

Universidade Estadual do Ceará

Quéren Bandeira Mesquita

**TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA EM DEFESA
DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

Fortaleza – Ceará

2007

Universidade Estadual do Ceará

Quéren Bandeira Mesquita

**Tutela Inibitória Coletiva em Defesa
dos Direitos Transindividuais**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil – Turma IV, do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Rosila Cavalcante de Albuquerque.

Fortaleza – Ceará

2007



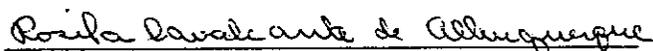
COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

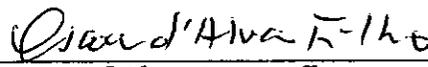
A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Quéren Bandeira Mesquita
Monografia: Tutela Inibitória Coletiva em Defesa dos Direitos Transindividuais.
Curso: Especialização em Direito Processual Civil
Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 123/2007
Data de Defesa: 22/11/2007

Fortaleza – CE, 22 de novembro de 2007


Rosila Cavalcante de Albuquerque

Orientador/Presidente/ Doutora


Oscar d'Alva e Souza Filho

Membro/ Livre Docente


Aldo Marques da Silva

Membro/Mestre

Dedico este trabalho à minha família e, especialmente, ao meu noivo Ivo por sua amizade, carinho, paciência e incentivo possibilitando a oportunidade de me realizar ainda mais.

Agradecimentos:

A Deus, por todas as bênçãos que me tem concedido.

À minha orientadora Prof^a. Dr^a. Rosila Cavalcante de Albuquerque pelo incentivo e presteza no auxílio às atividades e discussões sobre o andamento e normatização desta Monografia de conclusão de curso.

Ao Dr. Oscar d'Alva e Souza Filho, por me proporcionar a oportunidade impar de participar deste curso de Especialização.

Aos funcionários e amigos da Escola Superior do Ministério Público por toda a dedicação e auxílio prestados durante o curso.

RESUMO

Esta monografia trata de um assunto bastante atual no meio jurídico, qual seja: a tutela inibitória coletiva em defesa dos direitos transindividuais. O acesso à justiça, os direitos difusos e coletivos, a necessidade de uma jurisdição efetiva e plena são aspectos contemporâneos tratados pelo direito mediante normas específicas. O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor é a base fundamental deste trabalho, mas sem deixar de lado o artigo 461 do Código de Processo Civil (Tutela inibitória individual), uma vez que se trata de matérias semelhantes. O ordenamento jurídico é reflexo da sociedade de massas e dos conflitos a ela inerentes, sendo meio utilizado na defesa dos interesses sócio-econômicos da coletividade, com o objetivo de corrigir ou pelo menos atenuar a desigualdade existente entre as partes. Pela linha de pesquisa, percebe-se a preocupação do legislador em fornecer meios para assegurar a prestação mais justa e adequada da tutela jurisdicional, seja no que se refere à sua especificidade ou no tocante à celeridade. Dessa forma, é maior a probabilidade de o processo cumprir os escopos fundamentais (jurídico, político e social) da atividade jurisdicional, tornando-a plena e efetiva.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Tutela Inibitória, Direitos difusos e coletivos, Ilícito, Dano, Tutela Ressarcitória.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 ACESSO À JUSTIÇA – LIMITES E OBSTÁCULOS.....	10
3 TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA.....	26
3.1 A prova da ameaça na ação inibitória.....	34
4 A TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA.....	40
4.1 Tutela cautelar e tutela antecipatória: distinção.....	47
4.2 A antecipação de tutela dentro da ação inibitória coletiva.....	50
4.3 A multa coercitiva.....	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

Tutela Inibitória é um tema recente e que tem gerado divergências no âmbito doutrinário, mas que precisa ser bastante discutido, pois tem como função viabilizar a adequada tutela dos direitos. Trata-se de uma tutela muito importante, com destaque para a proteção dos direitos transindividuais (difusos e coletivos), pois apresenta caráter preventivo, é voltada para o futuro (tutela contra o ilícito). Já a tradicional tutela ressarcitória é direcionada ao passado (tutela contra o dano). Diante dessas mudanças, o processo civil tradicional precisa ser remodelado para adequar-se às necessidades da sociedade contemporânea, pois os anos passaram e com eles foram velhos costumes que deram lugar a novos comportamentos.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrando, portanto, o direito de acesso à justiça. No entanto, para que tal direito seja efetivado, o ordenamento jurídico e a doutrina processual precisam ser renovados para trazer esperança aos cidadãos na proteção de seus direitos.

Um instrumento garantidor da inafastabilidade da tutela jurisdicional dentro da Ação Inibitória Coletiva é a antecipação de tutela. Esta se encontra prevista no artigo 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.” Nota-se, assim, a preocupação do legislador com a celeridade do processo, pois a demora na solução dos litígios acaba gerando grandes injustiças às partes envolvidas na demanda processual.

