz ser superficial, há cognição sumária (incompleta), e não exauriente.

²⁶⁵ TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1983, pp. 132 e ss.; TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 275. Ressalta Laspro, nesse mesmo sentido, que a ideia clássica de que o reconhecimento do direito somente poderia ocorrer a partir da cognição exauriente abriu espaço para a cognição sumária (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito*. São Paulo, vol. 4, n. 1, p. 137, jul. 2004).

²⁶⁶ Nesse sentido, TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1983, p. 23.

²⁶⁷ LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *Tutela antecipada em processos coletivos: a racionalidade de sua concessão*. 177 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 45.

²⁶⁸ LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *Tutela antecipada em processos coletivos: a racionalidade de sua concessão*. 177 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 45. Lusvarghi ressalta, ainda, que a antecipação da tutela se refere aos efeitos negativos da sentença, e não aos seus efeitos positivos, motivo pelo qual poderá ser concedida em qualquer caso (*Idem, ibidem*, pp. 45-46).

²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 181.

²⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 180.

²⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 181.

Ainda, a tutela antecipada é provisória, pois se destina a amparar uma situação emergencial, a qual poderá ser revertida a qualquer tempo, caso se constate que os seus requisitos não mais subsistem. No mais, havendo a superveniência de sentença, resta a decisão que concedeu a antecipação da tutela substituída pelo provimento jurisdicional posterior, o que também evidencia o seu caráter de provisoriedade.

Caracterizada a tutela antecipada, é preciso diferenciá-la da tutela cautelar. Conforme ressalta Lacerda²⁷², a tutela antecipada e a cautelar possuem pontos em comum, quais sejam, a sumariedade da cognição (cognição incompleta ou superficial), a provisoriedade e a necessidade de realização da tutela pleiteada de modo urgente.

No entanto, ambas as espécies não se confundem. A tutela cautelar, conforme já analisado anteriormente, destina-se a assegurar o resultado útil do processo. A tutela antecipada, por sua vez, destina-se a antecipar os efeitos da sentença, não sendo apenas algo de caráter instrumental²⁷³. No caso da tutela inibitória, especificamente, a tutela antecipada tem por função evitar que o ilícito ocorra ou retirar a ilicitude, dependendo do objeto da tutela inibitória.

Em que pese a existência de diferença entre ambas as espécies de tutela jurisdicional, Dinamarco²⁷⁴ ressalta que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada devem ser pensadas tendo em vista o processo civil de resultados. Disso resulta que não se deve ater a pormenores conceituais e desnecessários, mas sim se deve pensar em ambas as formas de tutela como instrumentos de combate ao tempo, motivo pelo qual ambas podem ser incluídas dentro de uma categoria maior, chamada de medidas de urgência.

²⁷² LACERDA, Aloyr Dias. Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela inibitória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, v. 196, p. 110, jun. 2011.

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 209. Nesse sentido, Bueno propõe como critério diferenciador entre a tutela antecipada e a tutela cautelar a coincidência com o que se pretende a final. Havendo coincidência parcial ou total, haverá tutela antecipada; ausente tal coincidência, será caso de tutela cautelar (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 4, p. 132).

²⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 181.

Ainda, dependendo do caso concreto, nem sempre é possível se fazer a distinção entre as espécies de tutela²⁷⁵, motivo pelo qual Dinamarco²⁷⁶ observa que há uma ideia de unidade muito grande entre esses instrumentos, sendo que só em pontos muito específicos que se bifurcam regras privativas em cada uma dessas espécies. Aliás, foi essa ideia de unidade que levou o legislador a estabelecer, no artigo 273, §7º, do Código de Processo Civil, a regra da fungibilidade entre a tutela antecipada e a cautelar, como forma de evitar que questões conceituais pudessem levar a uma inefetividade do instrumento processual.

Dessa forma, embora a tutela antecipada e a tutela cautelar possuam objetos diferentes, adota-se a regra da fungibilidade entre essas espécies de tutela jurisdicional, permitindo-se que seja concedido o provimento adequado para tutelar o direito pleiteado, independentemente do nome dado e evitando-se discussões doutrinárias desnecessárias.

Feitas esses breves considerações, faz-se necessário analisar os fundamentos legais para a concessão de tutela antecipada inibitória.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que, embora a técnica processual não adquira nenhuma peculiaridade em relação à tutela inibitória coletiva, o estudo desse tema é relevante, uma vez que a possibilidade de concessão de tutela antecipada, bem como quais os critérios que deverão ser levados em conta são elementos fundamentais para conferir maior efetividade à tutela inibitória coletiva, motivo pelo qual se justifica o estudo dessa técnica processual.

3.2.1.2 Requisitos para a tutela antecipada inibitória

Conforme já ressaltado no Capítulo anterior, o objeto de estudo da presente dissertação de mestrado é a tutela inibitória coletiva. Considerando que, conforme o caso, a tutela inibitória impõe uma determinação de fazer ou não fazer, verifica-se que a antecipação de tutela deverá ser concedida com base no artigo 84, §3º, do Código de

²⁷⁵ Essa constatação também é feita por BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 4, p. 134.

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, Vol. I, p. 183.

Defesa do Consumidor, o qual estabelece as medidas a serem pleiteadas pelo autor da demanda coletiva²⁷⁷.

Inicialmente, cumpre destacar que existe discussão na doutrina se os requisitos do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor diferem do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Parte da doutrina²⁷⁸ entende que os requisitos de ambos os artigos não são iguais. O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor prevê o relevante fundamento da demanda e o justificado receio da ineficácia do provimento final, não exigindo a apresentação de prova inequívoca para análise da verossimilhança das alegações, ao contrário do artigo 273 do Código de Processo Civil. Em razão disso, entende-se que os requisitos exigidos pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor são menos rigorosos que os do artigo 273 do Código de Processo Civil²⁷⁹.

Em posição intermediária, Sartorio²⁸⁰ admite que não há uma distinção pragmática entre as figuras de prova inequívoca da verossimilhança e fundamento ou fumaça do bom direito. Porém, ambos os artigos são diferentes, pois há que se distinguir entre o perigo da lesão irreparável ou de difícil reparação do receio de ineficácia do provimento final.

Segundo o autor, a distinção é relevante pois a tutela inibitória independe da prova do dano e, por conseguinte, havendo urgência na antecipação, deverá ser provada a probabilidade do direito, bem como que a demora poderá tornar inócua a própria prevenção com a possibilidade de ocorrência do ato violador. Ressalta, assim, que não se

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190. Cumpre ressaltar que há julgados que reconhecem a possibilidade de concessão de tutela antecipada em demandas de caráter preventivo. Nesse sentido, STJ REsp 201.219, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 25/06/2002; STJ ApCiv 20030110899943, Rel. Min. Flavio Rostirola, 1ª Turma, julgado em 30/05/2012.

²⁷⁸ LACERDA, Aloyr Dias. Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela inibitória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, v. 196, p. 117, jun. 2011; SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 139.

²⁷⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 139.

²⁸⁰ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 66.

pode exigir a demonstração do receio do dano, pois a tutela inibitória se destina à prevenção do ilícito, a qual não se confunde com o dano²⁸¹.

Por fim, outra parte da doutrina entende que se tratam dos mesmos requisitos. Nesse sentido, Arenhart²⁸² entende que os dois dispositivos tratam da mesma figura e exigem o mesmo grau de plausibilidade para a concessão da tutela antecipada. Ambos os artigos exigem o requisito da relevância do fundamento, o que poderá ser equiparado ao *fumus boni iuris* e o justificado receio de ineficácia do provimento final, o que pode ser equiparado ao *periculum in mora*²⁸³.

Na mesma esteira de pensamento, Lusvarghi²⁸⁴ ressalta que os requisitos são iguais, mas com nomenclatura diversa. Os requisitos da relevância do “fundamento da demanda” e o receio de ineficácia do provimento final representam, respectivamente, a prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança da alegação e o dano irreparável ou de difícil reparação.

Da análise dos posicionamentos expostos, não se observa uma diferença substancial entre os artigos. De fato, o artigo 273 do Código de Processo Civil e o 84 do Código de Defesa do Consumidor tratam dos mesmos requisitos, exigindo para a sua concessão o mesmo grau de plausibilidade. A diferença da nomenclatura não significa que os requisitos sejam diversos, ou que um artigo seja menos rigoroso que o outro.

O juiz, ao analisar o caso concreto, deverá conceder ou não a tutela antecipada com base nos elementos constantes dos autos em sede de cognição sumária. Da mesma forma, o autor deverá demonstrar a iminência da ocorrência do ilícito (ou da sua continuação ou repetição, conforme a situação), trazendo as provas necessárias para

²⁸¹ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 67.

²⁸² ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 296 e ss.

²⁸³ Observa Arenhart que, embora possa ser estranho equiparar os requisitos da relevância do fundamento e o justificado receio de ineficácia com os de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, esclarece o autor que esses termos, embora possa ter pressupostos diferentes, revelam, para o processo, os mesmos requisitos, não merecendo qualquer distinção (*Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 299).

²⁸⁴ LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *Tutela antecipada em processos coletivos: a racionalidade de sua concessão*. 177 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 64.

subsidiar as suas alegações, bem como os perigos que poderão advir caso não haja a concessão da tutela antecipada, seja esse pedido fundado no artigo 273 do Código de Processo Civil, seja no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. Logo, trata-se dos mesmos requisitos, não havendo justificativas para a sua diferenciação.

Observa-se, no entanto, que apesar de os requisitos serem os mesmos, a comparação entre ambos os artigos revela que a redação do artigo 273 do Código de Processo Civil é mais clara quanto aos requisitos a serem analisados pelo juiz, bem como possui hipóteses diversas daquelas previstas no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, tais como a possibilidade de antecipação de tutela no caso de abuso de direito (artigo 273, inciso II) ou no caso de um dos pedidos ser incontroverso (artigo 273, §6º).

Em razão disso, é possível afirmar que o artigo 273 do Código de Processo Civil deverá ser utilizado de forma subsidiária em relação ao artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, pois possui outras hipóteses de antecipação de tutela, não havendo qualquer justificativa para a sua aplicação também na tutela inibitória nos processos coletivos²⁸⁵.

Feita essa observação acerca do fundamento legal para a concessão da tutela antecipada inibitória, verifica-se que o autor deverá demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Nesse sentido, o *fumus boni iuris* deverá corresponder à probabilidade da ilicitude²⁸⁶. Considerando as peculiaridades que a prova na tutela inibitória assume,

²⁸⁵ Em análise do artigo 461, §3º, do Código de Processo Civil, cuja redação é igual ao do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, conclui Bueno que não há diferença ontológica entre os artigos, mas o artigo 461 é mais lacunoso se comparado com o artigo 273 do Código de Processo Civil. Assim, este artigo se aplica subsidiariamente ao 461, §3º (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 4, p. 114).

²⁸⁶ Conforme análise de J.E. Carreira Alvim com base na doutrina italiana, o autor ressalta que há graus de probabilidade: “(...) A *ignorância* é a situação de pleno desconhecimento, de absoluta falta de motivos a favor ou contra o objeto *cognoscendi*. (...) A *dúvida* é a situação em que a inteligência oscila entre o sim e o não em face de razões favoráveis a cada uma das hipóteses contraditórias. Esta situação, que pode ser traduzida como *possibilidade*, é um tormento para o juiz (...). Na opinião, o assentimento pende para uma das alternativas consideradas, em que pese alguma ‘inquietação’ que possa restar nessa tomada de posição. Esta situação pode ser traduzida como *probabilidade*. Por fim, a *certeza*, que representa uma firme convicção, fundada na *evidência do objeto*. (...)” (ALVIM, J.E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 57 e ss – grifos no original). Com base nas definições acima, conclui-se: para que haja a

conforme exposto no capítulo anterior, o juízo provisório deve recair sobre fato que indique que o ilícito poderá ocorrer antes da efetivação da sentença. Ressalte-se que os fundamentos para concessão da tutela antecipada na tutela inibitória são diferentes daqueles exigidos para a tutela reparatória. Neste, o juízo provisório deve estar em fato violador e na necessidade de tutela antecipada para que não venha ocorrer dano diverso daquele que se deseja reparar. No caso da tutela inibitória, por sua vez, o juízo provisório irá analisar a probabilidade de ocorrência do ilícito antes da prolação da sentença²⁸⁷.

Cumprido estabelecer, ainda, o significado da expressão prova inequívoca. Conforme compilação feita por Lusvarghi²⁸⁸, há quatro acepções na doutrina brasileira: (i) prova inequívoca só será aquela que seria bastante para fundamentar o julgamento do mérito a favor do autor²⁸⁹; (ii) prova inequívoca, em comparação com o *fumus boni iuris*, tradicionalmente apontado como um dos pressupostos da tutela cautelar, a antecipação de tutela de mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à verdade dos fatos²⁹⁰; (iii) prova inequívoca seria aquela bastante a criar convicção de verossimilhança preponderante na mente do juiz, o qual tem o dever de justificar o porquê as provas analisadas favorecem o autor ou o réu na régua probatória de comparação da situação fático-jurídico das partes²⁹¹; e (iv) por meio de interpretação gramatical, *equívoca* é a prova a qual se pode conferir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender²⁹².

antecipação de tutela nas ações preventivas, é preciso haver uma probabilidade da ocorrência da ilicitude, não se exigindo a certeza, a qual será difícil de ser obtida, considerando-se que a tutela inibitória visa o futuro.

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 192-193.

²⁸⁸ LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *Tutela antecipada em processos coletivos: a racionalidade de sua concessão*. 177 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pp. 53 e ss.

²⁸⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.13.

²⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, p. 79 (*apud* LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *Tutela antecipada em processos coletivos: a racionalidade de sua concessão*. 177 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 53).

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 191.

²⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de Processo*, n. 104, p. 104, out/dez. 2001. Ressalta o autor, ainda, que ao analisar os requisitos da tutela antecipada, o magistrado estará diante de um teste de duas etapas: 1) É, a prova, “inequívoca”, no sentido de que só comporta um entendimento; e, 2) Sendo a prova inequívoca, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? Se houver resposta negativa a qualquer das duas etapas, o pedido de antecipação de tutela deve ser negado (*Idem, ibidem*, p.104).

Da análise dos conceitos acima expostos, parece mais acertada a posição de Marinoni.

Isso porque, em relação à primeira acepção, o rigor na conceituação de prova inequívoca acabaria por aniquilar a possibilidade de tutela antecipada. Ainda, se a prova é tão robusta, não haveria necessidade de prolongar o andamento do processo.

Também a segunda acepção não parece a melhor solução. Exige-se um alto grau de confiabilidade da prova e consequente alta probabilidade de sucesso da demanda para que seja possível o deferimento da tutela antecipada. No mais, não há uma definição do que seria uma prova não robusta ou qual seria a linha limítrofe entre o deferimento e o indeferimento²⁹³.

A interpretação gramatical do que seria prova inequívoca também gera o mesmo problema daquele da primeira concepção, ou seja, torna-se muito difícil a concessão de tutela antecipada, o que acabaria por simplesmente não utilização da técnica processual conferida pelo legislador.

Melhor parece ser a terceira acepção, pois se exige que a convicção da verossimilhança seja encontrada no próprio dever de fundamentação, devendo o juiz promover uma explicação acurada das provas que o levaram a entender por preponderante a verossimilhança em direção a uma das partes.

Em relação ao requisito do *periculum in mora*, este deverá ser o justo receio de que o ilícito (associado ao dano ou não) seja praticado no curso do processo, em momento anterior ao provimento final a ser executado²⁹⁴.

A fim de esclarecer os conceitos aqui expostos, pode-se citar como exemplo a iminência de um ato ilícito que possa comprometer um prédio histórico, afetando, dessa forma, a proteção do patrimônio histórico.

²⁹³ LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *Tutela antecipada em processos coletivos: a racionalidade de sua concessão*. 177 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 55.

²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 190-191.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o fato de a tutela antecipada se fundar no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor ou no artigo 273 do Código de Processo Civil não exime o autor de fazer prova do alegado e de demonstrar, com base em documentação idônea, a iminência da ocorrência do ilícito. Também não há qualquer repercussão para o juiz, que deverá se utilizar dos mesmos critérios e padrões para análise e fundamentação da decisão que conceder ou indeferir a antecipação da tutela, independentemente do artigo invocado para tanto.

Deverá o autor, nessa hipótese, demonstrar a relevância da fundamentação da demanda, que, no exemplo dado, corresponde à demonstração que há um direito prestes a ser violado (o direito transindividual relativo à proteção do patrimônio histórico), o qual necessita, em caráter de urgência, de um provimento jurisdicional que impeça a realização de uma conduta ou que determine a sua realização, conforme se trata de ilícito comissivo ou omissivo. Tal alegação deverá, obviamente, ser acompanhada de provas, as quais demonstrarão, em sede de cognição sumária, os fatos narrados pelo autor da demanda. Não há, assim, qualquer diferença entre os requisitos da relevância da fundamentação e da prova inequívoca da verossimilhança, pois ambas as expressões implicam a demonstração dos mesmos elementos para o preenchimento do requisito para a concessão da antecipação de tutela.

Deverá, ainda, ser demonstrado o perigo de ineficácia do provimento final, ou seja, cabe ao autor demonstrar, em sede de cognição sumária, que caso não seja dado qualquer provimento em caráter liminar, poderá ocorrer o ilícito que comprometerá a proteção do patrimônio histórico: por exemplo, o desabamento de parte do prédio, ou perda de alguma característica essencial. Resta evidente que esse requisito em nada se diferencia daquele previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil (receio de dano irreparável ou de difícil reparação), com as adaptações necessárias por se tratar de uma tutela jurisdicional preventiva, e não reparatória, a qual não exige a demonstração do dano para a sua concessão.

De todo o exposto, conclui-se que a antecipação da tutela inibitória, seja ela fundada no artigo 273 do Código de Processo Civil, seja ela fundada no artigo 84 do

Código de Defesa do Consumidor, deverá atender aos mesmos critérios, nos termos já definidos acima.

Estabelecidos os requisitos para a tutela antecipada inibitória, é preciso analisar mais detidamente a questão da sua irreversibilidade, a qual ganha grande destaque quando se trata em prevenção do ilícito.

3.2.1.3 A irreversibilidade da tutela antecipada inibitória

A tutela antecipada, tal como ocorre nas demais formas de tutela, pode ser concedida a qualquer momento, inclusive antes da oitiva do réu, desde que respeitados os limites da razoabilidade e que não cause um dano irreversível ao réu²⁹⁵.

Nesse sentido, ressalta Watanabe²⁹⁶ que a irreversibilidade não ocorre no plano jurídico, mas sim fático, sendo que, para a sua conceituação, não deverá ser levado, necessariamente, o critério econômico. Assim, deverá o juiz analisar o caso concreto, com equilíbrio e bom senso, a fim de avaliar se aquela decisão antecipatória de tutela será irreversível ou não²⁹⁷.

Laspro²⁹⁸ entende que, em situações excepcionais, é possível a concessão de tutela jurisdicional irreversível. Para tanto, deverá o julgador se atentar para as seguintes condições: (i) respeito ao princípio da necessidade, ou seja, o julgador deverá estar absolutamente seguro de que não existe outra forma de assegurar o direito do autor; (ii) deferimento após o contraditório, devendo o julgador, pelo menos, designar audiência

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 193 e ss.

²⁹⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, pp. 34-35, jul/set. 1996.

²⁹⁷ Nesse mesmo sentido, SILVA, Alexandre Barbosa da. Tutela antecipatória, tutela inibitória, tutela específica, execução imediata da sentença e a execução fundada em título executivo provisório nos anteprojetos de reforma do Código de Processo Civil – análise inicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 93. Tommaseo, em análise sobre o tema, conclui que, para o legislador, ao estabelecer a tutela antecipada, deu prevalência ao direito provável ao direito improvável (TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1983, p. 155).

²⁹⁸ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito*. São Paulo, vol. 4, n. 1, pp. 140-141, jul. 2004.

prévia para a oitiva das partes, antes mesmo da citação do réu; (iii) análise de quem deu causa à urgência, ou seja, se o autor foi a juízo no último instante de modo a querer obrigar o juiz à concessão da tutela de urgência, não poderá haver a ratificação dessa conduta pelo Poder Judiciário, o que poderia ser configurado inclusive abuso de direito do autor, pois embora a parte possa ingressar em juízo no momento que entender mais oportuno, isso não pode configurar prejuízo à parte contrária; (iv) verificação da proporcionalidade, em que o juiz deverá ponderar os valores em jogo e deverá decidir entre a preservação do direito do autor por via da tutela antecipada e a não invasão da esfera dos direitos do réu.

A fim de auxiliar a análise sobre a irreversibilidade, convém estudar como esse aspecto é tratado nas *injunctions* no direito norte-americano. Isso porque, conforme já analisado no Capítulo II da presente dissertação de mestrado, a tutela inibitória se assemelha ao instituto das *injunctions*, uma vez que ambos se referem à concessão de provimentos visando à prevenção do ilícito. Assim, o estudo da forma como a irreversibilidade é considerada no instituto das *injunctions* trará elementos importantes para o estudo desse requisito na tutela inibitória coletiva.