Abordar o verdadeiro sentido de acesso à justiça foi a minha motivação para realizar este trabalho científico. No período de setembro de 2001 a abril de 2003 estagiei na 3ª Promotoria da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. A partir de maio de 2003 a novembro de 2005, tive a grande oportunidade de

assessorar o Procurador de Justiça, Dr. Oscar d'Alva e Souza Filho, lotado na 3ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Durante esses quatro anos de aprendizado, tive a oportunidade de analisar vários tipos de processos e conhecer demandas bem diferentes, mas semelhantes no que diz respeito ao limitado acesso à justiça. Muitas Ações já estavam tramitando há mais de dez anos, freqüentemente, deparava-me com petições mal feitas, defesas insuficientes, peças recursais protelatórias, principalmente por parte do Estado, o qual deveria ser exemplar cumpridor do ordenamento jurídico, ao contrário, é o primeiro a desrespeitar os direitos dos cidadãos. O despreparo de alguns profissionais de direito e a burocracia da máquina judiciária constituem grandes entraves à adequada solução dos conflitos.

Observando essas situações do cotidiano, cabe o seguinte questionamento: Será que realmente os princípios da inafastabilidade da jurisdição (art.5º, inciso XXXV da CF/88) e da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII) estão sendo respeitados?

O objetivo geral desse trabalho consiste em estudar a relevância da Tutela Inibitória enquanto instituto de proteção dos direitos transindividuais.

Os objetivos específicos são:

- Verificar os limites e obstáculos do acesso efetivo à justiça;
- Entender a questão da Tutela Inibitória Coletiva;
- Analisar a concessão de tutela antecipada dentro da Ação Inibitória

A metodologia utilizada é a bibliográfica. Lakatos e Marconi (2001, p. 47) asseguram que a pesquisa bibliográfica é aquela "realizada com base em referências teóricas publicadas em livros ou obras similares". E o autor Gil (2002, p. 48) afirma: "A pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos".

O estudo, em questão, tem como fundamentação básica os ensinamentos dos seguintes teóricos: Mauro Cappelletti, Luiz Guilherme Marinoni, Teori Albino, Sérgio Cruz Arenhart, Humberto Theodoro Júnior, Cândido Rangel Dinamarco.

Estruturou-se este trabalho a partir dos principais eixos temáticos, conforme a seguir:

Introdução

Capítulo 1: Acesso à Justiça – Limites e Obstáculos

Capítulo 2: Tutela Inibitória Coletiva

Capítulo 3: A Tutela Inibitória Antecipada

Considerações Finais

2 ACESSO À JUSTIÇA – LIMITES E OBSTÁCULOS

O acesso efetivo à justiça tem recebido grande atenção não só dos operadores e estudiosos do direito, como também do legislador pátrio ao operar as recentes Reformas do Código de Processo Civil introduzidas pelas Leis n°s 11.187/05, 11.232/05, bem como as Leis n°s 11.276, 11.277, 11.280 e 11.382, todas de 2006, revelando a necessidade de adaptar o sistema processual brasileiro às rápidas modificações pelas quais passa a sociedade moderna e com isso realizando a finalidade social e política da jurisdição, e não somente a jurídica. É importante mencionar, ainda, a inserção do inciso LXXVIII, ao art. 5º da CF/88 (princípio da razoável duração do processo), alçando-o a categoria de direito fundamental, tendo em vista o desempenho insatisfatório do Estado no exercício da jurisdição, revelando-se procedimento complexo e formalista que causa lentidão na resolução dos conflitos, prolongando o estado de animosidade entre as partes, além de onerá-las sobremaneira (honorários advocatícios e o risco de sujeição à sucumbência).

Quando da assunção do Estado de Direito como instituição necessária para garantir a convivência social, que assumiu para si, dentre outros, o poder de dizer o direito, no caso concreto, impondo solução pacificadora dos conflitos aos seus contendores, retirando do titular da pretensão resistida a possibilidade de utilizar a autodefesa, salvo algumas exceções expressamente permitidas em lei, como o desforço imediato, por exemplo.

O Estado, ao assumir tal compromisso, criou para o cidadão o direito de exigir, por meio do exercício do direito de ação, que os direitos por este proclamado sejam efetivamente tutelados. Sendo necessário que o ordenamento jurídico não apenas afirme o direito e sim lhe ofereça também os mecanismos necessários de tutela e proteção desses interesses.

Oportuna neste passo a lição de Marinoni (2006, p. 80) ao expor que:

"A ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores".

Já que o Direito tem como objeto a disciplina das relações estabelecidas entre os membros integrantes de determinada sociedade, e como esta está sujeita a constante evolução, deve este ser dotado de dinamismo para acompanhar tais alterações, sob pena de se tornar obsoleto ou mesmo inútil.

Com a Revolução Industrial despontada no século XIX e conseqüente mudança dos meios de produção que eram artesanais, e logo após passaram a ser fabricados em série (escala industrial), bem como o desenvolvimento crescente do meio urbano, e o surgimento da classe operária, tudo isso foi desenhando um novo contexto social de alta concentração de renda e crescente desigualdade social motivada pelas péssimas condições de trabalho a que estavam sujeitos os trabalhadores da época e, por isso, novas relações jurídicas e conflitos foram surgindo, o que reclamava novo regramento jurídico.

Com os movimentos operários e sindicais, em que os trabalhadores pleiteavam melhores condições de trabalho e de vida, verificaram-se a assunção de novos direitos, os chamados sociais e econômicos, ensejando a tutela estatal em face destes, pondo-se em questão a atuação passiva do Estado, limitando-se a tão somente reconhecer os direitos individuais e somente dispor mecanismos de tutela destes.

A nova sociedade de massa em que se concebe não somente as relações estabelecidas entre os indivíduos, considerados isoladamente, mas também em suas relações enquanto membro integrante de determinado grupo, classe ou coletividade, desencadeou o surgimento de um Estado mais atuante e intervencionista (antes, o Estado Liberal não intervia nas relações entre os particulares, devendo prevalecer a plena liberdade e a autonomia da vontade das partes), o chamado "*welfare state*" ou Estado do Bem-Estar Social.

Essa nova sociedade surgiu mais complexa em suas relações jurídicas, em que os atores não mais se restringem a duas partes, mas sim a um grupo, classe ou mesmo coletividade de pessoas detentoras de um direito a todos inerente e que

na maioria das vezes esse liame se dá de forma continuada, alertando para a assunção de novos direitos que são conferidos ao cidadão não mais como indivíduo isolado, mas enquanto membro integrante de determinada sociedade (direitos sociais e econômicos transindividuais). Isso necessita da reformulação da disciplina jurídica até então vigente, bem como mudanças estruturais do Estado, sob pena desses novos direitos ficarem desamparados, e o nascente Estado omissivo na consecução de sua finalidade principal que é o bem estar de todos e a pacificação social.

Conforme bem assevera Theodoro Júnior (1999, p. 2), “o que o século XX reclamava eram resultados práticos, individuais e coletivos, que dessem à função jurisdicional do Estado uma presença efetiva de idealizador e realizador prático da justiça”.

Dessa forma, quando as ações e relacionamentos passaram a ter um caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas superaram a visão individualista dos direitos, bem típica dos séculos XVIII e XIX, em que se presumiam as partes contratantes em pé de igualdade, pois esta era simples acessória da liberdade, importando apenas o reconhecimento de que todos eram igualmente livres, não devendo haver intromissão por parte do Estado, passando depois a exigir deste uma postura mais ativa no sentido de também conferir instrumentos ou garantias que assegurassem a tutela e preservação dos direitos, tornando-os, assim, efetivos.

Cappelletti (1988, p. 11), em sua obra *Acesso à Justiça*, afirma:

“Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos”.

Acrescenta o autor (1988, p.12):

“[...] O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

A efetividade significa que os direitos são realmente acessíveis a todos, sendo corolário do princípio da isonomia processual, visando afastar do seio do

processo as diferenças materiais e reais existentes entre os litigantes. Afirmar que existe uma completa igualdade entre as partes é estar fora da realidade, pois existem diferenças que jamais poderão ser totalmente extintas.

Corroborando com este entendimento o ensinamento dos insígnis autores Cappelletti e Garth (1988, p. 15), que consideram como verdadeira utopia o alcance da efetividade perfeita entre as partes do processo:

"A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa 'igualdade de armas' – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos".

O direito de ação não pode ser encarado apenas como uma mera garantia do titular da pretensão de acionar os órgãos jurisdicionais, mas também como direito à predisposição da técnica processual realmente capaz de dar tutela às diversas situações concretas (efetividade).

Na própria exposição de motivos do atual Código de Processo Civil em vigor, já prescrevia Buzaid (2006, p. 132) que:

"Na reforma das leis processuais, cujos projetos se encontram em vias de encaminhamento à consideração do Congresso Nacional, cuida-se, por isso, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito".

A idéia de efetividade também diz respeito à contemporaneidade na restauração da situação violada. Não basta que o provimento jurisdicional assegure à parte o bem jurídico a que tem direito, deve ser célere em relação à lesão ou ameaça de lesão.

A solução do conflito somente será justa quando for efetiva. Sobre o tema, Theodoro Junior (1999, p. 2) ensina que:

"[...] o processo que lega ao novo milênio é o da efetividade, no qual não se cinge o Judiciário a dar aos litigantes uma solução conforme a lei vigente, mas que tenha como compromisso maior o de alcançar e pronunciar, no menor tempo possível, e com o mínimo sacrifício econômico, a melhor composição do litígio: a justa composição".