Conforme já tratado anteriormente, uma das espécies de *injunctions* é a *preliminary injunctions*, as quais são ordens judiciais anteriores ao julgamento final da demanda com o propósito de proteger os direitos do autor de danos irreparáveis durante a pendência do processo. São provimentos extremamente flexíveis e podem ser moldados para responder às exigências de cada caso²⁹⁹.

Leubsdorf³⁰⁰, após uma análise histórica acerca do instituto, concluiu que o padrão a ser seguido nas *preliminary injunctions* é o da minimização das prováveis perdas de direito irreparáveis. Considerando que a *preliminary injunction* é concedida após cognição sumária, o procedimento deverá analisar a probabilidade de sucesso da demanda e a irreparabilidade do dano causado. Propõe o autor uma fórmula: o juiz deveria valorar a provável perda irreparável de direitos que uma *injunction* causaria multiplicando a probabilidade que o réu tem de sair vitorioso pela quantidade de perdas irreparáveis que ele

²⁹⁹ LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *Tutela antecipada em processos coletivos: a racionalidade de sua concessão*. 177 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 70.

³⁰⁰ LEUBSDORF, John. The standard for preliminary injunctions. *Harvard Law Review*, volume 91, n. 3, pp. 540-541, jan.1978.

sofreria pela proibição de exercer o que lhe seria de direito. Deveria, então, fazer um cálculo similar para a parte contrária no caso de a *injunction* ser negada. Aquele curso que prometer a probabilidade de perdas menores deve ser o adotado³⁰¹.

Observa Lusvarghi³⁰² que a aplicação dessa fórmula pode levar a situações de deferimento da tutela antecipatória bem diferentes do padrão utilizado no Brasil. Isso porque, conforme já analisado anteriormente, utiliza-se como fundamento para a concessão de tutela antecipada a prova inequívoca que leve à verossimilhança das alegações (ou a relevante fundamentação da demanda) e a ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação (ou o perigo de ineficácia do provimento final). Não há, no entanto, uma análise cruzada desses elementos, da forma como proposta pelo autor norte-americano. Utilizando a fórmula, por exemplo, em uma demanda com baixíssima probabilidade de sucesso, a *preliminary injunction* poderá ser concedida desde que o conjunto de danos irreparáveis para o autor seja bastante alto.

Da análise dos conceitos acima expostos, verifica-se que a questão da irreversibilidade deve ser analisada casuisticamente, baseando-se nas alegações do autor e na documentação trazida aos autos.

Considerando que a tutela inibitória visa a prevenção do ilícito, a questão da irreversibilidade ganha maior destaque, uma vez que será concedida ordem judicial em razão de possibilidade da ocorrência de um ilícito que, na prática, ainda não ocorreu.

Em razão disso, deverá o juiz ser cauteloso, evitando-se prejuízos demasiados ao réu da demanda caso seja concedida a tutela antecipada inibitória.

Para tanto, parece adequada a adoção do critério da minimização das prováveis perdas de direito irreparáveis, uma vez que, por meio da conjugação dos fatores de probabilidade de sucesso da demanda e a irreparabilidade do dano causado, será possível a concessão de tutela antecipada com mais cuidado, levando-se em consideração

³⁰¹ LEUBSDORF, John. The standard for preliminary injunctions. *Harvard Law Review*, volume 91, n. 3, p. 542, jan.1978.

³⁰² LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *Tutela antecipada em processos coletivos: a racionalidade de sua concessão*. 177 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pp. 76-77.

não só os fatos alegados pelo autor da demanda, mas também a possível irreparabilidade em relação ao réu.

Como bem ressalta Arenhart³⁰³, em tema de tutela inibitória, a ponderação dos bens em litígio é tema constante, em razão dos interesses envolvidos. Assim, faz-se necessária a realização da ponderação dos bens envolvidos, a fim de se evitar prejuízos não só ao autor, mas também ao réu, não se permitindo a concessão de tutela antecipada se o prejuízo causado ao interesse da parte requerida seja imensamente maior que aquele imposto ao demandante³⁰⁴.

Ainda, cumpre ressaltar que, caso se constate a irreversibilidade da tutela jurisdicional pleiteada, a ponderação entre a probabilidade de sucesso da demanda e a irreparabilidade em relação ao réu deverá ser mais cautelosa. Em casos excepcionais, seria até possível a concessão de tutela antecipada inibitória irreversível, porém tal concessão deverá ser norteadada pelos critérios acima propostos, bem como pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, evitando-se, na medida do possível, maiores danos ao réu da demanda.

Feita essa análise, cumpre, ainda sobre o tema da tutela antecipada, estudar a questão do princípio da correlação da demanda, o que será feito a seguir.

3.2.1.4 A tutela inibitória antecipada e o princípio da correlação da demanda

Por fim, cumpre analisar a questão da aplicabilidade do princípio da correlação da demanda à tutela antecipada. Considerando que o autor formulou pedido antecipatório requerendo que certas medidas sejam adotadas, poderia o juiz adotar outras medidas as quais entenda serem mais efetivas?

³⁰³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 311.

³⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 312.

A resposta deverá ser positiva. Isso porque o ordenamento jurídico atual reconhece ao juiz o poder geral de cautela³⁰⁵, o que permite que, verificados os requisitos legais, possa o juiz atuar de ofício, dentro do poder geral que lhe é conferido, permitindo-se assim, que o processo atinja as suas finalidades.

Essa hipótese já vem prevista nos artigos 461 do Código de Processo Civil e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, os quais ampliam os poderes do juiz, concedendo-lhe liberdade para adotar outras medidas que entenda ser mais efetivas. Não se vislumbram-se óbices, a princípio, para que o juiz possa conceder outras medidas que não as requeridas pelo autor, desde que entenda serem mais efetivas, adequando os possíveis efeitos a serem antecipados às necessidades da situação de direito material³⁰⁶.

Ainda, cumpre ressaltar que, se essa possibilidade pode ser concedida para o provimento final, nada impede que se aplique o mesmo raciocínio para o provimento antecipatório.

Dessa forma, verifica-se que a tutela antecipada, quando aplicada à tutela inibitória coletiva, necessita de adaptações, principalmente nos elementos necessários para a sua concessão, bem como na forma de sua efetivação. Logo, a tutela antecipada nas ações que envolvem tutelas preventivas coletivas necessita de adaptação da técnica processual, para que haja maior efetividade do processo.

Feita essa análise, é preciso verificar como se dará a questão da estabilização da demanda no caso da tutela inibitória coletiva.

³⁰⁵ Bedaque observa que o poder geral de cautela, previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, também é aplicável às situações de tutela antecipada, pois esta também tem natureza cautelar, podendo, assim, serem aplicadas as mesmas regras à tutela antecipada da tutela cautelar (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 373 e ss).

³⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 375 e ss. É preciso ressaltar, no entanto, que o juiz não pode exceder os limites da própria demanda (*Idem, ibidem*, pp. 375 e ss).

3.2.2 Flexibilização da demanda

3.2.2.1 As teorias da individualização e da substanciação

Outra aplicação da técnica processual, especificamente quando se trata de tutela inibitória coletiva, é a estabilização da demanda.

A estabilização da demanda deve ser entendida como a fixação de um momento a partir do qual não será mais possível alterar a pretensão processual e os fundamentos que a delimitam³⁰⁷.

Para melhor compreensão do tema, devem-se analisar, primeiramente, as teorias que se relacionam com a causa de pedir³⁰⁸, mais especificamente, as teorias da substanciação e da individualização.

De acordo com a teoria da substanciação, a demanda judicial deve ser elaborada mediante a descrição dos fatos constitutivos do direito (causa de pedir remota), os quais contribuem para a sua delimitação. Como consequência, ficam excluídos da abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada os fatos não alegados pelo autor, que servirão de fundamento para futura demanda a respeito do mesmo direito³⁰⁹.

Para a teoria da individualização, por sua vez, é necessário que o autor esclareça o direito ou a relação jurídica a ser afirmada (causa de pedir próxima). Em razão disso, tendo em vista que a causa de pedir se identifica pelo conteúdo do direito deduzido, ficam absorvidos todos os fatos que servem para fundamentar o direito invocado,

³⁰⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido* – o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, p. 119.

³⁰⁸ Como bem ressalta Fenoll, o termo *causa petendi* é indevido, pois gera distorções, motivo pelo qual seria preferível se falar em objeto do juízo ou objeto litigioso (FENOLL, Jordi Nieva. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 116). Para fins da presente dissertação de mestrado, esses termos serão utilizados como sinônimos.

³⁰⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido* – o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, pp. 87-88; RICCI, Gian Franco. Individuazione o sostanziazione nella riforma del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: anno XLIX, n. 4, pp. 1232-1233, dic.1995. Ressalta Ricci, ainda, que é possível um novo processo relativo ao mesmo direito, invocando outro fato constitutivo (*Idem, ibidem*, p. 1235).

inviabilizando-se futura demanda envolvendo a mesma pretensão, em que se alegam fatos não abordados na anterior³¹⁰.

Tucci³¹¹, em análise da doutrina italiana, conclui que o objeto litigioso (a *causa petendi*) não pode se dissociar da situação substancial que é elemento integrante da pretensão deduzida em juízo. O objeto litigioso deverá ser entendido como a circunstância jurídica concreta deduzida em juízo *in statu assertionis*, que aflora individualizada pela situação de fato contrária ao modelo traçado pelo direito material.

Em análise sobre o tema, propõe Leonel³¹² uma aproximação consensual entre os dois posicionamentos extremos. Assim, entende o autor que, para fins de estabilização da demanda, o objeto litigioso do processo civil deve ser considerado como a pretensão processual consubstanciada no pedido formulado pelo autor, englobando tanto o provimento judicial pretendido como o bem jurídico para cuja proteção se pede a tutela jurisdicional³¹³.

Da análise acima, o entendimento de Leonel é o mais adequado. Isso porque, conforme bem ressalta o autor³¹⁴, a adoção de uma teoria em detrimento da outra encontra, em algum ponto, dificuldades cuja teoria adotada não é capaz de dar uma resposta satisfatória.

³¹⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, pp. 87-89; RICCI, Gian Franco. Individuazione o sostanziazione nella riforma del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: anno XLIX, n. 4, pp. 1228-1229, dic.1995. Ressalta Ricci que, em razão da aplicação dessa teoria, os limites objetivos da coisa julgada são extremamente amplos (*Idem, ibidem*, p. 1230).

³¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 134.

³¹² LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, pp. 102 e ss.

³¹³ Conforme proposta do autor, verifica-se que, embora os fundamentos de fato e de direito (causa de pedir) não integrem a pretensão processual, esta não pode ser corretamente compreendida sem a visualização da causa de pedir (LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 104).

³¹⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 103. Cumpre ressaltar que Fenoll critica essas duas teorias, uma vez que reconhece que, na prática judicial, há problemas quanto a identificação do objeto litigioso, sendo que cada teoria é utilizada conforme a conveniência do caso concreto (FENOLL, Jordi Nieva. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 110).

Ainda, não se pode negar que a relação jurídica na qual se funda a demanda também tem papel importante na determinação da causa de pedir, não podendo ser simplesmente ignorada.

Por meio da adoção de uma posição entre as teorias da substanciação e da individualização, tal como propõe Leonel, é possível se considerar como dentro da causa de pedir não só os fatos, mas também a relação jurídica que embasa a pretensão do autor deduzida em juízo, evitando-se, assim, posições extremadas e permitindo uma maior operacionalidade na resolução de dúvidas ao longo do desenvolvimento da demanda³¹⁵.

Cumprе ressaltar, no entanto, que a doutrina majoritária brasileira tem entendido que o Código de Processo Civil adotou a teoria da substanciação, uma vez que os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda, mas os fundamentos jurídicos não. Conforme assevera Dinamarco³¹⁶, a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, o qual, levando em conta a narrativa dos fatos, a prova realizada e seu próprio conhecimento jurídico, poderá dar aos fatos narrados e provados qualificação jurídica diversa daquela que constou na petição inicial³¹⁷.

Porém, esse posicionamento não é pacífico. Oliveira³¹⁸, em análise da doutrina brasileira e italiana, entende que o Código de Processo Civil adotou ambas as teorias da substanciação e da individualização, ou seja, tanto o fato como a relação jurídica se mostram importantes para a identificação do objeto litigioso, de maneira mais ou menos acentuada a depender da circunstância. Disso resulta que a *causa petendi* é determinada pelos fatos jurídicos e pelos efeitos jurídicos pretendidos pelo autor.

³¹⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido* – o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, p. 103.

³¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. II, pp. 127-128.

³¹⁷ A fim de exemplo, Dinamarco esclarece que: “Se o autor narra determinados fatos na petição inicial e com fundamento neles pede a anulação do contrato por *erro*, nada o impede – e nada impede o juiz também – de alterar essa capitulação e considerar que os fatos narrados integram a figura da *coação* e não do erro. (...) Mas *os fatos* o autor não pode alterar, nem pode o juiz se apoiar em outros para fazer o seu julgamento. (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. II, p. 128 - grifos nossos).

³¹⁸ OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *A coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. 263 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 146.

De todo o exposto, verifica-se que, em que pese o entendimento contrário, não parece correto afirmar que o Código de Processo Civil tenha adotado ambas as teorias. Da análise dos dispositivos do Código de Processo Civil, verifica-se que o Brasil adotou um sistema rígido de preclusões, impondo às partes o dever de suscitarem todos os fatos pertinentes à causa, sob pena de não poderem ser analisados pelo juiz. Em razão disso, em que pese o teor do artigo 282 do referido diploma incluir na causa de pedir os fundamentos jurídicos, uma leitura sistêmica do Código de Processo Civil deixa claro que a teoria adotada é a da substanciação, tendo em vista que o juiz poderá decidir a causa com base em fundamentos jurídicos diversos daqueles indicados inicialmente pelo autor da demanda, mas não o poderá fazê-lo com base em fatos não alegados pelas partes.

Em que pese a teoria adotada pelo Código de Processo Civil, conforme será melhor explanado a seguir, esse instituto adquire contornos específicos quando se trata de tutela coletiva, em razão da peculiaridade dos direitos envolvidos.

Em razão disso, para fins da presente dissertação de mestrado, tendo em vista a necessidade de adequar o conceito de causa de pedir, adaptando-o ao processo coletivo, será adotada uma posição mais consensual, nos termos propostos por Leonel, a qual se coaduna com a efetividade do processo coletivo e com as suas peculiaridades.

Estabelecido o posicionamento acerca do objeto litigioso, devem-se estabelecer, ainda, as premissas acerca do direito superveniente.

3.2.2.2 Conceito de fato e direito supervenientes

Ainda sobre a estabilização da demanda, é preciso analisar o que se deve compreender por direito superveniente.

Conforme observa Leonel³¹⁹, a locução direito superveniente possui vários significados. Em sentido amplo, significa norma posterior àquela existente, o que traz a discussão acerca de conflitos de normas no tempo. Em sentido estrito, o direito

³¹⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido* – o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, pp. 107 e ss.

superveniente deve ser compreendido como advento de situações jurídicas tuteladas pelo ordenamento jurídico em razão da incidência concreta de determinados preceitos.

Da análise de ambos os conceitos, Leonel entende que o direito superveniente deve ser compreendido como a soma do fato e da previsão jurídica, podendo ser definido como a sucessão temporal de efeitos jurídicos no plano do direito substancial, ou seja, a eficácia jurídica que se sobrepõe àquela deduzida anteriormente quando da propositura da demanda judicial³²⁰.

Em sentido semelhante, embora restrito ao conceito de fatos, Tucci³²¹ assevera que o fato superveniente é aquele cuja ocorrência se verifica após o ajuizamento da demanda, enquanto que o fato novo constitui um acontecimento da vida, que surge no processo após a fase de estabilização. No caso do fato novo, o fato já preexistia, mas deixou de ser alegado pela parte por desconhecê-lo ou, ainda, por ter entendido que seria irrelevante.

Segundo Tucci³²², a distinção entre fato superveniente e fato novo é relevante para fins de estabilização da demanda, pois, dependendo do caso, haverá repercussões diversas. O fato (e direito) superveniente repercute em qualquer tempo e grau de jurisdição e, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil, somente poderá ser aquele fato (ou direito) apto a constituir, modificar ou extinguir a fundamentação fático-jurídica apontada na petição inicial.

O fato novo, por sua vez, incide enquanto houver atividade probatória, não podendo ser admitido em fase recursal. Apresentando-se como exceção ao dogma da estabilização, ele poderá ser descoberto na fase probatória e, sendo possível a dilação

³²⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido* – o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, pp. 116 e ss. Ressalta Tucci que, na verdade, o fato que irrompe no momento da produção da prova não é caracterizado pela superveniência cronológica, mas sim circunstância que preexistia ao ajuizamento da demanda e, portanto, consiste em fato novo no processo, e não fato superveniente (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 189).

³²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 165.

³²² *Idem, ibidem*, pp. 190-191.

probatória, sem tumultuar o processo, deverá ser dada oportunidade à parte (a quem a prova prejudica) a produzir a contraprova e exercer o seu direito de contraditório³²³.

Da exposição acima, é preciso estabelecer algumas premissas.

Primeiramente, não se vislumbra justificativa para se falar somente em fato superveniente, ao invés de direito superveniente. Isso porque, tanto no caso de um fato como do direito, havendo alteração que possa modificar o curso da demanda ou até mesmo o seu resultado, este deverá ser considerado, independentemente da mudança ser decorrente de um fato ou de um direito.

Dessa forma, deverá ser adotado o entendimento mais amplo, tal como exposto por Leonel, a fim de considerar como causas para uma possível flexibilização da demanda os fatos e direitos supervenientes.

Cumpre, ainda, estabelecer o que deve ser entendido por superveniente. Em que pese a distinção feita por Tucci, também aqui não se vislumbra uma justificativa para se distinguir entre fato (ou direito) novo e fato (ou direito) superveniente. Isso porque ambos possuem a mesma característica, qual seja, a sua ocorrência ou ciência (no caso dos fatos) posterior ao ajuizamento da demanda.

Ainda, para que haja a flexibilização da demanda, tal como será melhor abordado no item seguinte, deverá haver limites para o seu reconhecimento, evitando-se prejuízos à parte contrária e supressão às garantias constitucionais do processo. Disso resulta que a distinção feita por Tucci entre fato novo e superveniente, em que um somente pode ser conhecido até a fase probatória, e outro em qualquer grau ou tempo, não persiste, pois, nos termos propostos na presente dissertação de mestrado. A flexibilização da demanda, caso necessária, deverá ser realizada de forma excepcional, visando a garantir o devido processo legal.

³²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 191. Ressalta o autor que esse fato geralmente ocorre nos casos de causa de pedir dinâmica, relativas a uma pluralidade de fato essenciais, aptos, cada um, a alicerçar uma demanda autônoma que conduza idêntica pretensão.

Dessa forma, não se verifica justificativas para excluir, para fins de flexibilização de demanda, os fatos ou direitos, supervenientes ou novos (conforme a terminologia utilizada por Tucci), uma vez que ambos deverão ser considerados quando da prolação da sentença pelo juiz.

De todo o exposto, será utilizado o termo direito superveniente nos moldes daquele adotado por Leonel, a fim de incluir no conceito os fatos e direitos cuja ocorrência ou ciência do autor se deu posteriormente ao ajuizamento da demanda.

3.2.2.3 A adequação da estabilização da demanda na tutela inibitória coletiva

Feita essa breve digressão conceitual, é preciso analisar as regras de estabilização da demanda previstas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a forma como essas regras devem ser adotadas quando se trata de tutela inibitória coletiva.

Com base nos dispositivos constantes do Código de Processo Civil, pode-se verificar que, a elaboração da demanda envolve a afirmação da causa de pedir remota (fatos constitutivos do direito afirmado) e próxima (fundamentos jurídicos), sendo que sua alteração pode ocorrer livremente até o momento da citação, nos termos do artigo 264 do Código de Processo Civil. Após a citação, no entanto, somente é possível a alteração mediante anuência do réu. Ainda, não é possível a alteração após o saneamento.

As matérias que podem ser conhecidas de ofício são suscetíveis de análise a qualquer tempo (artigo 303 do Código de Processo Civil), sendo que os fatos secundários ou simples, os quais não compõem a causa de pedir, servindo apenas para melhor ilustrá-la, podem ser alegados a qualquer tempo também.

Por fim, cumpre ressaltar que se admitem novos fatos e o direito superveniente nos casos de (i) frutos, aluguéis, prestações vencidas ulteriormente, ou consequências do ato ou fato ilícito concretizadas posteriormente; (ii) surgimento posterior de fatos constitutivos e (iii) surgimento posterior de fatos modificativos ou extintivos do

direito afirmado pelo autor, dando margem à improcedência da demanda ou à carência superveniente³²⁴.

Feitas essas observações, verifica-se que, no caso da tutela inibitória coletiva, a técnica processual da estabilização da demanda deve ser adaptada, a fim de que se flexibilize esse instituto, adequando-o à tutela jurisdicional ora abordada³²⁵.

Isso porque os direitos transindividuais possuem um dinamismo diferente dos direitos individuais, além da sua inerente complexidade, a qual decorre de diversos fatores, entre eles o número de litisconsortes, a complexidade, custo das provas e a dificuldade, em muitos casos, em identificar, desde logo, a extensão dos atos ilícitos.