Diante do exposto, o Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem. Uma vez instaurado o conflito, aquele deve se

valer do sistema processual para eliminar a controvérsia entre as partes e, assim, devolver a paz e a harmonia desejada pela sociedade.

Portanto, verifica-se a instrumentalidade processual na relação entre direito material e o processo, não sendo este um fim em si mesmo, mas o mecanismo que seja capaz de conduzir, eficientemente, à ordem jurídica justa (capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação). Para tanto, não basta a consciência dos objetivos a atingir (objetivos sociais, políticos e jurídicos da jurisdição), mas também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça.

Na lição de Dinamarco (2005, p. 330-331), depreende-se a respeito do princípio da efetividade jurídica:

"[...] o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais. [...] A efetividade do processo [...] significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade".

Embora a efetividade não constitua propriamente um princípio informador da ciência processual, apesar de encerrar conteúdo de política processual e sem embargo de não constituir princípio autônomo, orienta o intérprete e o aplicador da lei quanto à sua melhor inteligência e o seu verdadeiro alcance, inspira o legislador na adoção de novos institutos ou mesmo no aprimoramento e na atualização do sistema legal. Em outras palavras, a efetividade é idéia ínsita ao instituto do processo e à própria ciência processual.

O acesso à justiça não se identifica apenas com a mera admissão no processo ou possibilidade de ingressar em juízo, sendo indispensável que seja efetiva, permitindo que um maior número possível de pessoas ou mesmo grupo, classe, seja admitido a demandar e defender-se adequadamente, e que não haja restrição quanto a determinadas causas (pequeno valor ou que envolva interesses difusos).

Por sua vez, a efetividade processual ou a plena consecução da eliminação de conflitos e fazer justiça, além de ser necessária a tomada de

consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos e jurídicos), é preciso superar os óbices que podem servir de entrave ao bom andamento do processo e na respectiva resolução da controvérsia submetida à apreciação jurisdicional.

Entre as dificuldades de acesso à justiça para que haja equidade numa demanda judicial estão os altos custos com despesas processuais e honorários advocatícios, a demora excessiva para resolução de um litígio e o escasso conhecimento jurídico de que possuem os cidadãos. Por outro lado, verifica-se a insuficiência do Estado para promover a proteção dos interesses difusos.

Ao desenvolver suas opiniões, no tocante ao desempenho estatal deficitário, assinalam os eminentes Juristas Cappelletti e Garth que a problemática da efetividade estaria vinculada a aspectos relacionados com o âmbito e o modo de atuação do processo, com o acesso à Justiça, à instrução, às técnicas empregáveis e os expedientes de que se possa lançar mão, o conteúdo e a eficácia dos provimentos judiciais, os meios de prevenção e de execução forçada, a eficácia destes, os métodos alternativos de solução dos conflitos, e ainda com a complexidade e duração dos processos e respectivas causas.

Nesse sentido, os autores acima mencionados propõem algumas soluções práticas que foram tomadas para os problemas de acesso à justiça, resultantes de posicionamentos que foram surgindo a partir de 1965 e que se seguiram no tempo, quais sejam: a assistência judiciária, a representação jurídica para os interesses difusos e o “enfoque de acesso à justiça” como uma tentativa de atacar os obstáculos ao acesso de maneira mais compreensiva e articulada, mesclando este último às soluções adotadas nas posições anteriores, bem como dando ênfase a novas questões, de acordo com exposição detalhada abaixo.

Conforme ensinamento esposado pelos autores acima citados, a primeira “onda” de reformas, datada em 1965, decorreu da necessidade de que os economicamente fracos tinham de recorrer ao judiciário, em face da ausência ou insuficiência de recursos para pagar todas as despesas envolvidas para pleitear em juízo.

Principalmente quando as causas eram de pequeno valor, uma vez que as custas processuais e honorários de advogados, que são consideráveis, acabavam consumindo toda a importância que seria auferida pelo litigante, isso quando não ultrapassava seu valor. Restava como solução ao Estado assumir os honorários dos advogados particulares para, então, garantir aos litigantes pobres que pudessem pleitear suas demandas em juízo.

Outros países, porém, afastaram a figura do advogado particular remunerado pelo Estado, permitindo que os próprios titulares ingressassem em juízo, à semelhança do que pode ocorrer em nossos juizados especiais cíveis. No entanto, ao litigarem com organizações ficavam em desvantagem, já que não detinham os conhecimentos jurídicos necessários para a defesa de seus interesses de maneira adequada.