Embora o conteúdo da causa de pedir nos processos coletivos não difira substancialmente dos processos individuais, há uma diferença tênue na sua formulação. Isso porque enquanto na tutela individual a substanciação seja minuciosa, não há esse rigor na tutela coletiva, em que a substanciação é mais tênue, recaindo apenas sobre aspectos mais genéricos da conduta do réu.

Nesse sentido, ressalta Leonel³²⁶ que na tutela coletiva não há uma especificação intensa dos fatos a ponto de identificar-se com uma situação individual ou específica. Basta a descrição da conduta genericamente, o dano causado de forma inespecífica e o nexo entre ambos. Logo, a descrição fática deverá ser formulada no limite da suficiência para a demonstração da situação material mais ampla³²⁷.

³²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 226.

³²⁵ Ressalta Degenszajn que a causa de pedir tem feições diferentes conforme o direito afirmado, o que reflete também nos limites da sua flexibilização (DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa pretendi*. 196 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 132).

³²⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 241.

³²⁷ Ressalta Gabbay que, conforme previsão contida no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, no caso dos processos coletivos, prepondera a indisponibilidade do bem jurídico, ao contrário do que ocorre com o processo individual. Em razão disso, a fim de se garantir a aplicabilidade da indisponibilidade do bem jurídico, caso o autor da demanda formule pedido de modo restritivo, deverá o juiz, por meio de uma interpretação extensiva, desde que respeitadas as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, adequar a pretensão deduzida em juízo ao bem jurídico subjacente (GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 115-116). Em que pese o fato de o Anteprojeto ter sido rejeitado, o raciocínio exposto pela autora confirma aquilo que se tem defendido na presente dissertação, ou seja, que os processos coletivos possuem peculiaridades próprias, motivo pelo qual as regras devem ser adaptadas para melhor adequação e proteção do bem jurídico envolvido.

Apesar de o autor se referir à tutela reparatória, o mesmo raciocínio é plenamente aplicável à tutela inibitória. Considerando que se trata de uma tutela preventiva, contra a ameaça de conduta ou da sua repetição, não se deve exigir que a causa de pedir contenha descrição minuciosa dos fatos que embasam a pretensão deduzida pelo autor em juízo. Basta que haja uma descrição mais genérica da ameaça e do nexo entre a conduta a ser realizada e do ilícito que poderá ser cometido. A descrição do dano e da culpa, conforme já ressaltado, não é relevante, uma vez que este não é objeto da tutela inibitória.

Nesse mesmo sentido, ressalta Destefenni³²⁸ que a exposição dos fatos nas ações coletivas é mais fluida, havendo, assim, maior possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido.

Isso porque a sentença nas ações coletivas não resolve relações jurídicas individuais. Quanto maior for a indeterminação da coletividade interessada, menor é a necessidade de especificação de fatos caracterizadores de situações individuais concretas³²⁹.

Como exemplo pode-se citar eventual violação a um dos deveres constantes do artigo 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O dever de acesso ao ensino ou atendimento em creches atinge uma coletividade de crianças cuja indeterminação é inerente, além de não ser possível, desde logo, vislumbrar qual a forma mais adequada de implementar a política pública a fim de evitar a violação ao direito de atendimento em creches. Nessa situação, tendo em vista a dinamicidade inerente ao direito material envolvido, não há necessidade de uma descrição minuciosa da política pública adequada para resolver o problema. Basta uma descrição mais genérica dos fatos a fim de viabilizar uma demanda visando à proteção do direito cuja violação é iminente.

Da mesma forma ocorre com o direito ambiental. Havendo a possibilidade de realização de um ilícito, cujas proporções não se pode inicialmente prever, também não

³²⁸ DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. 441 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 169.

³²⁹ *Idem, ibidem*. p. 170.

se deve exigir uma descrição minuciosa dos fatos, mas sim uma descrição mais genérica, a qual será melhor complementada no curso do processo, com a instrução probatória e o devido exercício do contraditório e ampla defesa por parte do réu da demanda.

Logo, verifica-se que, em razão da própria impossibilidade de haver uma descrição minuciosa e mais precisa acerca dos fatos, a flexibilização da demanda na tutela inibitória coletiva é fundamental para que se viabilize a sua concessão³³⁰. Dessa forma, justifica-se a adoção de uma técnica processual diferenciada quanto à estabilização da demanda, principalmente quando se trata de tutela inibitória coletiva, em razão da sua complexidade, o que impede que os conceitos tradicionais do processo civil possam ser aplicados adequadamente.

Além disso, cumpre ressaltar que, caso não se adapte os conceitos tradicionais do processo civil, tal circunstância levaria à propositura de uma nova demanda, o que vai de encontro com a finalidade do processo civil, uma vez que comprometerá a sua efetividade.

A flexibilização da demanda, no entanto, deverá ser feita com critério, devendo ser em caráter excepcional, a fim evitar a supressão de garantias constitucionais do processo, principalmente o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica.

Nesse sentido, Gajardoni³³¹, assevera que para que ocorra a flexibilização procedimental, devem ser atendidos três requisitos: (i) finalidade da modificação, ou seja, ela deverá ocorrer em casos excepcionais, quando se verifica que o instrumento predisposto não é apto a tutelar de forma eficaz o direito material³³²; (ii) contraditório

³³⁰ Nesse mesmo sentido, ressalta Mancuso que a “intensidade da *substanciação* parece estar na razão *inversamente proporcional* à determinação dos sujeitos: quanto mais estes estão expandidos e indefinidos (como se dá nos interesses difusos), menor se torna para o autor o ônus da demonstração do binômio fatos + fundamentos jurídicos do pedido.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 454 – grifos no original).

³³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 88 e ss.

³³² Acrescenta Gajardoni ainda dois motivos ligados à finalidade que podem justificar a flexibilização procedimental: (i) a possibilidade de dispensa de alguns empecilhos formais e irrelevantes para a lide, desde que de outro modo se atingirá o seu escopo sem prejuízo às partes e (ii) condição da parte, ou seja, caso o juiz, verificando a existência de condição de hipossuficiência de uma das partes, poderá alterar o procedimento para a composição de uma igualdade processual e material (*Idem, ibidem*, pp. 88-89).

útil,³³³ ou seja, deverá haver sempre o respeito a este princípio constitucional; (iii) motivação, consistente na necessidade de fundamentação da decisão que altera o *iter* legal, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Atendidos os requisitos acima expostos, deverá ser flexibilizada a regra da estabilização da demanda, permitindo-se que sejam incluídos novos fatos que não puderam ser alegados anteriormente. Como bem ressalta Destefenni³³⁴, a regra da estabilização da demanda nos processos coletivos deve ser atenuada, flexibilizando-se a possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido.

Em sentido semelhante, Gajardoni³³⁵ entende que, enquanto o sistema ainda não disponibilizar instrumentos adequados à tutela dos direitos transindividuais, resta ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às particularidades do direito transindividual, permitindo a flexibilização do procedimento para alterar o pedido ou a causa de pedir, mesmo sem a concordância da parte adversa ou após a fase do saneamento do processo, casos em que o procedimento seria revertido, tornando a fases anteriores a fim de não prejudicar o exercício do contraditório pela parte contrária.

Leonel³³⁶ também entende que deverá ser flexibilizada a regra da estabilização da demanda. Se determinado fundamento ou fato for introduzido intempestivamente em relação ao ponto da estabilização da demanda, mas acabar sendo amplamente debatido pelas partes, com produção de prova a seu respeito, sem que tenha havido qualquer prejuízo, deverá aquele fato ou fundamento jurídico ser incorporado na

³³³ Gajardoni esclarece que o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas facetas: formal, em que só é operacionalizado se as partes tiverem oportunidade de participação, e material, em que somente há contraditório se a participação foi capaz de influir na decisão proferida. Ressalta o autor, ainda, que ambas as facetas vivem em conjunto, pois não é possível haver influência em uma decisão sem participação, bem como de nada vale uma participação por participar, sem a efetiva e real possibilidade de atuar sobre o convencimento do juiz (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 89).

³³⁴ DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. 441 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 177.

³³⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 185.

³³⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 244.

demanda, impedindo-se que outra demanda posterior venha a discutir aquele aspecto³³⁷. Solução contrária implicará o ajuizamento de nova demanda, com a reprodução de prova e espera de maior tempo, sem que disso decorra maior proveito concreto.

No caso da tutela inibitória coletiva, tendo em vista da dinamicidade dos direitos envolvidos, é possível que no curso do processo se verifique uma nova causa de pedir. Havendo a produção de prova a respeito, bem como se dando oportunidade ao exercício do contraditório, em que pese a violação das regras formais relativas à estabilização da demanda, não há razão para não se admitir essa nova causa de pedir, dando-se maior efetividade à tutela jurisdicional inibitória³³⁸.

É preciso observar que essa flexibilização não pode ocorrer de forma aleatória, devendo-se respeitar os princípios constitucionais do processo, principalmente o do contraditório e a ampla defesa. Há necessidade de fixação de certos parâmetros, a fim de evitar prejuízos ao réu e manter a segurança jurídica no curso do processo.

Nesse sentido, ressalta Leonel³³⁹ que a flexibilização da demanda deverá ocorrer em caráter excepcional, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, bem como que a introdução de fato superveniente não decorra de má-fé. Ainda, deverá o juiz analisar se a introdução desse novo fato trará benefícios ao processo e à economia processual, não provocando tumulto processual ou retorno a fases procedimentais já superadas. Por fim,

³³⁷ Nesse mesmo sentido, DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa pretendi*. 196 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 151. Observa Destefenni que a regra da congruência deve ser observada também nos processos coletivos. Embora não seja absoluta, ela deve ser avaliada à luz das questões fáticas debatidas no processo (DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. 441 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 300). Assim, observa-se que, tendo a questão sido discutida pelas partes, ainda que inserida intempestivamente no curso do processo, conforme as regras de estabilização da demanda, a sentença que incluir essa questão não ferirá a regra da congruência, na medida em que terá abordado uma questão a qual foi discutida amplamente pelas partes, com o pleno exercício do contraditório.

³³⁸ Como bem ressalta Leonel, apesar da violação de regras processuais, assegura-se o respeito e a preservação das finalidades às quais aquelas normas eram voltadas, uma vez que se possibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa (LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 246).

³³⁹ *Idem, ibidem*. p. 249. Em sentido semelhante, porém tratando dos limites da coisa julgada, Fenoll ressalta que deverão ser considerados pelo juiz fatos surgidos quando da produção da prova, pois as partes teriam tido oportunidade de discuti-los em juízo. Assim, enquanto não tiver sido concluído o juízo, havendo ainda prazo para a prolação da sentença, os fatos e fundamentos poderão ser alterados em parte, pois o objeto litigioso ainda se encontra em formação (FENOLL, Jordi Nieva. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, pp. 252-253). Verifica-se, dessa forma, que o autor espanhol também admite a flexibilização da demanda, pois admite que a coisa julgada também se fará sobre os fatos que surgirem ao longo da instrução probatória.

deve-se analisar, a partir das posições jurídicas das partes, a inexistência de prejuízo concreto e indevido, considerando o contraditório, a possibilidade de defesa pelos litigantes e a produção de resultados legítimos³⁴⁰.

Gajardoni³⁴¹ também admite que a flexibilização da demanda ocorra mesmo que isso implique o retorno a fases procedimentais já superadas, a fim de respeitar o direito ao contraditório. Nesse caso, dá-se prevalência ao interesse público maior de se tutelar de forma rápida e eficaz a situação jurídica de toda uma coletividade em detrimento da regra formal da estabilização da demanda.

Observa-se, assim, que a admissão da flexibilização da demanda deverá ser feita com cautela, sempre respeitando as garantias constitucionais, bem como analisando se a introdução de fato superveniente trará maiores benefícios a ponto de justificar o retrocesso a fases procedimentais. Essa análise, no entanto, deverá ser feita casuisticamente, adotando-se os critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

Como exemplo, pode-se citar a eventual futura conduta que possa violar um dever relativo à proteção do patrimônio histórico, tal como a omissão do Poder Público na conservação daquele patrimônio. Se, após o ajuizamento da demanda e do saneamento do processo, surgir um fato superveniente, tal como a notícia de que não houve somente uma omissão na conservação, mas também houve o início da realização de obras não permitidas pela legislação, nada impede que esse fato seja também incluído e analisado pelo juiz, desde que tenha havido o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do réu³⁴².

³⁴⁰ Cumpre ressaltar que os critérios apontados por Leonel foram, em parte, adotados pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, no seu artigo 16, *in verbis*: “Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser assegurado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada prova complementar.” Embora o Anteprojeto tenha sido rejeitado, o fato de ter incluído, entre as suas disposições, a flexibilização da estabilização da demanda, demonstra que essa técnica processual necessita de adaptação quando se trata de direitos transindividuais, em razão do dinamismo inerente a esses direitos, que difere dos conflitos individuais.

³⁴¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 185-186.

³⁴² Cumpre ressaltar que a aplicação deste posicionamento ainda encontra resistência nos Tribunais Superiores, os quais ainda não admitem que a causa de pedir possa ser modificada após o saneamento da demanda, tal como se verifica dos seguintes julgados: STJ Resp 435.580, Rel. Min. Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 03/08/2006; STJ REsp 1.291.225, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 07/02/2012; STF Ação Civil Originária 79, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, julgado em

Ainda, deverá ser analisado se essa inclusão trará maior efetividade do processo, justificando eventual retrocesso às fases procedimentais já superadas.

Observa-se que a flexibilização da demanda, mesmo quando admitida, necessita de limitações, não podendo haver comprometimento às garantias constitucionais. A flexibilização da demanda visa justamente adequar o procedimento às peculiaridades dos bens jurídicos envolvidos, mas tal adequação deverá ser exercida em conjunto com as demais garantias do processo, bem como visando sempre conferir maior efetividade do processo, e não comprometê-la.

Verifica-se que a tutela inibitória coletiva ganha contornos específicos em relação à tutela inibitória individual no que se refere à regra da estabilização da demanda, a qual deverá ser atenuada, a fim de conceder ao processo maior efetividade.

3.2.2.4 O caráter fungível da tutela inibitória

A fim de finalizar a discussão acerca da flexibilização da demanda, faz-se necessário tecer breves considerações acerca do caráter fungível da tutela inibitória.

Conforme bem ressalta Arenhart³⁴³, é típico da tutela inibitória o seu caráter fungível, admitindo-se que a tutela final possa ser adaptada às circunstâncias do caso concreto, ainda que o pedido da parte seja outro, sem que com isso haja a ofensa ao princípio da demanda.

15/03/2012. Há, no entanto, posicionamentos em que se verifica uma tendência à flexibilização dos elementos da demanda. No julgamento da Ação Civil Pública 0008912-16.2004.8.19.0042, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu não haver julgamento extra petita pelo fato de a sentença ter concedido tutela que não constava expressamente do capítulo da petição inicial denominado “pedidos”, mas sim em decorrência de interpretação das questões deduzidas e postuladas pela parte na petição inicial (TJRJ ApCiv 0008912-16.2004.8.19.0042, Rel. Des. Elton Martinez Carvalho Leme, 17ª Câmara Cível, julgado em 11/7/2012). Embora o julgamento tenha se adstrito a mencionar que a concessão da tutela deverá considerar aquilo que constou da petição inicial, ainda que não expressamente do pedido, tal julgamento evidencia uma tendência dos Tribunais brasileiros a flexibilizar os elementos da demanda (neste caso, o pedido) em prol de uma maior efetividade do processo, principalmente no âmbito da tutela coletiva. Nesse mesmo sentido, foi na conclusão da pesquisa realizada por Gabbay que se constatou: em relação ao pedido, tem havido a sua flexibilização; este pedido é considerado em conjunto com a causa de pedir, havendo, assim, uma ampliação, principalmente nos casos de direitos indisponíveis ou coletivos (GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 152 e ss e 162 e ss).

³⁴³ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 337.

Analisando-se o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que, a fim de atender ao pedido do autor, poderá o juiz adotar diversas técnicas processuais a fim de dar efetividade ao seu comando. Tais técnicas podem ser concedidas, inclusive, de ofício, independentemente de haver pedido expresso do autor³⁴⁴.

A fungibilidade da tutela inibitória é possível, ainda, com as outras formas de tutela, especialmente a reparatória. Verificado que, no caso concreto, o ilícito que se visava prevenir já ocorreu, nada impede que o juiz possa outorgar outra espécie de tutela, mesmo não requerida pelo autor ou requerida após a fase clássica de estabilização da demanda, em razão do dinamismo inerente aos direitos transindividuais e também à tutela inibitória coletiva. Aproveita-se o procedimento já instaurado e as provas eventualmente já produzidas, a fim de que se possa outorgar a tutela jurisdicional adequada à realidade dos fatos quando da prolação da sentença.

Nesse sentido, Arenhart³⁴⁵ afirma que a fungibilidade entre a tutela inibitória e a reparatória é possível por uma questão de lógica, sendo, inclusive, uma imposição necessária decorrente dos princípios da instrumentalidade do processo e das formas.

Dessa forma, verifica-se que a tutela inibitória tem um caráter fungível em relação não só ao pedido inicialmente formulado, mas também em relação ao tipo de tutela jurisdicional pleiteada, a qual poderá ser adequada no curso do processo, em semelhança ao que ocorre, por exemplo, nos casos das demandas possessórias, nos termos do artigo 920 do Código de Processo Civil.

Nada impede que o mesmo raciocínio das demandas possessórias possa ser aplicado também à tutela inibitória. Isso porque em ambos os casos se verifica uma maior fluidez dos bens envolvidos, os quais podem ser alterados no curso do processo. Assim, aproveita-se o mesmo procedimento e as mesmas provas, concedendo-se ao final a tutela adequada para a situação de fato.

³⁴⁴ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 157.

³⁴⁵ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 339.

De todo o exposto, conclui-se que a flexibilização da demanda, pela adaptação do conceito clássico da estabilização da demanda, é algo necessário para a efetividade da tutela inibitória coletiva, uma vez que a adequação da técnica processual permite que haja uma melhor análise e condução do processo, a fim de que se permita que novos fatos e fundamentos jurídicos possam integrar a demanda após a citação do réu e o saneamento do processo, desde que respeitadas as garantias constitucionais do processo.

3.2.3 Limites da coisa julgada material

3.2.3.1 Breves considerações sobre a coisa julgada

Outro instituto que ganha contornos específicos quando aplicados à tutela dos direitos transindividuais é a coisa julgada.

Primeiramente, cumpre fazer algumas considerações sobre esse instituto processual.

A coisa julgada visa a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada, tornando imune a futuros questionamentos o resultado final do processo³⁴⁶.

A coisa julgada poderá ser formal e material. Coisa julgada formal ocorre quando a imutabilidade atinge a sentença como ato jurídico processual, impedindo qualquer recurso de impugná-la³⁴⁷. Toda e qualquer sentença é apta a receber a coisa julgada formal, pois toda sentença tem como efeito a extinção do processo.

A coisa julgada material, por sua vez, ocorre quando há imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito, sendo que esse *status* transcende a vida do

³⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de Direito Processual: Primeira Série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 82.

³⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. III, p. 295.

processo e atinge as pessoas, conferindo segurança jurídica às relações³⁴⁸. Em razão da coisa julgada material, aquela situação fixada na sentença não poderá ser objeto de nova demanda.

Em relação à coisa julgada material, faz-se necessário ainda tecer algumas considerações. Ressalta Arenhart³⁴⁹ que, na opinião da doutrina majoritária, para que uma sentença seja apta a ser acobertada pela coisa julgada material, ela deve ser proferida em processo cujo conhecimento tenha sido exauriente, gerando um juízo de certeza.

Ressalta Dinamarco³⁵⁰ que mesmo nas sentenças condenatórias, a coisa julgada material incide tanto sobre a declaração de existência do direito, bem como na formação de título para a execução forçada. Portanto, em qualquer espécie de sentença, a coisa julgada se formará também quanto à declaração do direito afirmado.

Conforme já analisado no Capítulo II da presente dissertação de mestrado, a tutela inibitória é concedida após cognição exauriente e limitada. Em razão disso, não se vislumbra qualquer impedimento para que os efeitos da coisa julgada material incidam nas demandas em que se veicula uma tutela inibitória, pois esta espécie de tutela jurisdicional oferece tutela imediata e efetiva e, portanto, tem a possibilidade de se tornar imutável³⁵¹.

Outro aspecto importante sobre a coisa julgada são os seus efeitos. A doutrina costuma reconhecer dois efeitos à coisa julgada: o positivo e o negativo. O efeito positivo consiste em impor ao juiz a prolação de uma sentença em conformidade com a anteriormente já prolatada. O efeito negativo, por sua vez, impede que a mesma demanda, com o mesmo objeto, seja novamente decidida³⁵².

³⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. III, p. 299.

³⁴⁹ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 404 e ss.

³⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. III, p. 303. Nesse mesmo sentido, MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 11. Ressalta o autor, ainda, que a imutabilidade e indiscutibilidade não é de toda a sentença, mas somente da sua conclusão (*Idem, ibidem*, p. 23).

³⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 254.

³⁵² CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 262; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 58.

Por fim, cumpre analisar o que se deve entender por limites subjetivos e objetivos da coisa julgada.

Conforme define Dinamarco³⁵³, os limites subjetivos da coisa julgada se referem aos sujeitos aos quais os seus efeitos se aplicam, tal como estabelece o artigo 472 do Código de Processo Civil.

Os limites objetivos, por sua vez, se relacionam ao comando pronunciado pelo juiz objeto da imutabilidade³⁵⁴. Nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil, somente o preceito contido na parte dispositiva da sentença é que fica protegida pela autoridade da coisa julgada material, sendo que a fundamentação da sentença não se sujeita a esse efeito. Incluem-se aqui também os chamados limites temporais, cujo estudo será feito mais detidamente nos próximos itens, que nada mais é do que a análise dos fatos, no curso do tempo, em relação à coisa julgada material formada³⁵⁵.

Feitas essas breves considerações, é preciso analisar quais os limites em que ela ocorrerá no campo dos processos coletivos.

3.2.3.2 Os limites subjetivos da coisa julgada na tutela inibitória coletiva

Ressalta Mancuso³⁵⁶ que a coisa julgada na tutela coletiva tem por finalidade a eficácia social do julgado, uma vez que se trata de instrumento voltado a dirimir conflitos de interesses metaindividuais.

Nos termos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada produz efeitos diferentes conforme o tipo de interesse tutelado. Ela se opera

³⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. III, p. 315. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 56.

³⁵⁴ Conforme definição de LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 55.

³⁵⁵ Talamini atenta para o fato de que a expressão limites temporais da coisa julgada é inadequada, pois está dentro dos limites objetivos da coisa julgada (TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os 'limites temporais' da coisa julgada). *Revista Jurídica*. São Paulo, ano 55, n. 354, p. 17, abr. 2007.).

³⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 330.

*secundum eventum litis vel probationis*³⁵⁷, ou seja, em função do resultado da demanda em combinação com a suficiência ou não da prova produzida³⁵⁸.

O Código de Defesa do Consumidor adotou a técnica da coisa julgada de forma diversa daquela que ocorre nas ações individuais, uma vez que as suas peculiaridades quanto aos sujeitos abrangidos e a objeto tratado justificam a adoção de técnica processual diferenciada³⁵⁹.

Isso porque, considerando que, na maioria das vezes, os direitos envolvidos são indivisíveis, faz-se necessária a extensão dos efeitos da sentença coletiva³⁶⁰, uma vez que é impossível cindi-la, já que a lesão a um interessado implica a lesão a todos³⁶¹.

Cumprе ressaltar que, em razão das peculiaridades dos direitos transindividuais, o Código de Defesa do Consumidor contém dispositivos específicos sobre

³⁵⁷ Fenoll, em análise da legislação brasileira, resalta que a técnica adotada pelo Código de Defesa do Consumidor visa evitar eventual conluio entre empresas que, deliberadamente, percam ou ganhem processos, consumando-se uma fraude processual (FENOLL, Jordi Nieva. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 219).

³⁵⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 283. Ressalta Tucci, ainda, que a coisa julgada, nos processos coletivos, opera perante terceiros, ou seja, os sujeitos da situação de direito material (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 318). Mesquita, por sua vez, entende que os efeitos da coisa julgada se referem somente aos demais legitimados e não a quaisquer membros da coletividade (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 35). Em que pese o posicionamento do autor, não parece ser esse o melhor entendimento. O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer as regras da coisa julgada coletiva, deixa bem claro que o que se pretende é que esta se produza perante todos os membros da coletividade. Caso contrário, não haveria qualquer utilidade em se falar em processos coletivos.

³⁵⁹ Ressalta Tucci, no entanto, que em se excetuando a coisa julgada *secundum eventum probationis*, o regime não é diferente daquele que incide no âmbito da tutela individual: os efeitos da sentença e da coisa julgada produzem-se normalmente, seja na hipótese de acolhimento da pretensão, seja na hipótese de rejeição, obstando a propositura de outra demanda que tenha idênticos elementos (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 319). Cumprе ressaltar que a observação do jurista não se refere à extensão dos efeitos da coisa julgada perante terceiros, característica esta diversa do sistema do Código de Processo Civil.

³⁶⁰ Em estudo sobre o tema, conclui Oliveira que a sentença genérica prevista no caso de direitos individuais homogêneos consiste em sentença parcial de mérito, uma vez que necessita de complementação (liquidação do direito reconhecido na sentença). Em razão disso, há formação de coisa julgada parcial, a qual incide somente em relação ao caso concreto da lesão coletiva, sendo que somente as vítimas e sucessores, nos termos do artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, é que poderão se utilizar das questões decididas na sentença coletiva genérica. Em razão disso, conclui o autor, ainda, que a coisa julgada incidente sobre a sentença coletiva genérica torna imutáveis as questões de natureza homogênea decididas pelo juiz (OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *A coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. 263 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pp. 218 e ss.).

³⁶¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 277.

a coisa julgada nos processos coletivos, conforme o tipo de direito transindividual envolvido.

Nos termos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada produzirá efeitos *erga omnes*, exceto no caso de improcedência do pedido, quando se tratar de direitos difusos. No caso de direitos coletivos, a coisa julgada produzirá efeitos *ultra partes*, mas limitada ao grupo. Por fim, no caso dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada produzirá efeitos *erga omnes* também, mas apenas no caso de procedência do pedido.

Como bem observa Zufelato³⁶², em razão das peculiaridades dos direitos transindividuais, faz-se necessário que os limites subjetivos da coisa julgada coletiva atinja terceiros que estejam vinculados à relação jurídica apreciada e que, por tal razão, serão acolhidos pela sentença, dependendo, é claro, da espécie de direito transindividual envolvido e se a sentença foi de procedência ou improcedência.

Nesse aspecto, ressalta Sousa³⁶³ uma situação a qual merece uma análise mais detida: o caso das cláusulas contratuais abusivas. Nessa hipótese, havendo a concessão de tutela inibitória visando a declaração da abusividade de uma cláusula em um contrato de adesão, referida sentença produzirá efeitos somente entre as partes no processo, ou também entre todas as empresas que se utilizam da mesma cláusula?

Adotando-se a regra prevista no Código de Processo Civil, em uma primeira análise se chegaria à conclusão de que a sentença somente produziria efeitos entre as partes litigantes, ou seja, somente em relação àquela empresa que figurou no polo passivo da demanda.

No entanto, entendendo que essa solução não seja justa, uma vez que desigual, pois impõe a uma empresa a proibição de utilizar determinada cláusula, enquanto que, para as demais empresas, tal sentença não produziria quaisquer efeitos, propõe

³⁶² ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162.

³⁶³ SOUZA, Denise Nicoll Simões de. Controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais: ação inibitória. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: vol. 8, n. 29, pp. 179 e ss, 2005.

Sousa³⁶⁴ a adoção de duas soluções: a da legitimidade extraordinária e da citação por edital.

Na primeira situação, propõe a autora que se adote a legitimidade extraordinária dos órgãos públicos com competência para limitar a autonomia privada, tal como ocorre com as agências reguladoras. Tais entidades deveriam, necessariamente, figurar no polo passivo da demanda e, em caso de sentença que reconheça a abusividade de determinada cláusula, tal regra valeria para todas as empresas do setor, sendo que a própria entidade poderia, no curso do processo, determinar por meio de normas regulamentares a alteração das cláusulas contratuais das empresas submetidas à sua fiscalização³⁶⁵.

Tal hipótese não parece viável, tendo em vista que nosso ordenamento jurídico veda as ações coletivas passivas³⁶⁶ uma vez que apenas confere legitimidade ativa para ações coletivas, e não passivas³⁶⁷. Somente com uma alteração legislativa é que se poderia pensar nesta solução.

Na segunda hipótese, a autora entende que poderia haver a citação por edital, de forma genérica, de todas as empresas que utilizem as mesmas cláusulas impugnadas para que, querendo, apresentem resposta. Para as empresas citadas por edital, seria nomeado um curador especial, o qual faria a defesa de todas as empresas. Nessa situação, a coisa julgada produziria efeitos para todas as empresas, sem que houvesse ferimento a qualquer garantia constitucional do processo³⁶⁸.

Essa hipótese, no entanto, também não parece viável. Isso porque, para que a citação por edital ocorra, deverá o demandado estar em lugar incerto e não sabido.

³⁶⁴ SOUZA, Denise Nicoll Simões de. Controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais: ação inibitória. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: vol. 8, n. 29, pp. 189 e ss., 2005.

³⁶⁵ *Idem, ibidem*. pp. 193-194.

³⁶⁶ Conforme ressalta Gidi, as ações coletivas passivas são propostas contra um grupo de réus, geralmente composto por pessoas jurídicas. Elas têm previsão expressa na *Rule 23* norte-americana, e podem veicular tutela reparatória ou inibitória (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 390).

³⁶⁷ Gidi cita outros argumentos contrários à possibilidade de ações coletivas passivas, tais como o fato de as hipóteses de cabimento das ações coletivas estarem baseadas à titularidade de um direito, bem como o fato de a coisa julgada ser *secundum eventum litis*, o que, na visão do autor, comprometeria a efetividade da ação coletiva no Brasil (*Idem, ibidem*, pp. 414-415).

³⁶⁸ SOUZA, Denise Nicoll Simões de. Controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais: ação inibitória. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: vol. 8, n. 29, pp. 194-195, 2005.

Ocorre que a situação ora analisada não se trata de demandado em lugar incerto e não sabido. Assim, não há como sustentar a possibilidade de citação por edital se o demandado tem endereço certo.

Da análise da situação acima, verifica-se que, nos termos da legislação vigente, bem como em respeito ao princípio do devido processo legal, é forçoso concluir que a sentença somente produzirá efeitos e em relação àquela empresa que figurou no polo passivo da demanda. Embora a solução possa parecer injusta, não há como sustentar posicionamento diverso, sob pena de se violar as garantias constitucionais do processo, conforme já ressaltado acima.

De todo o exposto, verifica-se que, apesar de a questão dos limites subjetivos da coisa julgada coletiva esteja regulamentada no Código de Defesa do Consumidor, há situações as quais há necessidade de maior regulamentação, a qual ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.3.3 Os limites objetivos da coisa julgada na tutela inibitória coletiva

Em relação aos limites objetivos, a complexidade do tema reside nos efeitos da coisa julgada no tempo.

Caponi³⁶⁹ ressalta que, ao se falar em eficácia da sentença no tempo, pode se pensar em dois sentidos: a partir de qual momento a sentença começa a produzir os seus efeitos e a eficácia da sentença transitada em julgada no tempo das situações substanciais objeto da sentença.

No que se refere ao primeiro sentido, ou seja, a partir de qual momento se operam os efeitos da coisa julgada, esclarece Cabral³⁷⁰ que, para tanto, deverá haver um marco temporal inicial, a partir do qual se deve considerar que existe óbice à rediscussão oriundo da coisa julgada. Ainda conforme o autor, esse momento equivaleria à última

³⁶⁹ CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 3.

³⁷⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 589 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 87.

chance de exposição de fatos pelas partes em primeiro grau, uma vez que não cabe, a princípio, inovação em segunda instância³⁷¹.

O Código de Processo Civil, nesse aspecto, determina no artigo 462 que o juiz considere na sentença não só os fatos ocorridos anteriormente ao ajuizamento da demanda, mas também aqueles ocorridos durante o processo, desde que relevantes para a causa. Conforme a previsão legislativa, pode-se inferir que o marco temporal inicial é a conclusão dos autos para a sentença³⁷².

Em relação ao marco temporal inicial para que a sentença produza efeitos, não há, a princípio, grandes discussões. Para fins da presente dissertação, importa estudar mais detidamente o segundo sentido dado por Caponi acima exposto.

A sentença poderá regular dois tipos de relações jurídicas: as instantâneas e as duradouras. As relações jurídicas instantâneas, ou seja, as que se realizam no momento em que a situação se extingue, tendem a receber um tratamento quase que integral no momento da sentença. As relações jurídicas duradouras, ou seja, as que se protraem no tempo, ao contrário, não são passíveis de receber tratamento semelhante, uma vez que a situação continua após a prolação da sentença³⁷³.

Essa distinção ganha relevância ao se pensar nos efeitos da sentença no tempo. No caso das relações jurídicas instantâneas, não há maiores problemas, uma vez que elas se concretizam no momento da prolação da sentença. O conteúdo da sentença se manterá³⁷⁴, uma vez que se trata de relação jurídica instantânea.

³⁷¹ Em sentido contrário, Fenoll entende que não é possível fixar um marco temporal, pois o juiz poderá extrair fatos da prova sem que nenhuma das partes os tenha expressamente alegado (FENOLL, Jordi Nieva. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 253). Em que pese o entendimento do autor, o marco temporal para inclusão de novos fatos é importante para fins de segurança jurídica e garantia do devido processo legal. Ainda, a fixação desse marco tem importante função de evitar tumultos processuais. Dessa forma, parece mais acertado o posicionamento de Cabral, o qual determina, de forma objetiva, um marco temporal a partir do qual não poderá haver inovação.

³⁷² CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 589 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 88; TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os 'limites temporais' da coisa julgada). *Revista Jurídica*. São Paulo, ano 55, n. 354, p. 18, abr. 2007.

³⁷³ CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 25.

³⁷⁴ CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 48. O autor italiano, nesse aspecto, faz uma comparação com o direito adquirido: eventual norma posterior não implicará em mudança do conteúdo da sentença, devendo a situação ali determinada ser integralmente cumprida, da forma

Em relação às relações jurídicas duradouras, é preciso analisar até quando a sentença produzirá efeitos. Como bem observa Fenoll³⁷⁵, em estudo sobre o tema, a imutabilidade das sentenças não é absoluta, pois a vida real acaba se sobrepondo, o que faz que uma sentença não dure para sempre. Se a sentença regula uma situação que não mais existe, não poderá ter eficácia alguma.

Em razão disso, coloca-se o problema da superveniência de nova norma jurídica ou de uma nova situação de fato, que contradiz aquilo estabelecido na sentença já acobertada pelos efeitos da coisa julgada material. Em análise sobre o tema, ressalta Caponi³⁷⁶ que a superveniência de uma norma posterior, que se contrapõe ao determinado em juízo, não deverá alterar o conteúdo da eficácia da sentença, uma vez que o direito estabelecido na sentença não depende da vigência da norma abstrata³⁷⁷.

Analizando ambos os efeitos da coisa julgada e a superveniência de uma nova norma jurídica, Caponi³⁷⁸ conclui que deverá ser aplicado o efeito negativo da coisa julgada, ou seja, deverá ser impedido que ao juiz, deparando-se com a mesma demanda, com o mesmo objeto, fique proibido de analisá-la, aplicando-se, assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada.

No caso de superveniência de um fato que altera a substância da relação jurídica fixada na sentença, observa Zufelato que se permite o ajuizamento de nova demanda, pois os seus elementos são outros. Dessa forma, a sentença regula a relação jurídica somente nos limites da situação substancial posta em juízo, e não para todo o sempre.

como estabelecida (*Idem, ibidem*, pp. 48-49). Nesse mesmo sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 50; SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 127.

³⁷⁵ FENOLL, Jordi Nieva. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006, p. 248.

³⁷⁶ CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 270.

³⁷⁷ O Superior Tribunal de Justiça reconheceu também que a alteração futura de um entendimento também não tem o condão de relativizar a coisa julgada material já formada anteriormente à alteração da jurisprudência (STJ AgRg no REsp 1.255.202, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 16/8/2012, DJe 27/8/2012).

³⁷⁸ CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, pp. 263-264.

Cumprido ressaltar que nesse ponto reside a diferença entre a coisa julgada *secundum probationem* e a superveniência de fato que altera o objeto litigioso já analisado anteriormente por meio de sentença acobertada pelos efeitos da coisa julgada. Como bem observa Zufelato³⁷⁹, no caso da coisa julgada *secundum probationem*, as circunstâncias fáticas são as mesmas que na demanda coletiva anterior, pois apenas as provas novas são supervenientes. No entanto, no caso do fato superveniente, há uma alteração da própria causa de pedir, alterando o objeto da demanda ao qual fora circunscrita a imutabilidade da decisão. Deve-se, portanto, verificar se houve ocorrência de fato ou prova superveniente.

No que se refere aos limites temporais da coisa julgada, a jurisprudência brasileira se firmou, quanto ao mandado de segurança coletivo, que a ordem emanada da decisão tem aplicação exclusiva para um dado momento histórico, sem gerar repercussões para atos semelhantes futuros³⁸⁰. Neste sentido, verifica-se a Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, a qual determina que “decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

Em que pese a existência da súmula, o entendimento nela exarado não se coaduna com a efetividade do processo, principalmente quanto à tutela inibitória. Isso porque a aplicação do entendimento firmado na súmula retira da tutela inibitória a sua força, na medida em que permite que, em ocasião posterior, possa o réu tomar conduta que ameace a ocorrência de ilícito, fazendo-se necessária a propositura de nova demanda para impedir esse fato. Logo, a limitação temporal da sentença permite a ocorrência de lesão futura, impedindo que a tutela inibitória atenda, efetivamente, aos seus objetivos.

Nesse sentido, Arenhart³⁸¹ afirma que a aplicação da súmula na tutela inibitória impede a viabilidade de uma tutela inibitória efetiva, devendo ser abordado qual

³⁷⁹ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328. Mancuso conclui que é preciso manter o caminho livre para que uma precedente declaração judicial possa ser revista no futuro. Deverá, em casos excepcionais, se permitir a desconsideração da coisa julgada, sob a perspectiva de um processo civil de resultados, uma vez que a coisa julgada não pode eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 364).

³⁸⁰ Cf. ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 419.

³⁸¹ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 420.

o limite temporal da sentença da tutela inibitória, se ela vigorará eternamente ou será limitada temporalmente.

Embora o autor visualize aspectos negativos em ambas as opções³⁸², a solução mais correta seria a de que a imutabilidade da coisa julgada deverá se projetar para o futuro de forma indeterminada, permanecendo a imposição, ao réu, de abstenção, ao menos enquanto a situação fática que justificou a decisão judicial permanecer a mesma³⁸³.

O mesmo raciocínio poderá ser aplicado aos casos de tutela inibitória coletiva. Conforme já salientado anteriormente, a tutela inibitória, fundada principalmente no princípio da precaução, impõe deveres que visem o impedimento da ocorrência do ilícito e do dano. Havendo uma sentença determinando uma obrigação de fazer ao réu já acobertada pela coisa julgada material, caso haja uma alteração fática, a qual altere o dever anteriormente imposto ao réu, como ficará a sentença já acobertada pela coisa julgada material? Deverá essa sentença prevalecer sempre, mesmo que não haja mais justificativas para a sua manutenção?

A resposta deverá ser negativa. Havendo uma alteração da situação que ensejou a prolação da sentença, não parece razoável manter a imposição ao réu, de forma ilimitada, de um dever que não mais se justifica. Deverá haver uma desconsideração da coisa julgada neste caso, evitando-se a eternização de incertezas e injustiças. Ainda cumpre

³⁸² Esclarece o autor que “a incidência eterna da ordem de abstenção poderá submeter ao requerido a uma constante e infinita ameaça de punição (de incidência do meio de pressão psicológica acoplado à ordem), o que justificaria a ideia de limitar a ordem no tempo. De outra parte, porém, não se deve esquecer que a ameaça perene de sanção – ainda que não com a mesma intensidade – já decorre normalmente da lei, considerando que o seu descumprimento deve acarretar sempre a incidência da consequência prometida pela regra jurídica. (...)” (ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 420-421).

³⁸³ Nesse sentido, observa Dinamarco que, em razão da formação da coisa julgada, as relações estabelecidas entre os litigantes não poderão mais ser discutidas. No entanto, surgindo nova relação ou nova situação oriunda de fato ou negócio novo, essa nova relação, que não foi objeto de julgamento, não está sob os efeitos da imutabilidade da sentença já transitada em julgado (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Tomo II, p. 1172). Ainda, esclarece Cabral que a doutrina tem se manifestado no sentido de aplicar o sentido literal da Súmula 239 somente nos casos em que houvesse limitação da discussão a um específico exercício tributário ou período determinado. Ausente essa limitação expressa, a decisão proferida permanece inalterada enquanto se mantiverem as circunstâncias que levaram àquela conclusão (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 589 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 376).

ressaltar que, nesta hipótese, trata-se de uma alteração do próprio objeto litigioso, pois as circunstâncias fáticas não são as mesmas.

Caso a alteração seja em decorrência de uma nova norma jurídica, deverá ser aplicado o entendimento exposto acima de Caponi, no sentido de que o direito estabelecido na sentença não depende da vigência da norma abstrata. Somente nos casos em que houver mudança da situação fática é que se pode pensar em descon sideração da coisa julgada.

Esse posicionamento é o que mais se coaduna com o valor da segurança jurídica, garantido constitucionalmente por meio da coisa julgada material, bem como com a efetividade da tutela inibitória coletiva, a qual deve ser dotada de técnica processual diferenciada para que possa atingir os seus objetivos.

Logo, a coisa julgada deve se referir a uma certa situação de fato. Havendo a modificação dessa situação, a coisa julgada material antes formada não mais prevalece³⁸⁴.

Dessa forma, mostra-se fundamental que a sentença na tutela inibitória seja dotada de coisa julgada material, a qual incidirá indeterminadamente, salvo se houver alteração na situação de fato, que justificaria eventual afastamento da coisa julgada material concretizada anteriormente.