Dessa forma, depreende-se a importância da assistência judiciária, sendo esta imprescindível em todo e qualquer sistema jurídico, pois grande parte da sociedade não pode arcar com os honorários advocatícios. No entanto, não podem ser prejudicadas e privadas de um advogado, uma vez que este é um profissional qualificado para defender os interesses jurídicos de seus clientes, principalmente levando em consideração a complexidade dos dispositivos legais que requer certos conhecimentos jurídicos, bem como da própria linguagem técnica empregada que pode comprometer a interpretação e conseqüente aplicação da norma no caso sob exame, e, além disso, a formalidade que norteiam os procedimentos jurisdicionais.

No ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 1.060/50 dispõe sobre a assistência judiciária, sendo relevante destacar que na atualidade, nos termos do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, tal conceito sofreu mudanças no sentido de abranger não apenas o patrocínio gratuito por profissional e a dispensa de pagamento de despesas processuais, mas também a assistência prestada na fase pré-processual, iniciando-se pela informação e tomada de consciência, passando pela orientação jurídica, encaminhamento aos órgãos competentes e culminando com a assistência judiciária prestada em juízo.

Também como forma de vencer a barreira de natureza econômica, a Carta Magna instituiu a Defensoria Pública, artigo 134, instituição considerada

essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, e organizada pela Lei Complementar Federal nº. 80/94.

Em geral, nas Defensorias-Públicas dos estados brasileiros, verifica-se número insuficiente de defensores para atender à grande demanda da população, estando muito aquém do ideal, sobrecarregando enormemente os defensores existentes (várias causas de naturezas e complexidades diversas, concomitantemente). Outro fator que acaba se somando ao anterior e por vezes atuando psicologicamente na qualidade da prestação do serviço é a remuneração desses profissionais, a qual é inversamente proporcional à carga de trabalhos que lhes é apresentada. E este fato torna-se ainda mais relevante, tendo em vista que os defensores, na atualidade, não podem exercer a advocacia particular, dependendo unicamente da contraprestação proveniente do Estado.

No entanto, a experiência foi demonstrando que tal solução não se revela suficiente para sanar os problemas que afligem e dificultam o direito de acesso à justiça, já que havia superado apenas umas das barreiras, mas deixava em descoberto outras provenientes dos novos direitos que surgiram no Estado do Bem-Estar Social, o "*welfare state*", como aduzido supra, ou seja, os direitos sociais e econômicos chamados transindividuais.

A segunda onda protetiva do efetivo acesso à justiça refere-se ao sistema processual e à representação dos interesses difusos. O sistema processual civil brasileiro, bem como o de diversos outros países, foi formado com o fim de permitir a resolução de conflitos interindividuais, os famosos conflitos entre "Caio e Tício", tão utilizados no próprio ensino do direito no Brasil.

Diante da constatada incapacidade do processo civil tradicional, de cunho individualista, para servir de proteção aos interesses coletivos, seria necessário ocorrer mudanças na postura do processo civil, que, de uma visão individualista, se juntassem numa concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos direitos públicos e otimizar o acesso à justiça.

O interesse na proteção dos direitos difusos e coletivos, no entanto, vem evoluindo desde o século passado. Em que pese seu reconhecimento pelo Estado,

as infrações aos seus dispositivos têm sido consideráveis, seja pela dificuldade em dispor acerca da legitimação ativa de tais direitos, como também a assunção de mecanismos que sejam mais adequados à sua tutela.

No entanto, alguns passos têm sido dados e é notória a evolução dos mecanismos para a efetivação desses direitos. A opinião de Cappelletti (1988, p. 49-50) sobre o assunto é que:

“A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. [...] Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”.

No Brasil, os mecanismos coletivos de tutela foram introduzidos não pela prática forense, mas por iniciativa legislativa, tendo sido criados instrumentos como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, buscando-se alterações dos procedimentos e métodos empregados na solução dos certames que envolvem tais interesses, os quais, na maioria das vezes, percebe-se a dificuldade em dispor de que maneira tais direitos podem ser tutelados de forma efetiva.

Não é possível pensar em acesso à ordem jurídica justa se não houver meios de proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico, consumidores, além de tantos outros interesses coletivos carentes de tutela por parte do Estado.

Ocorre, porém, a dificuldade da jurisprudência em aceitar esses institutos, não só pela ausência de estrutura estatal, com conseqüente reaparelhamento adequado, como também a própria mentalidade dos indivíduos que tem relutância em propor ações em prol da defesa desses interesses, tendo em vista que, ainda que seja indiretamente afetado em seu direito individual, o possível ganho material com isso é relativamente pequeno, sendo difícil tornar tais direitos atraentes, e, portanto, dotados de vantagens concretas para as pessoas comuns.