Portanto, conclui-se que na tutela inibitória coletiva a coisa julgada material ganha contornos próprios, devendo essa técnica processual ser adaptada para que haja uma maior efetividade dessa forma de tutela jurisdicional.

³⁸⁴ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 423

CAPÍTULO IV - EFETIVAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA

4.1 Breves considerações teóricas acerca da efetivação da tutela inibitória

Antes de adentrar os mecanismos para a efetivação da tutela inibitória coletiva, é preciso estabelecer algumas premissas teóricas que servirão de base para o desenvolvimento do presente Capítulo.

Com base no conceito elaborado no Capítulo II da presente dissertação de mestrado, verifica-se que a tutela inibitória consiste em uma imposição de uma conduta comissiva (obrigação de fazer, nos termos da legislação) e de uma conduta omissiva (obrigação de não fazer, nos termos da legislação)³⁸⁵. Em razão disso, os dispositivos acerca do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, mais especificamente os artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, em razão de se tratar de tutela coletiva, é que servirão de base para análise da efetivação da tutela inibitória.

Como bem observa Salles³⁸⁶, a efetivação das obrigações de fazer e não fazer recai, prioritariamente, na pessoa do devedor, mediante o desencadeamento de medidas de força tendentes a persuadi-lo ao cumprimento da ordem judicial. Embora haja também a previsão de medidas de sub-rogação e a possibilidade de transformação em perdas e danos, tais possibilidades não excluem a afirmação de que essa modalidade de efetivação se direcione, primeiramente, à pessoa do devedor³⁸⁷.

³⁸⁵ A fim de evitar confusões terminológicas, no presente Capítulo serão utilizados os termos *conduta comissiva* como sinônimo de *obrigação de fazer* e *conduta omissiva* como sinônimo de *obrigação de não fazer*.

³⁸⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 269.

³⁸⁷ Em sentido oposto, afirma Montesano que não se pode falar propriamente em obrigações de fazer e não fazer quando o objeto seja fungível, uma vez que nesses casos o credor poderá ter o seu direito satisfeito por outro modo (MONTESANO, Luigi. *Condanna civile e tutela esecutiva*. 2ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 116). Essa afirmação, no entanto, não parece estar correta, uma vez que, dependendo da situação ou do objeto, mesmo sendo fungível, há interesse em que a obrigação seja realizada pelo próprio devedor, em razão de vários fatores, tais como a dificuldade em que a obrigação seja feita por terceiros, ou a demora para que o terceiro tenha condições de fazer a obrigação, entre outros. Logo, mesmo

Esta constatação ganha relevância ao se estudar a natureza das obrigações de fazer e não fazer, bem como quais os instrumentos processuais aptos para a sua efetivação. Isto porque, dependendo da natureza da obrigação, deverão ser adotados pelo juiz os mecanismos necessários e adequados para o seu cumprimento. A adoção de um mecanismo inadequado para o tipo de obrigação veiculada em juízo retira do processo a sua efetividade, pois não será possível dar ao autor da demanda aquilo que ele pretendeu em juízo.

A fim de aclarar as afirmações acima, é preciso tecer algumas breves considerações sobre a natureza das obrigações de fazer e não fazer. A doutrina, em regra, aponta que a obrigação pode ser fungível ou infungível. Fungível é aquela em que a pessoa do devedor é irrelevante para alcançar o seu fiel cumprimento, podendo a prestação ser realizada por terceiros, sem prejuízo dos interesses do credor, por meios diversos daqueles originalmente previstos. Infungível, por sua vez, é aquela que só pode ser cumprida pelo próprio devedor, o qual não pode ser substituído por terceiro³⁸⁸, sendo a obrigação, neste último caso, personalíssima³⁸⁹.

A doutrina, no que se refere à obrigação infungível, costuma diferenciar entre infungibilidade natural (fática) e jurídica. A infungibilidade natural é a verdadeira infungibilidade, pois nela há a real inviabilidade da prestação da obrigação por terceiros³⁹⁰. A infungibilidade natural possui caráter personalíssimo. Ressalta Sartorio³⁹¹ que os deveres jurídicos negativos são naturalmente infungíveis, pois só pode se abster de algum ato o sujeito que deve respeitar certo dever jurídico imposto pela legislação.

nos casos em que o objeto seja fungível, deverá se falar em obrigação de fazer ou não, pois, embora haja outros meios para que o credor obtenha o seu direito, ele poderá ter interesse em que a obrigação seja prestada pelo próprio devedor.

³⁸⁸ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 124.

³⁸⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

³⁹⁰ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 129.

³⁹¹ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 130. Nesse mesmo sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 292; PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 37, n. 210, p. 176, ago. 2012.

A infungibilidade jurídica, por sua vez, ocorre nos casos em que a obrigação é juridicamente infungível, ou seja, há um óbice imposto pela legislação. No entanto, tal óbice pode ser removido pela atividade jurisdicional, tal como ocorre nos casos de prestar declaração de vontade, a qual, embora juridicamente infungível (somente o demandado pode prestá-la), constitui a situação jurídica final que deveria ter sido oferecida pelo demandado³⁹².

Conforme o tipo de obrigação a ser prestada pelo demandado, deverão ser adotados mecanismos de coerção e/ou de sub-rogação.

Primeiramente, cumpre diferenciar ambos os mecanismos, bem como estabelecer o conceito a ser adotado no presente trabalho, tendo em vista que essa classificação acima não é unânime na doutrina, pois cada autor se utiliza de terminologias e conceitos diversos.

Conforme Assis³⁹³, a coerção consiste em - por meio de pressão psicológica sobre o demandado - determinar que seja realizada certa conduta ou que o demandado dela se abstenha. A coerção implica, pois, uma medida que atua na vontade do executado, podendo ser pessoal, tal como a prisão (artigo 733 do Código de Processo Civil) ou patrimonial (multa). A sub-rogação, por sua vez, consiste em instrumento que prescinde da participação efetiva do devedor na obtenção do bem, tais como a expropriação (artigo 647 do Código de Processo Civil), o desapossamento (artigo 625 do Código de Processo Civil), transformação (artigos 633 e seguintes do Código de Processo Civil) entre outros³⁹⁴.

³⁹² SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 130; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 284. Ressalta Watanabe que, nesses casos, a infungibilidade é apenas aparente, sendo que, para essas situações, a legislação previu a possibilidade de concessão de provimento jurisdicional para obtenção do resultado prático-jurídico equivalente. Não se trata de atos que podem ser realizados por terceiros, mas sim de atos que devem, em princípio, ser realizados pelo próprio devedor (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 95, jul/set. 1996).

³⁹³ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

³⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 143.

Marinoni, utilizando-se de conceitos similares, faz a divisão entre coerção direta, indireta e sub-rogação³⁹⁵. Segundo o autor, a coerção indireta consiste em instrumento processual que visa forçar a parte a fazer ou não fazer alguma coisa. A coerção indireta atua na vontade da parte para convencê-la a adimplir. Enquadram-se nesse conceito a multa, a prisão, entre outros. Já a coerção direta, segundo o mesmo autor, consiste em instrumento processual que não atua sobre a vontade do devedor, uma vez que independe desta, mas sim visa a realização do direito em virtude da atuação de um auxiliar do juiz ou de alguém que do juiz receba essa qualificação. Como exemplo se pode citar eventual decisão que determine a interdição de um estabelecimento, ou nomeação de um administrador provisório, entre outros³⁹⁶. Ao lado das medidas de coerção direta e indireta, há também as medidas de sub-rogação, as quais implicam um fazer que deve ser praticado por terceiro. Não são medidas de coerção indireta, pois não envolvem a vontade do demandado em adimplir, porém também não são medidas de coerção direta, pois determina-se que um terceiro substitua o réu, fazendo aquilo que por ele já deveria ter sido feito³⁹⁷.

Arenhart³⁹⁸ classifica as medidas entre medidas de coerção, cuja função é a de estimular o demandado a cumprir a ordem judicial, medidas de incentivo, as quais impõem uma promessa de recompensa, e medidas de sub-rogação, destinadas à tutela inibitória positiva, em que a realização da conduta é feita por terceiro.

Das classificações acima propostas, verifica-se que em todas elas há um elemento norteador, qual seja, a prescindibilidade da vontade do executado. Em razão disto será adotada, nesta dissertação de mestrado, a classificação elaborada por Assis, por se mostrar mais simples e adequada aos fins do presente trabalho, além de evitar confusões conceituais e práticas.

Não se vislumbra utilidade na classificação feita por Marinoni a respeito da diferença entre coerção direta e meios de sub-rogação. Isto porque, em ambos os casos, há

³⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 231.

³⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 231.

³⁹⁷ Esclarece Marinoni que quando “a atuação executiva não implica a prática de fazer que já deveria ter sido observado, e assim não pode ser dita substitutiva do fazer, há medida de coerção direta, e não medida de sub-rogação.” (*Idem, ibidem*, p. 232).

³⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 348.

a prescindibilidade da vontade do executado, sendo a sua diferença, na prática, difícil de vislumbrar. Logo, não se verifica utilidade em fazer a divisão entre duas categorias diferentes, podendo ambas serem incluídas em uma única categoria.

A classificação proposta por Arenhart, por sua vez, embora não dê margem a confusões, também não se mostra adequada. Isto porque a divisão entre meios de coerção e de incentivo são, na verdade, duas faces da mesma moeda. Em ambos os casos se exerce uma forma de pressão psicológica sobre o executado, atuando sobre a sua vontade. Logo, também aqui não se vislumbra utilidade na diferenciação, sendo melhor adotar a divisão feita por Assis entre medidas de coerção, que atuam sobre a vontade do executado, e medidas de sub-rogação, as quais independem da vontade do executado, podendo, inclusive, ser realizadas por terceiros.

Feitas as considerações acima, verifica-se que a distinção do tipo de obrigação (fungível ou infungível) e dos mecanismos à disposição do juízo (coerção e sub-rogação) são de extrema relevância uma vez que, dependendo do tipo de obrigação, poderão ser adotadas medidas de coerção e de sub-rogação ou somente medidas de coerção.

Neste sentido, as obrigações de fazer e não fazer fungíveis, por poderem ser prestadas por terceiros que não o demandado, comportam medidas de coerção ou de sub-rogação. As obrigações de fazer e não fazer infungíveis (infungibilidade natural ou fática), por sua vez, trazem maiores problemas na sua efetivação, pois somente o demandado poderá cumpri-las, motivo pelo qual esses tipos de obrigação comportam somente medidas de coerção³⁹⁹.

Estabelecidos os conceitos acima, será preciso analisar quais os mecanismos que são ou podem ser adotados no ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando que as obrigações de fazer e não fazer recaem, primeiramente, na pessoa do devedor, bem como que a tutela inibitória se destina a manter a integralidade do bem jurídico a ser lesado, conforme já estudado no Capítulo II, ganha

³⁹⁹ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 125.

destaque no estudo do presente Capítulo os mecanismos de coerção, cuja finalidade é justamente influir na vontade do devedor, compelindo-o a realizar determinada conduta ou abster-se e, dessa forma, mantendo o *status quo ante*.

No que se refere aos mecanismos de coerção, será considerada a divisão feita por Pisani⁴⁰⁰, o qual identifica três sistemas de medidas coercitivas: (i) o sistema francês das *astreintes*, no qual o juiz está autorizado a impor uma quantia de dinheiro que o obrigado deverá pagar ao credor por cada dia de atraso no cumprimento da ordem judicial cujo valor é destinado ao próprio credor e não ao Estado; (ii) o modelo previsto no direito alemão, no qual, à semelhança das *astreintes*, há também a imposição de quantia de dinheiro ao obrigado, porém com a diferença de que a natureza dessa medida é pública, sendo o valor da multa devida ao Estado; (iii) por fim, o terceiro sistema é do *contempt of court*, no qual há aplicação de sanções não somente pecuniárias para cada ato de descumprimento de ordem judicial ou atos de desprezo da autoridade do juiz.

Para fins da presente dissertação de mestrado, convém analisar de uma forma mais detida o mecanismo do *contempt of court*, o qual é aplicado, principalmente, nas *injunctions*, que se assemelham à tutela inibitória, conforme já analisado no Capítulo II do presente trabalho.

Desta forma, antes de estudar os mecanismos de coerção e sub-rogação previstos na legislação brasileira, será estudado o *contempt of court*, cuja análise permitirá uma comparação da forma como a tutela inibitória poderá ser efetivada no Brasil.

4.2 O mecanismo do *contempt of court*

O instituto do *contempt of court* norte-americano, em razão das suas peculiaridades, é um mecanismo fundamental para o sistema das *injunctions*.

O *contempt of court* consiste em qualquer ato ou omissão que tenda a dificultar a administração da justiça pelo juízo ou que diminua sua autoridade ou

⁴⁰⁰ PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 37, n. 210, pp. 177-178, ago. 2012.

dignidade⁴⁰¹. Ele pode consistir em conduta durante um julgamento, ou fora do Tribunal, podendo, ainda, ser configurado no caso de desobediência de ordens judiciais⁴⁰².

Salles⁴⁰³ cita, nesse aspecto, que podem ocorrer diversas situações em que o comportamento da parte caracteriza o *contempt of court*, tais como a obstrução do procedimento judicial por meio de atos que impeçam ou perturbem seu regular desenvolvimento, perjúrio, falsificação documental, atos simbólicos que desacatam o respeito e a dignidade da corte, tais como uso de vestimenta inapropriada, insultos e publicações fora da corte que possam obstruir o justo desenvolvimento do processo judicial, entre outros.

Os princípios norteadores do *contempt of court* são a discricionariedade, a sumariedade do julgamento e a imposição de sanções drásticas⁴⁰⁴. Na imposição das sanções do *contempt of court* deve-se atentar para que as ordens judiciais sejam cumpridas e honradas, desde que não tenham sido revogadas ou consideradas inválidas. O motivo da desobediência é irrelevante, sendo que não há a possibilidade do *one free breach*, ou seja, que a primeira desobediência seja livre de sanção⁴⁰⁵. Por fim, a ordem obriga a todos a quem se dirige, inclusive as altas autoridades⁴⁰⁶.

Feita essa análise acerca das hipóteses em que pode haver a aplicação do *contempt of court*, cumpre fazer algumas considerações sobre as suas classificações.

⁴⁰¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 210. Ressaltam Barbosa e Lima Neto que a expressão *contempt of court* designa tanto o ato de descumprimento da ordem judicial (*contemptuous act*) quanto o poder que o juiz possui para sancionar esse ato, chamado de *contempt power* (BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do contempt of court no direito norte-americano. *Revista de Processo*. São Paulo: v.36, n.192, p. 131, fev. 2011).

⁴⁰² DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. *Cornell Law Review*. Ithaca, v. 56, n. 2, pp. 185-186, jan. 1971. Observa o autor que o *leading case* norte-americano para o *contempt of court* é *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, de 1911, no qual se estabeleceu a clássica distinção entre *contempt of court* civil e criminal (*Idem, ibidem*, pp. 238-239).

⁴⁰³ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 211.

⁴⁰⁴ SILVA, Paulo Eduardo da. *Tutela inibitória e atuação jurisdicional preventiva*. 191 f. Dissertação de Mestrado. (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 68.

⁴⁰⁵ SILVA, Paulo Eduardo da. *Tutela inibitória e atuação jurisdicional preventiva*. 191 f. Dissertação de Mestrado. (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 69. Ressalta o autor que a alegação do *one free breach* foi suscitada em um caso de família, sendo que o Tribunal entendeu que isso seria *heresy*, e afastou a alegação (*Idem, ibidem*, p. 69).

⁴⁰⁶ Observa Silva que essa regra, no direito inglês, não se aplica à Coroa (*Idem, ibidem*, p. 69).

O *contempt of court* pode ser direto ou indireto. O *contempt of court* direto ocorre na presença do Tribunal, perante o juiz, gerando uma reação rápida, sem a necessidade de procedimento prévio, tal como o falso testemunho, recusa na resposta a perguntas, condutas inadequadas dos advogados entre outros⁴⁰⁷.

Já o indireto ocorre fora da Corte, mas é um ato que possui o condão de impedir ou obstruir a devida administração da justiça, tal como a desobediência de uma ordem judicial⁴⁰⁸. O procedimento, nesse caso, não é sumário, uma vez que é mais complexo, tendo em vista a oportunidade dada para a defesa do réu⁴⁰⁹.

Outra classificação para o *contempt of court* é a distinção entre o *contempt of court* criminal e civil⁴¹⁰. Trata-se de uma classificação de extrema importância, pois a distinção altera a forma como será feita a análise do *contempt*, uma vez que o procedimento muda caso se trate de *contempt* criminal ou civil⁴¹¹.

O *contempt of court* será criminal quando aplicar uma medida punitiva, relacionado à administração da justiça, ou cível, quando visa compelir à obediência de uma ordem⁴¹². A finalidade da medida é determinada em função da violação ter sido praticada dolosamente⁴¹³.

O objetivo do *contempt of court* criminal é reivindicar a autoridade da Corte, visando impedir a reiteração do ato cometido, motivo pelo qual ele tem caráter punitivo. O ato cometido é pretérito, bem como deve ser intencional, exigindo-se que sejam observadas as devidas proteções constitucionais de um procedimento criminal para que possa ser aplicado⁴¹⁴.

⁴⁰⁷ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.192, p. 147, fev. 2011.

⁴⁰⁸ *Idem, ibidem*, pp. 149-150.

⁴⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 150.

⁴¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 147.

⁴¹¹ DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. *Cornell Law Review*. Ithaca, v. 56, n. 2, p. 235, jan. 1971. Ressalta o autor, ainda, que o *contempt* criminal poderá decorrer de uma ação civil, da mesma forma que o *contempt* civil poderá decorrer de uma ação penal (*Idem, ibidem*, p. 237).

⁴¹² SILVA, Paulo Eduardo da. *Tutela inibitória e atuação jurisdicional preventiva*. 191 f. Dissertação de Mestrado. (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 66.

⁴¹³ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 212.

⁴¹⁴ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.192, p. 150, fev. 2011.

Dessa forma, no caso do *contempt of court* criminal, a sentença é sempre determinada, fixando um prazo certo para a prisão ou quantia específica de multa. Cumpre ressaltar que o caráter punitivo dessa medida está sempre relacionado ao passado, e não condicionado à futura obediência de uma ordem judicial.

No caso do *contempt of court* cível, a medida é coercitiva. O autor alega um direito e uma violação e requer uma reparação como forma compensatória ou, mais frequentemente, o cumprimento de uma ordem judicial⁴¹⁵. A sanção é determinada e está condicionada ao cumprimento da ordem judicial. Conforme exemplo citado por Salles⁴¹⁶, no caso de desobediência de uma *injunction*, o réu em *contempt* deve permanecer preso até que cumpra a ordem judicial ou mostre disposição de o fazer.

Cumpre ressaltar que a diferença entre o *contempt of court* criminal e civil não se relaciona necessariamente com a conduta realizada, uma vez que uma mesma conduta poderá ensejar a aplicação das duas modalidades⁴¹⁷. O que diferencia essas duas modalidades é a finalidade da sanção imposta: se esta for para cumprir ordem judicial ou compensação pela justa violação de uma ordem judicial cometida há o *contempt of court* civil; por outro lado, se o juiz punir a parte por atos desrespeitosos com o Tribunal, há o *contempt of court* criminal⁴¹⁸.

⁴¹⁵ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.192, p. 138, fev. 2011. Ressalta Bueno que, as sanções do *contempt of court* somente devem ser utilizadas quando (i) a observância esperada estiver dentro da capacidade e habilidade do *contemnor*; (ii) não houver outro meio alternativo de execução da obrigação imposta, especialmente os de natureza sub-rogatória e (iii) for mais provável que a sanção aplicável poderia ser eficaz e adequada ao caso concreto (BUENO, Júlio Cesar. *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro*. 316 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 261).

⁴¹⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 212.

⁴¹⁷ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.192, p. 140, fev. 2011. Nesse sentido, os autores citam o julgamento do Caso *United States vs United Mine Workers*, 330 US 258 (a947), em que o Tribunal entendeu que o mesmo ato pode justificar a aplicação de medidas punitivas e coercitivas, podendo ser utilizados simultaneamente (*Idem, ibidem*, p. 140).

⁴¹⁸ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.192, p. 139, fev. 2011. Conforme ressalta Dobbs, ambas as modalidades de *contempt* poderão ser aplicadas simultaneamente. No entanto, questões procedimentais poderão limitar essa possibilidade. Isso porque as sentenças deverão ser prolatadas separadamente, e as garantias constitucionais necessariamente deverão ser respeitadas durante todo o procedimento, o que poderá provocar uma perda de efetividade da medida. Em razão disso, embora não haja impedimento para a cumulação dessas duas modalidades de *contempt*, elas são pouco utilizadas na prática. Dessa forma, a regra mais usual é procurar qual a finalidade preponderante da medida, a fim de

Há diferenças ainda quanto ao procedimento para a aplicação das sanções do *contempt of court* criminal e civil. No civil, há instauração de um procedimento no próprio processo em que foi cometida a violação pela parte prejudicada⁴¹⁹, o violador da ordem judicial (também chamado de *contemnor*) deverá ser notificado para que se manifeste acerca das alegações efetuadas, sendo que poderá haver desistência do procedimento ou até mesmo transação entre as partes⁴²⁰. No criminal, por sua vez, o procedimento para aplicação do *contempt of court* poderá ser instaurado de ofício pelo juiz, devendo ser formado um novo processo, diverso do qual onde foi cometida a violação, obedecendo-se as garantias do processo penal, bem como dando oportunidade para a defesa⁴²¹.

Na aplicação das sanções, a doutrina reconhece que o sistema do *contempt of court* tem por fundamento os *inherent powers*, que são os poderes necessários para permitir que a Corte exerça de forma eficiente suas funções judiciais⁴²².

As sanções previstas para o *contempt of court* podem ser as mais variadas, sendo que a prisão é utilizada tanto para a criminal quanto a cível, não havendo, a princípio, barreiras para o sancionamento de qualquer tipo, desde que apto a conceder coercibilidade à ordem judicial. A multa também é utilizada com frequência no *contempt of court* criminal ou civil, sendo que, no caso do criminal a multa é paga ao Estado como medida punitiva, enquanto que no civil é paga à parte contrária, como forma de compensação⁴²³.

classificá-la (DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. *Cornell Law Review*. Ithaca, v. 56, n. 2, pp. 237-238, jan. 1971).

⁴¹⁹ BUENO, Júlio Cesar. *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro*. 316 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 133.

⁴²⁰ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.192, p. 158, fev. 2011.

⁴²¹ *Idem, ibidem*, p. 159.

⁴²² *Idem, ibidem*, p. 141.

⁴²³ Dobbs ressalta que outras medidas podem ser adotadas, tais como a vedação ao direito de apelar ou o direito de ajuizar uma ação civil, enquanto estiver em *contempt*, não havendo, assim, qualquer barreira para a adoção de medidas, principalmente no *contempt* civil, o qual tem por característica a coerção ou a compensação (DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. *Cornell Law Review*. Ithaca, v. 56, n. 2, p. 267, jan. 1971).

Por fim, outra medida utilizada é o sequestro provisório de bens, o qual consiste em medida de coerção extrema, na qual se mantém em poder de depositários todos os bens do devedor, até que a ordem seja cumprida. Trata-se de medida muito útil quando o destinatário da ordem judicial é uma empresa ou um sindicato⁴²⁴.

Feita esta análise sobre o direito norte-americano, passar-se-á ao estudo dos mecanismos possíveis de serem adotados no Brasil, para, após, viabilizar uma comparação entre ambos.

4.3 Instrumentos da tutela inibitória no direito brasileiro

Conforme demonstrado no Capítulo II da presente dissertação de mestrado, a tutela inibitória poderá ser típica ou atípica. No caso da tutela inibitória atípica, esta decorre da própria aplicação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não havendo necessidade de uma previsão ou regulamentação específica.

Considerando que a tutela inibitória consiste em impor ao réu uma conduta ou a sua abstenção, a sua efetivação deverá ser buscada nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, os quais preveem mecanismos para a efetivação das obrigações de fazer e não fazer.

Tratando-se de direitos transindividuais, os quais, em razão da sua complexidade e peculiaridade, necessitam de uma tutela preventiva, os artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor permitem a tutela inibitória coletiva, em todas as suas modalidades, uma vez que essa é a forma de tutela jurisdicional para a proteção dos bens jurídicos transindividuais, os quais necessitam de uma tutela adequada para a prevenção do ilícito⁴²⁵.

⁴²⁴ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.192, p. 157, fev. 2011.

⁴²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 115 e ss.

Como bem ressalta Marinoni⁴²⁶, o artigo 461 do Código de Processo Civil, que é a fonte normativo-processual da tutela inibitória individual, bem como o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, fonte para a tutela inibitória coletiva, quebram o princípio da tipicidade das formas executivas. Isso porque tal princípio expressa que os meios de efetivação da tutela jurisdicional devem estar previstos em lei, não podendo ocorrer de outra forma.

No entanto, esses artigos permitem ao juiz determinar a medida executiva adequada ao caso concreto⁴²⁷, sendo que os mecanismos ali previstos são meramente exemplificativos⁴²⁸.

Referidos artigos permitem, ainda que, o julgador possa adotar medidas diversas daquela requerida pelo autor, desde que o resultado da medida esteja embutida na obrigação originária, que fora o pedido inicial deduzido pelo autor, a fim de se evitar decisão *extra petita*⁴²⁹.

Feitas estas considerações, serão analisadas as principais formas de coerção aplicadas no Brasil e apontadas pela doutrina, procurando-se estudar a sua efetividade quanto à tutela inibitória, bem como as peculiaridades que esses mecanismos adquirem quando se trata de tutela inibitória coletiva, fazendo-se, ainda, uma comparação com *contempt of court* do sistema norte-americano, a fim de verificar a possibilidade de adoção de novos mecanismos no Brasil para conceder maior efetividade à tutela inibitória coletiva.

⁴²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87 e ss.

⁴²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 347-348. Ressalta o autor, ainda, um aspecto paradoxal das previsões contidas nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor: tais mecanismos foram feitos para não ser aplicados. Tais institutos devem ser impostos pela decisão judicial, mas serão tanto efetivos quanto menos venham ser realizados na prática, sendo esta, na verdade, a função da coerção (*Idem, ibidem*, p. 348).

⁴²⁸ Observa Seabra que o juiz, por meio do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, possui certa discricionariedade para a adoção das medidas. Tal discricionariedade não significa arbitrariedade, pois o juiz deverá adotar as medidas adequadas e necessárias para a efetivação do direito (SEABRA, Fausto José Martins. *A atuação do juiz na efetivação da tutela coletiva*. 62 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 41).

⁴²⁹ VIEIRA, Lucas Carlos. A execução da tutela inibitória coletiva: aspectos de sua (in)eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, Oliveira Rocha, n. 95, p. 61, fev. 2011.

4.3.1 Multa

4.3.1.1 Considerações iniciais

A principal forma de atuação da tutela inibitória é a imposição de multa, com natureza coercitiva, visando atuar sobre a vontade do demandado, para convencê-lo a cumprir a obrigação ou deixar de praticar determinado ato⁴³⁰.

A multa consiste em medida de coerção, uma vez que tem por finalidade pressionar psicologicamente o demandado, podendo ser utilizada tanto nas obrigações de fazer e não fazer fungíveis ou infungíveis⁴³¹.

Em relação à aplicação da multa, discute-se se seria possível sua aplicação nas obrigações fungíveis, uma vez que, conforme já ressaltado anteriormente, é característica desse tipo de obrigação a possibilidade de ser realizada por terceiros.

Embora a multa tenha sua principal aplicação nos casos de obrigações infungíveis, sua cominação também é possível no caso de obrigações fungíveis. Isto porque a possibilidade prevista na lei de aplicação de meios de sub-rogação não impede que se busque o cumprimento pelo próprio réu, mesmo porque há situações em que a busca pelo resultado prático equivalente, apesar de ser possível, é extremamente onerosa⁴³². Ainda, como bem observa Guerra⁴³³, a legislação não faz qualquer referência quanto à infungibilidade da obrigação, a fim de estabelecer a multa diária, não havendo, dessa forma, qualquer restrição quanto à sua aplicação também nos casos de obrigações fungíveis. Por fim, não se pode esquecer que o processo visa sempre, como forma de garantir a sua maior efetividade, o cumprimento específico das obrigações, o que torna a

⁴³⁰ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 285; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 287; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 202.

⁴³¹ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 126.

⁴³² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 245.

⁴³³ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 180.

adoção da multa, mesmo nos casos de obrigações fungíveis, essencial para se atingir a finalidade do processo.

Cumpre observar que a multa não se confunde com eventual ressarcimento do dano, tal como consta expressamente da redação do artigo 84, §2º, do Código de Defesa do Consumidor. A imposição de multa tem claro caráter coercitivo, não implicando a adoção da fungibilidade da tutela inibitória com a reparatória⁴³⁴. A multa coercitiva é instrumental, pois visa dar efetividade à tutela, enquanto que a indenização é final, pois representa em si a resposta dada pelo Estado ao dano experimentado⁴³⁵. Em razão disto, evidencia-se que a multa prevista no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor é de caráter coercitivo, não se confundindo com eventual indenização.

Por fim, a última coisa a ser esclarecida neste item é em relação à periodicidade da multa. A multa pode ser diária ou não, a depender da obrigação a ser cumprida pelo réu. Conforme observa Tessler⁴³⁶, a multa também pode ser fixada em único momento de incidência ou em outra periodicidade. Isso porque há ilícitos que se configuram de forma instantânea e ilícitos que se consumam mediante a prática sucessiva de atos. Assim, para ilícitos instantâneos, verifica-se que a multa diária é inadequada, sendo melhor a imposição de multa única, em valor suficiente para inibir o ato violador.

Feitas estas breves considerações, é importante analisar mais detidamente quais são os critérios para fixação do valor da multa.

4.3.1.2 Critérios para fixação do valor da multa

Os critérios de fixação da multa são de extrema importância. A multa tem natureza coercitiva, consistente em forma de pressão sobre a vontade do réu, a fim de

⁴³⁴ Como ressalta Marinoni, na tutela inibitória pode não haver dano a ser ressarcido, o que evidencia o caráter coercitivo da multa (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 216). Nesse mesmo sentido, SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 183.

⁴³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 354; SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 116.

⁴³⁶ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 294-295.

convencê-lo a cumprir a ordem do juiz⁴³⁷. Caso a multa não surta os efeitos esperados, converte-se em desvantagem patrimonial. No entanto, como bem observa Mancuso⁴³⁸, o valor da multa não poderá ser algo tão exorbitante a ponto de arruinar o demandado, tornando-o insolvente.

Em razão disso, visando o atingimento da finalidade da multa, é preciso verificar quais são os critérios que deverão nortear o juiz na fixação do seu valor. Nesse sentido, aponta a doutrina que o valor da multa deverá ser em quantia suficiente para convencer o réu de que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem judicial⁴³⁹.

Neste sentido, pondera Arenhart⁴⁴⁰ que a multa não poderá ser fixada em valor excessivamente pequeno, uma vez que não cumprirá com a sua função coercitiva, já que o réu poderá entender ser mais benéfico arcar com a multa do que cumprir a ordem judicial. Por outro lado, também não pode a multa ser fixada em valor excessivamente alto, pois neste caso a multa também não atingirá a sua finalidade, uma vez que o réu, verificando a possibilidade de solver a multa com o seu patrimônio, imaginará que essa multa jamais será exigida, porque é impossível o seu adimplemento.

Em razão disto, assevera Arenhart⁴⁴¹ que a multa deverá ser fixada em valor adequado e suficiente para estimular o réu a cumprir a ordem judicial proferida. Para tanto, deverá o juiz se basear nas circunstâncias do caso concreto, em especial a capacidade

⁴³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 218. Cumpre ressaltar que, conforme atestado por Arenhart, a multa prevista no ordenamento jurídico brasileiro não se confunde com as *astreintes* do direito francês nem com a *zwangsgeld* do direito alemão. As *astreintes*, derivadas do conceito de perdas e danos, têm caráter genérico, cabendo em qualquer espécie de prestação, bem como o valor arrecadado se destina ao credor. Já a *zwangsgeld* é cabível em casos específicos, taxativamente enumerados, sendo que o valor arrecadado é destinado ao Estado. Com base nessas constatações, Arenhart conclui que a multa no ordenamento jurídico brasileiro é, na verdade, um híbrido entre os dois sistemas, uma vez que tem caráter punitivo, não indenizatório e é genérica, podendo ser aplicada em qualquer espécie de prestação de fazer e não fazer (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 351-352).

⁴³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 287.

⁴³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 219; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 355.

⁴⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 355.

⁴⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 356-357; Nesse mesmo sentido, SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 181-182.

econômica do réu, de forma a avaliar o impacto patrimonial a ser sentido por ele, caso seja necessária a cobrança do valor. Ainda é preciso atentar para a frustração da função coercitiva da multa em razão de certa particularidade da situação patrimonial da pessoa, como, por exemplo, caso o réu já seja insolvente ou se só tiver bens impenhoráveis, hipóteses em que a multa não exercerá nenhuma função coercitiva.

Neste sentido, a doutrina majoritária entende que a multa não sofre limitação pelo valor da prestação, uma vez que o Código de Processo Civil não faz nenhuma ressalva quanto a esse aspecto⁴⁴².

Caso se constate que o seu valor é inadequado, é possível a sua alteração em qualquer momento⁴⁴³, a qual poderá ocorrer, inclusive, após o trânsito em julgado da decisão que a tenha fixado, desde que presente a alteração da situação fática sobre a qual embasou a decisão⁴⁴⁴.

Cumprе ressaltar que, neste último caso, não há violação à coisa julgada, uma vez que se trata de outra situação fática⁴⁴⁵, havendo alteração expressa no artigo 461, §6º, do Código de Processo Civil, cujo preceito pode ser plenamente aplicável à tutela inibitória coletiva, a qual também se trata de obrigação de fazer e não fazer.

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 218. Nesse mesmo sentido, SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 181-182. Nesse sentido, ainda, STJ REsp 770.753, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 27/2/2007; STJ REsp 940.309, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 11/05/2010.

⁴⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 363. Esclarece Spadoni que a possibilidade de alteração do valor da multa decorre da sua natureza pública processual e, em razão do seu caráter coercitivo, há a determinação de que ela sempre seja adequada à situação fática sob litígio (SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 185). Nesse mesmo sentido, ainda, STJ REsp 1.019.455, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 18/10/2011.

⁴⁴⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 185.

⁴⁴⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 186. Cumprе esclarecer que a alteração do valor somente poderá produzir efeitos *ex nunc*, e não *ex tunc* (*Idem, ibidem*, p. 186). Watanabe resalta que não há violação do princípio da congruência, uma vez que é o próprio legislador federal, competente para legislar em matéria processual, que excepcionou o princípio geral (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 96, jul/set. 1996).

4.3.1.3 Momento de exigência da multa

Primeiro, cumpre estabelecer a diferença apontada por Marinoni⁴⁴⁶ entre o momento a partir do qual a multa se torna eficaz com o momento a partir do qual ela pode ser cobrada.

Segundo o autor, a multa passa a ser eficaz a partir do momento em que é concedida. Havendo a sua concessão, por exemplo, em sede de tutela antecipada, a multa produzirá efeitos imediatamente, uma vez que a tutela antecipada também produzirá efeitos imediatamente⁴⁴⁷.

No caso de concessão de multa na sentença, vislumbra o autor três possibilidades: (i) caso a sentença não seja impugnada por recurso, a sentença e a multa passarão a produzir efeitos após o decurso do prazo recursal; (ii) havendo recurso de apelação recebido em duplo efeito (devolutivo e suspensivo), a sentença e a multa permanecerão sem produzir efeitos; (iii) havendo recurso de apelação recebido somente no seu efeito devolutivo (artigo 14 da Lei 7.347/1985), tanto a sentença quanto a multa passarão a produzir efeitos imediatamente⁴⁴⁸.

O momento a partir do qual a multa se torna eficaz não se confunde, no entanto, com a possibilidade de sua cobrança. Isso porque a multa poderá produzir efeitos, mas a sua cobrança poderá não ocorrer de imediato.

A diferença entre o momento da produção dos efeitos da multa e a sua possibilidade de cobrança tem repercussão nos casos em que a multa imposta é posteriormente revogada. Em análise sobre o tema, Tessler⁴⁴⁹ entende que, nesse caso, a multa não seria devida, o que não retira a coercibilidade da multa aplicada anteriormente. Para a autora, o demandado que tenha razão não pode ser penalizado por ter deixado de cumprir decisão injusta. Assim, se a decisão que impôs a multa for reformada e o demandado não tiver realizado qualquer pagamento, ficaria exonerado dessa obrigação;

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 224.

⁴⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 224.

⁴⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 224.

⁴⁴⁹ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 296.

caso tenha havido pagamento, poderá o demandado pleitear o ressarcimento das quantias pagas.

Nesse mesmo sentido, Marinoni⁴⁵⁰ observa que, nos termos da legislação vigente, o produto da multa no caso da tutela individual se destina ao autor, e não ao Estado⁴⁵¹. Em razão disso, seria irracional admitir que o autor da demanda individual possa ser beneficiado mesmo quando tenha sido prolatada sentença julgando improcedente a demanda individual, ou seja, reconhecendo que o autor não tem o direito pleiteado em juízo⁴⁵².

Ainda, entende Marinoni⁴⁵³ que a multa exerce o seu papel coercitivo pela ameaça imposta ao réu, e não pela sua cobrança imediata. O que importa, segundo o autor, é que haja a ameaça ao réu de, no futuro, ter que pagar a multa, caso haja julgamento favorável da demanda ao autor. A finalidade coercitiva da multa não se relaciona com a sua cobrança imediata, mas sim com a possibilidade de cobrança futura.

Cumprе ressaltar, nesse sentido, a regra prevista no artigo 12, §2º, da Lei da Ação Civil Pública, que condiciona a exigência da multa ao trânsito em julgado da sentença. Nos termos do referido artigo, a multa poderá produzir efeitos antes do trânsito em julgado, mas somente será efetivamente cobrada do réu após o trânsito em julgado.

⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 225.

⁴⁵¹ Nesse mesmo sentido, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 659; SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187. Ressalte-se que, no caso da tutela coletiva, o valor obtido com a multa não se reverte para o autor da demanda, mas sim para o Estado, por força do artigo 2º, inciso V, do Decreto 1.306/1994, o qual, ao regulamentar o Fundo de Defesa de Direitos Coletivos, determinou que serão direcionados para esse fundo os valores arrecadados em função de multa aplicada em decorrência do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁵² Nesse mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 260. Há precedentes no Superior Tribunal de Justiça que condicionam a exigibilidade da multa ao reconhecimento da existência do direito material: STJ REsp 1.347.726, Rel. Min. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, 4ª Turma, julgado em 10/05/2013; STJ REsp 1.006.473/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 08/05/2012.

⁴⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 226.

Referida regra é criticada pela doutrina. Seabra⁴⁵⁴, por exemplo, entende que a limitação legal, embora comprometida com a segurança jurídica, retira da multa parte da sua coercibilidade, uma vez que somente é devida após o trânsito em julgado da sentença. Por outro lado, a exigência imediata da multa pode trazer prejuízos ao demandado, caso a liminar ou a sentença que tenha aplicado a multa seja revogada.

Em que pesem os posicionamentos acima expostos, os quais não vislumbram problemas em o momento da cobrança da multa não coincidir com o momento a partir do qual produzirá efeitos, a previsão legal que determina, no caso da tutela coletiva, que a multa somente poderá ser exigida após o trânsito em julgado, faz com que esse meio de coerção perca a sua efetividade. A multa deveria ser exigida de imediato, pois somente desta forma haverá a pressão psicológica no demandado suficiente para que haja a realização da conduta ou a sua abstenção a fim de cumprir com a sua finalidade⁴⁵⁵.

De todo o exposto, verifica-se que a multa é um efetivo meio de coerção do réu na tutela inibitória coletiva, desde que se determine o seu pagamento imediato, e não da forma como consta na legislação atual, pois o pagamento após o trânsito em julgado faz a multa perder grande parte da sua finalidade coercitiva.

No entanto, considerando que há expressa previsão legal em sentido contrário, somente com uma alteração legislativa é que se poderia aplicar o raciocínio acima exposto.

4.3.1.4 Exigência da multa no caso de pessoa jurídica

Outra discussão relevante sobre o tema é a questão da aplicação da multa quando se trata de pessoa jurídica, seja de direito privado, seja de direito público. A

⁴⁵⁴ SEABRA, Fausto José Martins. *A atuação do juiz na efetivação da tutela coletiva*. 62 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 53.

⁴⁵⁵ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 296. Cumpre ressaltar que, em pesquisa na jurisprudência, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a aplicabilidade desse dispositivo, reconhecendo que a exigibilidade da multa em ação civil pública fica condicionada ao trânsito em julgado da decisão final favorável ao autor (STJ EDcl no AgRg no REsp 756224/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 27/08/2011).

questão que surge, nesse sentido, é se seria possível aplicar a multa à pessoa física a quem cabe efetivamente cumprir a ordem em nome da pessoa jurídica.

Isso porque o posicionamento majoritário da doutrina⁴⁵⁶ e da jurisprudência⁴⁵⁷ é no sentido de que a multa somente é aplicável à pessoa jurídica, sendo vedada a sua aplicação ao seu dirigente ou a terceiros responsáveis pelo cumprimento da ordem no âmbito da pessoa jurídica. Esse posicionamento, no entanto, deverá ser revisto, conforme será melhor explanado a seguir.

Ressalta Zaroni⁴⁵⁸ que o princípio da multa é induzir ao cumprimento da obrigação por meio de constrangimento do demandado. Desta forma, em semelhança ao que ocorre em outros ordenamentos jurídicos⁴⁵⁹, deveria a multa recair sobre quem corporifica a vontade da pessoa jurídica, independentemente de sua posição em relação ao processo⁴⁶⁰. Isto porque a pessoa jurídica consiste em uma construção legal, a qual é desprovida de vontade. Considerando que a multa tem por finalidade influenciar na vontade do réu, não se mostra plausível que ela seja aplicada à pessoa jurídica, uma vez que esta não possui vontade, mas sim os seus responsáveis (diretores, gerentes, entre outros). Logo, segundo o autor, deverá a multa recair sobre quem tem atribuição, na esfera da pessoa jurídica, de cumprir a ordem legal, ou seja, sobre quem corporifica a pessoa jurídica⁴⁶¹.