Nacionalmente, a primeira lei criada para a tutela dos interesses da coletividade foi a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular). Esta permanece em vigor, mas já sofreu algumas alterações desde a sua criação. Em 1985 foi editada a Lei da Ação Civil Pública nº 7.347/85 que, inicialmente, regulava apenas as ações

tendentes à tutela do meio ambiente, do consumidor e de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Mas, em face das alterações aplicadas ao seu artigo 1º, decorrentes da Lei nº 8.884/94 (promoveu alteração do caput e do inciso V deste artigo), e as mais recentes que se deram por meio da Lei nº 10.257/2001 (renumerou o inciso IV: incluindo os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) e a Medida Provisória nº 2.180-35/2001 (inclusão dos incisos V: infração da ordem econômica e da economia popular; e o inciso VI: à ordem urbanística), que passou a ser utilizada para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive relativo às infrações à ordem econômica.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) veio complementar a Lei da Ação Civil Pública na proteção dos direitos coletivos, pois o art. 90 do CDC manda aplicar às ações ajuizadas com base nesse código as regras pertencentes à Lei nº 7.347/85 e ao Código de Processo Civil, naquilo que sejam compatíveis.

Além disso, o referido CDC também consagra o pleno acesso à Justiça, por meio da tutela coletiva do consumidor em juízo (a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo, conforme art. 81, caput, do CDC), estabelecendo, ainda, como direitos básicos do consumidor o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados (art. 6º, VII), a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6º, VIII) e, também, adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º, X), tudo mediante ampla legitimação ativa concorrente (art. 82, incs. I, II, III e IV, do CDC).

Nota-se, portanto, a evolução e melhora da legislação brasileira em benefício da tutela dos interesses transindividuais, possibilitando instrumentos de tutela para tais interesses.

A terceira onda de reformas, denominada por Cappelletti e Garth como “Enfoque de acesso à Justiça”, traz em seu bojo as soluções aplicadas nas anteriores, bem como novos aspectos foram considerados, tendo como foco o conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir as disputas nas sociedades modernas. Dispõe, ainda, sobre a necessidade de novos mecanismos procedimentais para tornar exeqüíveis os direitos difusos ou coletivos, e, por fim, propõe a Reforma do Sistema Judiciário.

Neste sentido, os doutrinadores Cappelletti e Garth (1988, p. 75) têm o seguinte entendimento:

“Antes de examinar as reformas individuais, no entanto, deve ser enfatizado que qualquer tipo de reforma se relaciona muito proximamente com outras reformas, potenciais ou existentes. Uma mudança na legislação que dê aos inquilinos maiores direitos, por exemplo, pode ter inicialmente efeitos muito tímidos; mas uma alteração subsequente no método de outorga da prestação jurisdicional poderia alterar os inquilinos para seus novos direitos e mesmo acrescer o volume de causas perante tribunais desacostumados aos litígios contenciosos entre locadores e locatários”.

Seguindo esse raciocínio, os mencionados autores entendem que o enfoque do acesso à justiça requer algumas providências, tais como: 1) A Reforma dos Procedimentos Judiciais em Geral; 2) Métodos Alternativos para Decidir Causas Judiciais; 3) Especialização de Instituições e Procedimentos Judiciais; 4) Mudanças nos métodos utilizados para a Prestação de Serviços Jurídicos; 5) Simplificar o Direito.

Diante do exposto, importante são os esforços empreendidos no sentido de melhorar e modernizar os tribunais e seus procedimentos. Como exemplo, pode-se citar a instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas pela Lei nº 7.244/84, que vieram a ser substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95). E para facilitar o acesso à justiça em face dos entes públicos, a lei nº 10.259/2001 criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

De início, eram os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, instituído pelos juizes gaúchos que promoviam tratativas entre as partes para se chegar a uma conciliação. Depois surgiram os Juizados Informais de Conciliação em São

Paulo, que tão somente promoviam as conciliações, mas, caso não chegasse a um acordo, não detinham poder jurisdicional para dissolver a contenda.

Nesse passo, a Lei dos Juizados Especiais herdou esse sistema de atuação, bem como práticas de outros órgãos conciliadores extrajudiciais, inclusive a prática do Ministério Público que ainda hoje estabelece Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta contra os agressores dos direitos dos consumidores ou do meio ambiente saudável.

Antes de serem criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, existiam os procedimentos especiais para pequenas causas, caracterizados por um sistema destinado a servir aos cidadãos comuns, tanto autores como réus. Um sistema marcado pelos baixos custos, informalidade e rapidez, composto por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos. Os objetivos pretendidos pelas reformas realizadas têm sido constantemente, os de criar tribunais e procedimentos que sejam rápidos e acessíveis à sociedade, em geral.

Na verdade, as reformas nas pequenas causas resumiram o movimento de acesso à Justiça, pois, corresponderam à vontade de reestruturar a máquina judiciária envolvida com essas causas. Foram criados órgãos informais, acessíveis e de baixo custo que oferecem a melhor maneira de atrair pessoas cujos direitos tenham sido violados. Os procedimentos acompanharam as novas normas a favor dos indivíduos em confronto com adversários poderosos e experientes. Essas novas soluções podem ter o resultado de alertar as pessoas a respeito de seus direitos e de demonstrar aos seus oponentes que esses direitos não poderão mais ser ignorados.