Ainda segundo Zaroni, a referida medida não é vedada pelo ordenamento

⁴⁵⁶ Conforme constatação feita por ZARONI, Bruno Marzullo. *Efetividade da execução por meio de multa: a problemática em relação à pessoa jurídica*. 347 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, pp. 229 e ss.

⁴⁵⁷ Da análise da jurisprudência majoritária, verifica-se que há imposição da multa diária somente às pessoas jurídicas, sem considerar a possibilidade de imposição ao dirigente ou ao próprio agente público como forma de dar maior efetividade a este meio de coerção. Nesse sentido, os seguintes julgados: STJ - REsp 770.753, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 27/02/2007; TRF-2.a Reg. - Ag 2007.02.01.012356-0, Rel. Des. Benedito Gonçalves, 6ª Turma, julgado em 30/04/2008; STJ REsp 747371, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 06/04/2010.

⁴⁵⁸ ZARONI, Bruno Marzullo. *Efetividade da execução por meio de multa: a problemática em relação à pessoa jurídica*. 347 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 264.

⁴⁵⁹ Zaroni, em estudo sobre o direito comparado, observa que nos ordenamentos jurídicos norte-americano, inglês, espanhol e argentino, admite-se que terceiros, na qualidade de pessoas físicas responsáveis dentro de uma pessoa jurídica, possam sofrer a imposição da multa, como medida de dar maior efetividade a este meio de coerção (ZARONI, Bruno Marzullo. *Efetividade da execução por meio de multa: a problemática em relação à pessoa jurídica*. 347 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, pp. 240 e ss.)

⁴⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 264.

⁴⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 266.

jurídico brasileiro. Isto porque nosso ordenamento proíbe que o juiz emita provimentos finais em face de terceiros, os quais não foram parte do processo. No entanto, tal restrição não se aplica às medidas de coerção, tanto que há exemplos no Código de Processo Civil em que o juiz poderá determinar obrigações a terceiros, tais como as previsões contidas nos artigos 14, 339, 341 e 358, todos do Código de Processo Civil⁴⁶².

Em sentido semelhante, Guerra⁴⁶³ afirma que a multa imposta às pessoas jurídicas somente tem eficácia quando puder atingir também a vontade humana. Isso porque a multa imposta contra a pessoa jurídica atinge tão somente o seu patrimônio, sendo que eventual ressarcimento contra a pessoa que deu causa à incidência da multa depende de propositura de demanda autônoma, o que nem sempre ocorre. Desta forma, é possível a imposição de multa à própria pessoa física, considerando que o ordenamento jurídico concedeu ao juiz amplos poderes, no sentido de tomar as medidas coercitivas necessárias para o cumprimento da obrigação⁴⁶⁴.

Da análise sobre o tema, verifica-se que, de fato, somente havendo imposição ao próprio responsável pelo cumprimento da obrigação é que poderá a multa ter sua eficácia plena porque a finalidade da multa é influir na vontade do demandado. No entanto, tal meio de coerção torna-se inócuo quando aplicado à pessoa jurídica, tendo em vista que quem irá cumprir a ordem judicial será, de fato, uma pessoa, que atua em nome da pessoa jurídica.

No caso de pessoa jurídica de direito público, a imposição de multa é menos eficaz ainda porque o pagamento de dívidas judiciais se rege pelo sistema de precatórios, previsto no artigo 100 da Constituição Federal, sendo que eventual valor relativo à

⁴⁶² ZARONI, Bruno Marzullo. *Efetividade da execução por meio de multa*: a problemática em relação à pessoa jurídica. 347 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, pp. 269-270. Observa o autor, ainda, que, se o ordenamento permite aplicação de multa por ato atentatório da justiça (artigo 14 do Código de Processo Civil), não haveria sentido para que não se estendesse a aplicação da multa prevista nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor a terceiros responsáveis pelo cumprimento de ordens judiciais por meio de pessoas jurídicas, uma vez que, embora ambas as multas tenham natureza distintas, elas possuem a mesma finalidade, qual seja, promover o cumprimento de decisões judiciais (*Idem, ibidem*, pp. 282 e ss).

⁴⁶³ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 130-131.

⁴⁶⁴ Há entendimento minoritário no Superior Tribunal de Justiça que entende ser possível a imposição de multa ao próprio agente público e não à pessoa jurídica de direito público. Nesse sentido, STJ EDcl 1.111.562, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 01/06/2010.

imposição de multa, salvo se o juiz determinar o sequestro de bens do Estado, deverá seguir esse regime, o que claramente torna o meio de coerção totalmente ineficaz.

Considerando que o próprio ordenamento jurídico atual permite a imposição de penalidades a terceiros, não se vislumbra qualquer obstáculo para que a multa imposta como meio de coerção seja destinada às pessoas físicas responsáveis pelos atos de gerência da pessoa jurídica de direito privado ou o agente público responsável pelo ato no âmbito da Administração.

Observa-se, no entanto, que embora este posicionamento vise conceder maior efetividade ao processo, é preciso ser adotado com cautela, devendo ser analisado se a pessoa física sobre a qual recairá a multa detém, de fato, poderes para cumprir a ordem judicial⁴⁶⁵, atentando-se, ainda, para a capacidade econômica da pessoa física, que certamente é menor do que da pessoa jurídica.

Desta forma, aplicada a multa à própria pessoa física responsável pelo cumprimento da ordem, e não à pessoa jurídica, poderá consistir em eficaz meio de efetivação da tutela inibitória.

4.3.1.5 A multa prevista no artigo 14, inciso V, do Código de Processo Civil

Por fim, último tema relativo à multa no caso da tutela inibitória coletiva consiste na análise da possibilidade de aplicação de multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, prevista no artigo 14, inciso V, parágrafo único do Código de Processo Civil.

⁴⁶⁵ Cumpre ressaltar, nesse sentido, prática recorrente em alguns Tribunais de determinar a aplicação da multa por descumprimento de ordem judicial ao Procurador do Estado, que é advogado público e tem como atribuição a representação do Estado em juízo. Nesses casos, confunde-se a pessoa do Procurador do Estado, que é um advogado, com a do agente público, que é quem efetivamente irá cumprir a ordem. Tais decisões têm sido revertidas nos Tribunais Superiores, reconhecendo-se que o Procurador do Estado não responde pela falha da Administração Pública no cumprimento das ordens judiciais. Nesse sentido, STF Rcl 5.133, Rel. Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009; STF Rcl 7.181, Rel. Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009; STJ REsp 1370503, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 04/06/2013; STJ EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 392932, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma, julgado em 11/09/2008.

Referido dispositivo legal é reconhecido pela doutrina como uma forma de incorporação do instituto norte-americano do *contempt of court*, uma vez que se pune, por meio de imposição de multa, qualquer conduta capaz de obstar ou dificultar o cumprimento de ordens judiciais⁴⁶⁶.

Cumprе ressaltar que referida norma é ampla, pois não limita a aplicação da penalidade somente às partes do processo, mas também a qualquer pessoa que de alguma forma participe do processo, tais como peritos, assistentes técnicos, leiloeiros, entre outros⁴⁶⁷. Pode-se, inclusive, responsabilizar pessoalmente o agente público pelo descumprimento da ordem judicial, devendo a multa recair sobre o seu patrimônio pessoal⁴⁶⁸.

Em análise sobre o tema, conclui Marzagão⁴⁶⁹ que, em razão da previsão da multa coercitiva e da multa por ato atentatório da justiça, estaria o ordenamento jurídico brasileiro munido de instrumentos suficientes para a satisfação das obrigações de fazer e não fazer em juízo.

⁴⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na recente experiência brasileira – Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 119, p. 46, jan. 2005.

⁴⁶⁷ *Idem, ibidem*. p. 50. Cumprе ressaltar, nesse sentido que, embora o posicionamento da doutrina seja pela total aplicabilidade dessa multa a terceiros, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Ordinário 29.213, analisado pela 4ª Turma do referido Tribunal, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha e julgado em 18 de novembro de 2010, entendeu que somente é possível aplicar a referida multa por meio de ação autônoma. No caso, houve determinação judicial em sede de processo de falência para que a instituição financeira bloqueasse os valores em conta da empresa falida. Em razão do cumprimento parcial da ordem, o juízo falimentar determinou a penhora na boca do caixa da instituição financeira que descumpriu a ordem de bloqueio de valores da empresa falida. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a instituição financeira, que é terceiro na demanda falimentar, não poderia sofrer medidas de constrição sem o prévio respeito ao devido processo legal e às garantias a ele inerentes. Entendeu o Superior Tribunal que, nesse caso, não poderia haver a penhora de bens da instituição financeira, não havendo excluído, no entanto, a possibilidade de imposição de multa.

No entanto, no julgamento do REsp 1.013.777, em 13/04/2010, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que seria possível a cominação de multa a terceiros, inclusive perito, por, no caso, não ter apresentado o laudo pericial. O confronto entre esses julgados permite concluir que é possível a aplicação de sanção a terceiros, desde que seja multa, havendo limitação aos poderes do juiz, o qual não poderia substituir a medida por outra mais severa, ainda que mais eficaz.

⁴⁶⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na recente experiência brasileira – Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 119, p. 47, jan. 2005.

⁴⁶⁹ MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A multa (astreintes) na tutela específica*. 260 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 173.

No entanto, como bem ressalta Vieira⁴⁷⁰, tal multa não tem caráter preventivo, pois se trata de uma reprimenda posterior ao fato ocorrido, sendo de caráter punitivo.

Logo, em que pese o fato de haver a possibilidade prevista na legislação de multa contra ato atentatório da justiça, o que poderia, em tese, tornar o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer mais efetivo, verifica-se que a sua aplicação na tutela inibitória coletiva, como meio de coerção para prevenir a ocorrência ou continuação do ilícito, é inócua, pois a previsão legal do artigo 14 do Código de Processo Civil abarcou a possibilidade de multa punitiva, não coercitiva.

Feita esta análise, é preciso analisar outro mecanismo comumente apontado pela doutrina no que se refere à efetivação da tutela inibitória coletiva, qual seja, a possibilidade de prisão.

4.3.2 Prisão

Alguns doutrinadores apontam a possibilidade de prisão civil como forma de coerção indireta na efetivação da tutela inibitória, em semelhança ao que ocorre com o sistema do *contempt of court*⁴⁷¹.

Nesse sentido, ressalta Marinoni⁴⁷² que o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, ao vedar a possibilidade de prisão civil por dívidas, se refere tão somente à prisão por dívidas pecuniárias⁴⁷³. Considerando o teor do texto constitucional, o

⁴⁷⁰ VIEIRA, Lucas Carlos. A execução da tutela inibitória coletiva: aspectos de sua (in)eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, Oliveira Rocha, n. 95, p. 66, fev. 2011. Ressalta o autor que, embora as multas previstas nos artigos 461 do Código de Processo Civil (cuja redação é semelhante ao do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor) e o artigo 14 do Código de Processo Civil sejam diferentes, nada impede que sejam aplicadas cumulativamente (*Idem, ibidem*. p. 66).

⁴⁷¹ Nesse sentido, entende Grinover que uma das formas de incorporação do *contempt of court* seria a adoção da prisão civil, aplicada pelo juiz civil (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n. 102, p. 225, abr/jun. 2011).

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 233.

⁴⁷³ Observa o autor, ainda, que o débito alimentar não tem origem em obrigação, mas consiste em dever legal com repercussão não patrimonial, razão pela qual não pode ser comparado como simples dívida pecuniária

qual especifica que não haverá prisão por dívida, entende Marinoni⁴⁷⁴ que houve a proibição tão somente de uma espécie de prisão civil, a prisão por dívidas, e não de toda e qualquer prisão. Entendimento contrário seria retirar qualquer significado da expressão *dívida* constante do texto constitucional.

Em razão disto, conclui o autor que a prisão consiste em uma medida de coerção indireta, a ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de garantir a efetividade do processo civil, visando a proteção dos direitos fundamentais. A admissibilidade da prisão civil, nos casos de tutela inibitória, é medida que se faz necessária, principalmente quando as outras formas de coerção indireta, tais como a multa, não se mostrarem adequadas⁴⁷⁵.

Pode-se pensar também na possibilidade de aplicação de sanção criminal decorrente de crime de desobediência ou de prevaricação.

Arenhart⁴⁷⁶, em análise sobre o tema, entende que a prisão criminal tem pouco efeito intimidatório⁴⁷⁷. Primeiramente, a sanção criminal, como meio coercitivo, somente tem efeito antes da sua imposição, uma vez que, violada a ordem judicial, deverá ser efetivada. Assim, se a parte já descumpriu a ordem judicial, a prisão de cunho criminal perde totalmente sua condição coercitiva, passando a assumir caráter punitivo. Ainda, é preciso considerar a tendência do direito penal de cada vez mais reduzir a aplicação da pena restritiva de liberdade, bem como o fato de que a demora do processo judicial necessário à aplicação da pena também contribui para reduzir o seu potencial intimidatório.

(MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 234).

⁴⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 234. Nesse mesmo sentido, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 245-246.

⁴⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 237-238.

⁴⁷⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 387. Nesse mesmo sentido, esclarece Assis que o juiz civil não é competente para ordenar a prisão em virtude de hipotético crime de desobediência, ressalvada a hipótese de prisão em flagrante, motivo pelo qual conclui que a aplicação da prisão criminal, como forma de trazer para o ordenamento jurídico as sanções do *contempt of court*, na prática não possui efeito intimidatório (ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. In *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 52, n. 318, p. 21, abr. 2004).

⁴⁷⁷ Nesse mesmo sentido, MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A multa (astreintes) na tutela específica*. 260 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 165.

Em razão disso, conclui Arenhart⁴⁷⁸ que deverá ser aplicada a prisão civil, nos moldes como ocorre no direito norte-americano com o *contempt of court*, como forma de coagir o demandado a cumprir a determinação judicial, sem cunho punitivo. Para tanto, utiliza-se o autor dos mesmos argumentos expostos anteriormente, quais sejam, o de que a Constituição Federal proibiu a prisão civil por dívida, o que não ocorre no caso da tutela inibitória coletiva.

Spadoni⁴⁷⁹, por sua vez, entende ser possível a prisão penal como medida coercitiva porque, segundo o autor, o direito penal, além de punitivo, é também preventivo, uma vez que a cominação de sanções penais para determinadas condutas tipificadas como crime visa provocar um sentimento de temor nas pessoas, evitando-se assim a conduta prevista na lei como crime. Desta forma, ainda segundo o autor, havendo desobediência do réu da ordem judicial emanada pelo juiz, em sede de tutela inibitória, seria possível a prisão do réu pelo crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal, sendo que a prisão poderá, inclusive, ser feita em flagrante, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, pelos executores da ordem judicial⁴⁸⁰.

Por sua vez, Sartorio⁴⁸¹ entende que, por mais que se busquem meios para dar efetividade à tutela jurisdicional, o texto constitucional deixou claro que a prisão civil somente é possível em duas situações. Ainda, o próprio Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em julgados mais restritivos, deixou claro que não seria possível haver uma interpretação ampliativa do texto constitucional. Assim, não seria possível a prisão civil em razão de descumprimento de ordem judicial, tal como ocorre no sistema norte-americano.

Ressalta o autor⁴⁸², no entanto, que a prisão penal seria possível, em razão da previsão do artigo 330 do Código Penal. Porém, com a Lei 9.099/1995, houve a

⁴⁷⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 388-389.

⁴⁷⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 203 e ss.

⁴⁸⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 205. Ressalta o autor, ainda, que nesse caso haverá a instauração de processo penal, a ser processado pelo juiz criminal competente, independentemente e sem prejuízo ao processo civil em que a ordem foi emanada (*Idem, ibidem*, p. 205).

⁴⁸¹ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, pp. 145-146.

⁴⁸² SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 147.

determinação de que as penas privativas de liberdade até dois anos serão consideradas menor potencial ofensivo, sendo que será substituída por outras medidas, bem como não haverá prisão em flagrante. Embora haja essa previsão legal, considera o autor que pelo fato de se impor ao demandado o comparecimento ao juizado especial já haveria algum efeito pedagógico para que outros tenham mais respeito pela atuação jurisdicional.

Em sentido semelhante, entende Vieira⁴⁸³ que a prisão prevista no artigo 330 do Código Penal, embora aplicável no caso de descumprimento de ordem judicial em sede de tutela inibitória, tem pouca aplicabilidade na prática, uma vez que, em razão da pena máxima ser de dois anos, muitos juízes se sentem desencorajados a aplicar essa sanção sob o fundamento de que o cárcere se presta a crimes potencialmente maiores do que uma mera infração de cunho disciplinador.

Salles⁴⁸⁴, por sua vez, reconhece que a aplicação do artigo 330 do Código Penal, à semelhança do *contempt of court* criminal, tem caráter punitivo de natureza criminal, destinada a sancionar fato tipificado pelo desatendimento da determinação judicial. No entanto, reconhece o autor que a sua utilização tem efeito coercitivo, consistente na possibilidade de persecução criminal no sentido de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação determinada pelo juízo.

Por fim, Talamini⁴⁸⁵ também entende que a prisão civil, como meio de coerção para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, não é possível no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da vedação expressa do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal. Para o autor, somente é possível a aplicação das penalidades previstas para o crime de desobediência, o qual funcionaria como mecanismo de coerção de forma reflexa no processo civil.

⁴⁸³ VIEIRA, Lucas Carlos. A execução da tutela inibitória coletiva: aspectos de sua (in)eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, Oliveira Rocha, n. 95, p. 70, fev. 2011.

⁴⁸⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 287-288.

⁴⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 301 e ss.

Ainda segundo Talamini⁴⁸⁶, a sanção da prisão por crime de desobediência, no caso de a violação ser feita por pessoa jurídica de direito privado, quem responde é a pessoa natural investida dos poderes jurídicos para dar cumprimento ao comando. No mesmo sentido deveria esta regra ser aplicada às pessoas jurídicas de direito público, sendo que o agente público, neste caso, só estaria isento de responsabilidade criminal caso houvesse impossibilidade material ou jurídica de cumprimento da ordem judicial⁴⁸⁷.

Da análise da doutrina acima, bem como da jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal⁴⁸⁸, verifica-se que não é possível a prisão civil, tal como ocorre com o *contempt of court* porque a Constituição Federal, em análise conjunta com o Pacto de São José da Costa Rica, não deixa dúvidas de que, no Brasil, somente há a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos. A prisão civil de qualquer outra forma está vedada não só pela Constituição Federal, mas também pelos pactos de direitos humanos assinados pelo Brasil.

Logo, somente é possível a aplicação da sanção criminal, em razão do artigo 330 do Código Penal. Embora se trate de uma medida punitiva, nada impede que haja a sua aplicação à tutela inibitória, como forma de coerção, uma vez que a pessoa, sabendo que poderá haver a configuração do crime, poderá se sentir coagida a cumprir a ordem judicial⁴⁸⁹.

No entanto, é preciso reconhecer que essa medida carece de efetividade no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiro, porque a sua pena é de menor potencial ofensivo, o que retira a coercibilidade da medida, pois haverá transação penal, que não constará nos registros criminais do réu, o qual continuará sendo réu primário.

⁴⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 323-324.

⁴⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 326.

⁴⁸⁸ Em dezembro de 2008, nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 349703 e 466343 e do Habeas Corpus HC 87585, o Plenário do Supremo Tribunal Federal determinou a revogação da Súmula 619 do referido Tribunal, bem como reconheceu que o Pacto de São José da Costa Rica, o qual proíbe a prisão por dívida, exceto no caso do devedor de alimentos, teria *status* supralegal, ou seja, acima da legislação ordinária mas abaixo da Constituição Federal. Dessa forma, entendeu que os tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil teria caráter supralegal, podendo obter o caráter constitucional caso houvesse a aprovação nos termos do artigo 5, §3º, da Constituição Federal. Em razão disso, considerou-se ilícita a prisão civil do depositário infiel.

⁴⁸⁹ Cumpre ressaltar que há julgados que restringem o uso da prisão penal em conjunto com a multa, por entender que tal fato implicaria dupla penalidade. Nesse sentido, STJ HC 16.940, Rel. Min. Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini, 5ª Turma, julgado em 25/06/2002.

Ainda, há problemas na configuração da autoria do crime porque nem sempre é possível saber quem é o real responsável pelo cumprimento da ordem judicial, a fim de aplicar-lhe uma sanção penal. Nem sempre se consegue intimar corretamente a pessoa com atribuição para o cumprimento da ordem judicial, o que acaba por gerar um grande entrave na aplicação desta medida, pois não se sabe ao certo quem é o autor do crime de desobediência.

Desta forma, embora possível a sua aplicação na tutela inibitória, verifica-se que a medida da prisão ainda encontra muitos entraves no ordenamento jurídico brasileiro, carecendo de efetividade quando se trata de punição pelo descumprimento de ordem judicial.

4.3.3 Outras medidas na prestação da tutela inibitória

Por fim, cumpre analisar brevemente a possibilidade de imposição de outras medidas de coerção e medidas de sub-rogação.

Como bem observa Spadoni⁴⁹⁰, há casos em que a imposição da multa pecuniária não é suficiente para tutelar adequadamente o bem jurídico, uma vez que a multa nem sempre teria o condão de impedir a ocorrência do ilícito.

Em razão disto, o artigo 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor potencializa a efetividade da tutela inibitória, uma vez que dá poderes ao juiz para determinar outras medidas necessárias que não somente a imposição de multa, a fim de efetivar a proteção do bem jurídico envolvido, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, entre outros⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 206-207.

⁴⁹¹ VIEIRA, Lucas Carlos. A execução da tutela inibitória coletiva: aspectos de sua (in)eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, Oliveira Rocha, n. 95, p. 60, fev. 2011.

Este poder concedido ao juiz independe de pedido expresso do autor da demanda ou da instauração de uma nova relação jurídica processual, além de independe, também, da vontade do réu⁴⁹².

Assevera Arenhart⁴⁹³ que tais medidas são admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, tal como prevê o artigo 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor. Ainda, a própria Lei Antitruste (Lei 8.884/1994) prevê a possibilidade de expropriação do poder de administração da empresa, exemplo em que há um caso de sub-rogação.

Pode-se imaginar que semelhantes medidas não possam ser admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da agressividade que apresentam. No entanto, como bem observa Arenhart⁴⁹⁴, a medida sub-rogatória, justamente por implicar a dispensa da colaboração do demandado, pode ser o caminho mais efetivo e mais rápido para a tutela dos interesses em juízo. Ainda, poderá a medida ser menos onerosa ao demandado, nos termos do artigo 620 do Código de Processo Civil.

O rol constante do artigo 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor, como bem ressalta Talamini⁴⁹⁵, não é exaustivo. No entanto, isso não significa que o juiz possui poder ilimitado, pois deve se atentar para as peculiaridades do caso concreto⁴⁹⁶, aplicando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como não poderá usar a prisão civil como meio coercitivo.

Em análise sobre o tema, cita Salles⁴⁹⁷ duas possibilidades de outras medidas: restritiva de direitos ou imposição de medida executiva mais gravosa. No primeiro caso, considerando que não há autorização legal para restrição de liberdade,

⁴⁹² SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 207.

⁴⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 398.

⁴⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 397.

⁴⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 270.

⁴⁹⁶ Almeida assevera que o juiz deverá, na escolha de qual meio a ser adotado, pautar-se pela adequação e necessidade (ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução dos interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas*. 274 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 115).

⁴⁹⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 289.

poderá o juiz determinar a restrição de direitos não fundamentais, tais como a interdição do estabelecimento ou parte dele, a limitação de funcionamento, fixação de horário para prática de certos atos, entre outros⁴⁹⁸.

Poderá, ainda, haver a imposição de medidas mais gravosas, tais como a realização do ato por terceiros ou a decretação de intervenção judicial, medidas estas de sub-rogação⁴⁹⁹.

Cumprе ressaltar que é possível uma resposta satisfativa com a imposição de uma única providência pelo juízo. No caso de obrigação de não fazer poderão ser utilizadas medidas como interdição, lacração ou embargo. Neste sentido, Salles⁵⁰⁰ cita o exemplo de um caso em que há uma atividade poluidora. A imposição pelo juiz da interdição do estabelecimento, por exemplo, pode produzir o resultado prático equivalente.

Por fim, alguns doutrinadores citam como medida possível no caso de cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, à semelhança do que já ocorre no *contempt of court*, a intervenção judicial, prevista atualmente somente no artigo 63 da Lei 8.884/1994.

De acordo com Salles⁵⁰¹, não haveria óbice para a sua aplicação a outras áreas, inclusive na tutela coletiva, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro já tem previsão expressa desse mecanismo.

No mesmo sentido, Guerra⁵⁰² afirma que o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, pelo regime do Código de Processo Civil, conferiu ao juiz amplos

⁴⁹⁸ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 289-290. Cumprе ressaltar que essas medidas não são de caráter substitutivo.

⁴⁹⁹ Embora não seja uma medida de sub-rogação, no caso dos agentes públicos, poder-se-ia pensar na aplicação das sanções previstas por atos de improbidade administrativa, que podem ser configurados em razão do descumprimento de ordem judicial, o que pode ser um mecanismo muito eficaz em relação aos agentes públicos. Ressalte-se, no entanto, que a sua aplicação no campo da tutela inibitória coletiva demanda uma análise aprofundada sobre o tema, o que escapa aos limites da presente dissertação de mestrado.

⁵⁰⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 292.

⁵⁰¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 293. Neste mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 277.

⁵⁰² GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124.

poderes, no sentido de determinar qualquer medida que entender adequada para o atingimento do resultado prático equivalente.

Desta forma, considerando que a Lei 8.884/1994 disciplinou a intervenção judicial, entende o autor que não haveria qualquer impedimento para que esse mecanismo fosse aplicado também em outras áreas, uma vez que o Código de Processo Civil (e no caso da tutela inibitória coletiva, também o Código de Defesa do Consumidor, cuja redação do artigo 84 é a mesma do artigo 461 do Código de Processo Civil) é mais amplo e abrangente, dando permissão ao juiz para adotar a medida que entender mais adequada ao caso concreto⁵⁰³.

Da análise dos posicionamentos acima expostos, de fato, não se vislumbra qualquer óbice para a aplicação da intervenção judicial no caso da tutela inibitória coletiva. Tal medida está em consonância com a tendência do direito processual brasileiro, que é a de dar maior efetividade ao cumprimento das decisões judiciais. Assim, desde que respeitados parâmetro mínimos, tais como as garantias constitucionais do processo e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, deverá também esta medida ser aplicada na efetivação da tutela inibitória, cuja adequação deverá ser feita casuisticamente pelo juiz.

De todo o exposto, verifica-se que foi conferido aos juízes amplos poderes na determinação das medidas adequadas para a efetivação da tutela coletiva, entre elas a tutela inibitória, podendo ser aplicado quaisquer medidas neste sentido, inclusive a intervenção judicial, desde que respeitadas as garantias constitucionais do processo e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

4.4 Considerações finais acerca da efetivação da tutela inibitória coletiva

Feita a análise acerca dos mecanismos disponíveis para a efetivação da tutela inibitória coletiva, bem como daqueles mecanismos previstos no sistema norte-americano do *contempt of court*, cumpre, neste momento, fazer algumas considerações gerais.

⁵⁰³ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 125.

Um dos grandes problemas a ser enfrentado pela tutela inibitória, principalmente na forma coletiva, é a sua efetivação. De nada adianta uma sentença concedendo uma tutela inibitória se não houver instrumentos processuais adequados para impedir que o réu pratique o ato reputado como ilícito⁵⁰⁴ porque a ampla abrangência de sua base subjetiva, bem como as dificuldades inerentes à concretização da tutela inibitória, por meio da imposição de deveres e abstenções, fazem com que a sua efetivação ganhe destaque, devendo haver um estudo mais detido sobre o assunto.

Como exemplo das dificuldades para a efetivação da tutela inibitória coletiva, pode-se citar a questão da imposição de multa diária como meio de coerção para que o réu se abstenha de realizar determinado ato. O valor da multa a ser fixada pelo juiz, bem como a forma como será cobrada – se antes ou após o trânsito em julgado – são questões que influenciam a efetivação da tutela inibitória, na medida em que a fixação de uma multa em valor muito baixo, por exemplo, não cumprirá com a sua finalidade, qual seja, influir na vontade do réu para que seja cumprida a sentença.

Outra questão no que se refere às dificuldades na efetivação da tutela inibitória reside na análise de quais são os mecanismos aptos para essa atividade no ordenamento jurídico brasileiro porque, embora o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor tenha dado amplos poderes ao juiz para determinar medidas de coerção e sub-rogação que entender necessárias e adequadas, alguns mecanismos ainda são tratados com certa timidez, não se podendo dizer que o Brasil importou o mecanismo do *contempt of court*.

Tal afirmação não é pacífica na doutrina. Souza⁵⁰⁵, por exemplo, assevera que no direito norte-americano e inglês concede-se maior poder ao juiz uma vez que as Constituições desses países lhes asseguram outras garantias. Os juízes possuem formação diferente da do Brasil e mais experiência, motivo pelo qual é dado grande poder a eles, possibilitando a aplicação do *contempt of court*. No Brasil, no entanto, esse instituto não

⁵⁰⁴ VECCHI, Paolo Maria. Gli strumenti coercitivi della pronuncia inibitoria. In: BELLELLI, Alessandra (a cura di). *Azione inibitoria e interessi tutelati*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 154.

⁵⁰⁵ SOUZA, Gustavo Emílio Contrucci Alexandrino de. *Injunctions e algumas decisões jurisdicionais no processo civil brasileiro: uma visão comparativa*. 189 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 161.

poderia ser aplicado, uma vez que os juízes não possuem as mesmas garantias dos juízes norte-americanos, nem a mesma legitimidade. Logo, tais circunstâncias inviabilizariam a aplicação deste instituto no Brasil.

No entanto, reconhece o autor que o Brasil adotou o mecanismo semelhante ao do *contempt of court* por meio da nova redação do artigo 461 do Código de Processo Civil, o qual concedeu maiores poderes ao juiz e maior discricionariedade para que haja a adoção de medidas coercitivas adequadas para a efetividade das decisões judiciais, principalmente nas obrigações de fazer e não fazer⁵⁰⁶.

Em que pese o entendimento de Souza acima exposto, o aumento dos poderes concedidos ao juiz, bem como da discricionariedade e flexibilidade na condução das obrigações de fazer ou não fazer demonstra uma preocupação do legislador com a efetividade das decisões judiciais, sendo que as previsões contidas no artigo 461 do Código de Processo Civil e seu correlato no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor devem ser vistos como avanços na disciplina das obrigações de fazer e não fazer.

Ainda, conforme analisado anteriormente, verifica-se que não houve uma completa importação do sistema do *contempt of court* ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a possibilidade de decretação de prisão civil não tem sido admitida pela jurisprudência e maioria da doutrina brasileiras.

A previsão contida no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor representa, sem dúvida, um avanço na efetivação da tutela inibitória, uma vez que, em razão da quebra da tipicidade da execução, poderá o juiz, na esfera daquilo permitido pela Constituição Federal e considerando a proporcionalidade e razoabilidade, adotar outras medidas que entender necessárias, tais como a intervenção judicial prevista no artigo 63 da Lei 8.884/1994.

Isto reflete a atual tendência do processo civil brasileiro, o que não conflita com o nosso sistema de legalidade nem de proteção aos direitos fundamentais, uma vez

⁵⁰⁶ SOUZA, Gustavo Emílio Contrucci Alexandrino de. *Injunctions e algumas decisões jurisdicionais no processo civil brasileiro: uma visão comparativa*. 189 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 171.

que há previsão legal para que o juiz tenha maior discricionariedade na sua atuação, principalmente quanto às obrigações de fazer e não fazer.

No entanto, a impossibilidade reconhecida para aplicação da prisão civil, por exemplo, é algo que impede que a efetividade do processo seja totalmente atingida, não podendo se afirmar que no Brasil o sistema de efetivação das ordens judiciais se encontra totalmente adequado e completo.

CAPÍTULO V - CONCLUSÕES

Expostos os fundamentos que nortearam a elaboração da presente dissertação de mestrado, é preciso tecer algumas conclusões finais.

O estudo das novas tendências da responsabilidade civil, as quais têm incluído neste conceito a prevenção de danos, demonstrou ser o alicerce de direito material para justificar a necessidade de se repensar a tutela jurisdicional porque o processo é instrumento do direito material e, como tal, deverá ser pensado não como um fim em si mesmo, mas à luz do direito material. Havendo um direito material que contém algumas peculiaridades, deverá haver uma tutela jurisdicional adequada para proteger este direito.

Desta forma, verifica-se que as novas tendências da responsabilidade civil têm grande influência na tutela inibitória no Brasil porque a tutela inibitória se destina a impedir a ocorrência, a continuidade ou a repetição do ilícito, motivo pelo qual é instrumento adequado para proteger direitos os quais, em razão das suas peculiaridades, necessitam de uma atuação preventiva e não reparatória, atuação esta já reconhecida pela doutrina brasileira e, de forma ainda tímida, também pela jurisprudência, conforme a análise feita no Capítulo II.

Ainda, restou demonstrado que os direitos transindividuais, em razão dos bens jurídicos envolvidos, são os que mais necessitam de uma tutela jurisdicional preventiva porque esses bens têm como característica a impossibilidade, na maior parte dos casos, de se quantificar pecuniariamente, bem como em se retornar ao *status quo ante*. Em razão disto, necessitam da tutela inibitória, a qual tem por finalidade justamente evitar a ocorrência do ilícito e do dano, protegendo de forma efetiva os bens jurídicos transindividuais.

No Capítulo III, estudou-se como a tutela inibitória seria aplicada no campo dos direitos transindividuais. Este estudo concluiu que, assim como ocorre com a tutela reparatória, a tutela inibitória, quando aplicada aos direitos transindividuais, adquire

contornos próprios, principalmente no que se refere à estabilização da demanda e à coisa julgada material.

Conforme restou demonstrado no Capítulo III da presente dissertação de mestrado, os contornos que a tutela inibitória adquire, na verdade, não se diferenciam dos mesmos contornos que a tutela reparatória também adquire quando se refere aos direitos transindividuais. A pesquisa realizada neste trabalho demonstrou que seja inibitória ou reparatória a espécie de tutela jurisdicional veiculada, ambas adquirem as mesmas peculiaridades quando veiculam direitos transindividuais no que se refere à necessidade de flexibilização da demanda, permitindo-se incluir fatos supervenientes fora das hipóteses permitidas no Código de Processo Civil, bem como em relação à coisa julgada, principalmente quanto aos seus efeitos e limites subjetivos e temporais.

Por fim, no que se refere à efetivação da tutela inibitória coletiva, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não se encontra munido de instrumentos processuais adequados para a completa efetivação desta tutela porque a impossibilidade de prisão civil, tal como ocorre no sistema norte-americano do *contempt of court*, bem como as restrições doutrinárias e jurisprudenciais, no que se refere à aplicação de multa a terceiros, principalmente no caso de pessoas jurídicas, demonstram que o sistema ainda tem necessidade de aprimoração e superação de alguns dogmas, sem os quais não será possível alcançar a efetividade do processo que tanto se almeja.

De todo o exposto, conclui-se que o reconhecimento e aplicação da tutela inibitória coletiva representa, sem dúvida, um avanço, o qual ainda necessita de aprimoramentos doutrinários e, principalmente, da sua aplicação pela jurisprudência pátria.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução dos interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas*. 274 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ALVIM, J.E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 53-75.

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

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 65, pp. 45-55, jan/mar. 1992.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: ano 52, n. 318, pp. 7-23, abr. 2004.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*. São Paulo: v.36, n.192, pp.129-166, fev. 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, pp. 607-624, lug/ago. 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma: Mucchi Editore, n. 06, pp. 113-155, 1998.

BIANCA, C. Massimo. L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito. In: BELLELLI, Alessandra (a cura di). *Azione inibitoria e interessi tutelati*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 13-27.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Considerações sobre a tutela inibitória. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 53, pp. 188-202, jun. 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. (Vol. 4).

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Vol. 1).

BUENO, Júlio Cesar. *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro*. 316 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 589 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

CALAIS, Eduardo. A tutela inibitória e a efetividade do processo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (coord). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, pp. 171-196.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

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

CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard law review*, 1976, vol. 89, n. 7, pp. 1281-1316, may. 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1942. (Vol. 1).

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis V. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, ano 80, v. 667, pp. 07-16, mai. 1991.

DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa pretendi*. 196 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. 441 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (Tomos I e II).

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. (Vols. I, II e III).

_____. *Instrumentalidade do processo*. 14ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. *Cornell Law Review*. Ithaca, v. 56, n. 2, pp. 183-284, jan. 1971.

FENOLL, Jordi Nieva. El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro. *Revista de Processo*. São Paulo, 2008, ano 33, n. 156, pp. 104-136, fev. 2008.

_____. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006.

FERRI, Corrado. L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: v.51, n.4, pp. 936-44, ott/dic 1996.

FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Indiana University Press, 1978.

_____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, pp. 1-6.

_____. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni fuori dal coro di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova; v.52, n.4, p. 999-1026, ott/dic. 1997.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

GHERSI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: RT, ano 13, n. 50, pp. 225-238, abr/jun. 2004.

GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle class actions*. Milani: Cedam, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES NETO, Diógenes Mendes. *Condenação para o futuro no sistema processual brasileiro*. 255 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, n. 102, pp. 219-227, abr/jun. 2011.

_____. Mandado de segurança: tutela preventiva, inibitória e específica. A suspensão da segurança. In: DONNINI, Rogério; CARRAZZA, Roque Antonio (coord). *Temas atuais de direito*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 17-26.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Execução indireta*. 1ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HAZARD JR., Geoffrey C; TARUFFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. Yale University Press, 1993.

LACERDA, Aloyr Dias. Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela inibitória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, v. 196, pp. 95-127, jun. 2011.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito*. São Paulo, vol. 4, n. 1, pp. 129-147, jul. 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEVY, Daniel de Andrade. *A reparação do dano e as funções da responsabilidade civil no século XXI: por uma nova sistematização metodológica da disciplina*. 431 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LEUBSDORF, John. The standard for preliminary injunctions. *Harvard Law Review*, volume 91, n. 3, pp. 524-566, jan.1978.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, vol. XLIII, n. 02, pp. 1019-1111, 2002.

LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. *Tutela antecipada em processos coletivos: a racionalidade de sua concessão*. 177 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A ação civil pública, o direito social e os princípios. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. pp. 290-299.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. *Complex litigation – cases and materials on advanced civil procedure*. 5ª ed. St. Paul: West Publishing Co., 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4ª edição revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. Tutela jurídica e proteção ao ambiente. *Jurisprudência brasileira: cível e comércio*. Curitiba: Juruá Editora, . 174, pp. 67-70, 1995.

MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A multa (astreintes) na tutela específica*. 260 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTESANO, Luigi. *Condanna civile e tutela esecutiva*. 2ª Edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. *O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente*. 211 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de Processo*, n. 104, pp. 101-110, out/dez. 2001.

_____. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de Direito Processual: Primeira Série*. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 81-89.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: *Temas de Direito Processual: Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 17-29.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito Material, processo e tutela jurisdicional. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, ano XXXIII, n. 101, pp. 45-78, mar. 2006.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *A coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. 263 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Paulo Rogério de. Aspectos da tutela inibitória. *Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais*. São Paulo: Lex Editora, ano 20, n. 230, pp. 09-26, out. 2008.

PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, pp. 3973-3999, nov/dez. 2004.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Luiz César da Silva. Tutela jurisdicional preventiva do meio ambiente: considerações acerca da tutela inibitória. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*. Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 2, n. 3, pp. 133-167, jan/jun. 2009.

PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fato illecito, inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998.

PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 37, n. 210, pp. 165-182, ago. 2012.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene Editore, 1999.

_____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. 34, pp. 536-591, 1979.

_____. Verso la residualità del processo a cognizione piena? In *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 131, pp. 239-249, jan. 2006.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, pp. 1-18.

RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O princípio da precaução e a sua aplicação pelo poder judiciário*. 169 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

RICCI, Gian Franco. Individuazione o sostanziazione nella riforma del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: anno XLIX, n. 4, pp. 1227-1251, dic. 1995.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALLES, Carlos Alberto de. A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados. In: _____ (coord.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 131-137.

_____. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Injunctions e Contempt of Court em defesa do meio ambiente*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). *Tutela coletiva - 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 83-109.

SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, ano 6, n. 22, pp. 45-69, abr/jun. 2005.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SEABRA, Fausto José Martins. *A atuação do juiz na efetivação da tutela coletiva*. 62 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SILVA, Alexandre Barbosa da. Tutela antecipatória, tutela inibitória, tutela específica, execução imediata da sentença e a execução fundada em título executivo provisório nos anteprojetos de reforma do Código de Processo Civil – análise inicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 89-112.

SILVA, Paulo Eduardo da. *Tutela inibitória e atuação jurisdicional preventiva*. 191 f. Dissertação de Mestrado. (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 798, pp. 23-50, 2002.

SOUZA, Gustavo Emílio Contrucci Alexandrino de. *Injunctions e algumas decisões jurisdicionais no processo civil brasileiro: uma visão comparativa*. 189 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Denise Nicoll Simões de. Controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais: ação inibitória. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: vol. 8, n. 29, pp. 179-196, 2005.

TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os ‘limites temporais’ da coisa julgada). *Revista Jurídica*. São Paulo, ano 55, n. 354, pp. 17-26, abr. 2007.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VECCHI, Paolo Maria. Gli strumenti coercitivi della pronuncia inibitoria. In: BELLELLI, Alessandra (a cura di). *Azione inibitoria e interessi tutelati*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 153-163.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo – a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

VIEIRA, Lucas Carlos. A execução da tutela inibitória coletiva: aspectos de sua (in)eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 95, pp. 52-75, fev. 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na recente experiência brasileira – Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 119, pp. 35-59, jan. 2005.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, pp. 77-101, jul/set. 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006.

ZARONI, Bruno Marzullo. *Efetividade da execução por meio de multa: a problemática em relação à pessoa jurídica*. 347 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.