Por outro lado, o legislador em não admitir que associações possam ingressar em juízo perante os Juizados Especiais Federais, acaba tornando a solução inconsistente, pois, em que pese desafogar a Justiça Federal dos seus múltiplos encargos, no entanto, sobrecarrega-se com inúmeras demandas individuais semelhantes, tornando o processo demorado e mais complexo do que seria se fosse admissível a instauração de demanda coletiva.

Outro ponto a ser considerado como influência dessa terceira onda de renovação do processo civil, e com vistas a ampliar o acesso à justiça, é a criação dos juizados especiais virtuais, no âmbito da Justiça Federal.

Para o Juiz Federal Agapito Machado (2005), por meio desses juizados virtuais, tanto o trâmite quanto a solução das causas se dão de forma mais rápida. A União, suas autarquias e fundações não usufruem do prazo em quádruplo para contestar (60 dias), nem em dobro para recorrer (30 dias), e as decisões contra elas não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição. Não há ação rescisória, nem intervenção de terceiros, exceto litisconsorte, e não há necessidade de advogado para ajuizar as demandas.

Somente na fase de interposição de recursos perante as Turmas Recursais é que o advogado se torna absolutamente necessário. As causas são de até 60 salários mínimos, e, o mais importante, o pagamento é realizado em até 60 dias, após a decisão transitada em julgado, portanto, sem precatório, e a sentença terá de ser líquida.

Não cabe recurso aos Tribunais Regionais Federais, já sobrecarregados com tantos processos, mas sim para a Turma Recursal, com sede no mesmo Estado onde atuam os juizados, Turma essa formada por juízes monocráticos concursados.

Dessa forma, depreende-se não só um conjunto de novas regras, mas também a adequação e reaproveitamento da estrutura existente, e a criação de novas vias, mais acessíveis e rápidas, que facilita bastante a ação dos operadores do processo, bem como dos titulares das pretensões que têm maior possibilidade e expectativa de ter seu interesse satisfeito.

Já a arbitragem veio como solução alternativa por meio da Lei nº 9.307/96. Foi criada para que as partes prefiram solucionar os seus litígios mediante justiça privada em vez da justiça pública, na medida em que se revelem disponíveis os interesses substanciais em conflito, permitindo que as partes disponham, acordem livremente sobre qual seria a saída mais equânime para ambas.

Na definição de Cappelletti (1988, p. 82):

"O juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso. Seus benefícios são utilizados há muito tempo, por convenção entre as partes. Embora o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários do árbitro".

A conciliação extraprocessual, tradicional no Brasil mediante a atuação dos antigos juízes de paz e pela obra dos promotores de justiça em comarcas do interior, ganhou especial alento com a onda renovatória voltada para a solução das pequenas causas.

Este meio alternativo de solução dos conflitos surgiu muito antes da jurisdição e se mantém ainda hoje, concomitantemente com aquela, como opção extraprocessual, e, ainda, figurando como etapa dentro do processo jurisdicional. Visa, portanto, induzir os contendores a ditar a solução para a sua pendência, acreditando-se que, desta forma, haveria uma real satisfação das partes quanto aos seus interesses em disputa, dissipando uma possível sensação de injustiça, se, no caso, um terceiro viesse a dispor qual o direito prevalente, de modo unilateral e imposto.

Nesse sentido, corrobora o entendimento de Cappelletti e Garth (1988, p. 84):

"É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte 'vencedora' e a outra parte 'vencida' – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado".

Neste pensar, percebe-se que o juízo arbitral e a conciliação cresceram em importância e são destaques como meios alternativos para decidir causas judiciais.

Daí, superadas as possibilidades de reformas dos tribunais regulares e as situações em que os casos podem ser desviados dos tribunais, será analisada a criação de tribunais especializados.

Juízos especializados em determinados litígios (causas de pequeno valor, relações continuadas firmadas por meio de contrato de adesão, direitos de determinados grupos, por exemplo) poderia ser uma válvula de escape, desviando-os da vala comum da justiça. Ou seja, propõem os autores que se construam mecanismos alternativos e complementares, e que sejam integrados ao modelo de judiciário tradicionalmente existente.

As sociedades modernas progrediram, nos últimos anos, no sentido de proporcionar mais direitos aos relativamente fracos – em especial, aos locatários contra os locadores, aos consumidores contra os comerciantes, aos empregados contra os empregadores, aos cidadãos contra os governos e dos movimentos de associações e da população em geral contra a ação degradante das organizações e suas indústrias poluidoras. Os reformadores processualistas, portanto, aceitaram o desafio de efetivar os novos direitos que foram conquistados.

Destaque-se a passagem em que Dinamarco (2005, p. 373) assevera o progresso do direito e de sua evolução no sentido de assegurar o amplo e efetivo acesso à justiça, em que não basta garantir o direito de recorrer ao judiciário para a defesa de interesses individuais e próprios, isso porque existem outros interesses que apresentam diversos titulares e que também necessitam da tutela jurisdicional, por isso se dá a passos lentos, pois, geralmente, quem se situa no pólo contrário é uma organização economicamente forte, ou a própria Administração Pública:

“O Poder Judiciário, pouco a pouco, vai chegando mais perto do exame do mérito dos atos administrativos, superando a idéia fascista da discricionariedade e a sutil distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, usadas como escudo para assegurar a imunidade deles à censura jurisdicional. Nessa e em outras medidas voltadas à universalidade do processo e da jurisdição reside o primeiro significado da garantia constitucional do controle judiciário é o primeiro passo para o acesso à justiça”.

É sob essa nova perspectiva de acesso à justiça que caminha o direito brasileiro. O legislador demonstrou a sua preocupação com os direitos difusos e coletivos, por exemplo, por meio da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor. Tal preocupação reflete a atual tendência de ampla tutela aos sujeitos ou grupos titulares de direitos supra-individuais. Na concessão da mencionada tutela, está presente o reconhecimento de que existem bens não incluídos na esfera jurídica de qualquer pessoa, mas representativos de

valores que pertencem à própria comunidade, por elas são desfrutados e em benefício dela e de cada um dos seus membros também merecem preservação por via judiciária. O reconhecimento da relevância jurídica dos interesses difusos e coletivos confirma a tendência publicista do processo. Seguindo esta linha de raciocínio, será analisada a Ação Inibitória Coletiva, no capítulo a seguir.

3 TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA

A tutela inibitória é originária do direito italiano, o qual atualmente prevê as seguintes hipóteses de sua utilização: para tutelar os direitos da personalidade, a propriedade, a servidão, a posse, contra a concorrência desleal, tutela da marca, da invenção, do modelo e do desenho, da firma e da insígnia, do direito de autor, da liberdade sindical e da paridade dos sexos nas relações de trabalho, e do consumidor mediante inibição do uso de cláusulas gerais abusivas.

No direito brasileiro, os casos definidos em lei, como tipos de tutela inibitória, são os que se seguem: interdito proibitório, nunciação de obra nova, tutela cominatória contra o uso nocivo da propriedade, a tutela cominatória fundada no art. 287 do Código de Processo Civil e o mandado de segurança preventivo. No decorrer do capítulo, será mostrada a grande importância deste tipo de tutela para a proteção dos direitos difusos e coletivos.

Dentro do atual contexto social, trata-se de uma forma de tutela jurisdicional imprescindível, pois se multiplicam os direitos que não podem ser adequadamente tutelados pelo equivalente pecuniário. A tutela inibitória é indispensável para a proteção dos novos direitos.

No pensamento pós Revolução Francesa, em que se tinha uma visão mais individualista da função do Direito, encontrava-se sedimentada a noção de que o sistema judicial somente tinha por função reparar danos, mediante indenização em dinheiro.

Admitia-se tal concepção com fundamento na idéia de que, pela liberdade extremada, defendida, naquela época, não seria possível constranger o indivíduo a praticar ou não praticar certa ação e, havendo uma igualdade formal entre os homens, o dinheiro tinha o mesmo valor para qualquer indivíduo, recompondo perfeitamente a invasão da esfera jurídica individual efetuada pelo ofensor.

Diante do já exposto, tal conceito, levado para o âmbito processual, depreende-se sua influência na concepção tríplice das espécies de ações, já que nenhuma das partes previstas pela classificação tradicional (declaratória, constitutiva ou condenatória) presta-se a impedir a violação do direito e, por sua vez, a ocorrência do ilícito, ou mesmo a impedir o conseqüente acontecimento do dano. Permite-se, assim, a qualquer sujeito atentar contra quase todo tipo de direitos, desde que tenha numerário suficiente para ressarcir economicamente o dano.

De acordo com ensinamento de Marinoni (2001, p. 15-30), existe sensível diferença entre o ilícito e o dano. O primeiro constitui ação ou omissão contrária ao Direito, ao passo que o dano encontra-se no plano subsidiário em relação àquele, somente vindo a existir após a ocorrência do ilícito, sendo seu resultado fático.

Dessa forma, torna-se necessário reavaliar as formas de tutela para incluir provimentos que inibam o ilícito, protegendo, assim, o direito em si, diversos daqueles chamados a atuar em momento posterior à ocorrência do dano.

As regras disciplinadas no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, posteriormente, pelo art. 461 do Código de Processo Civil (CPC) representam a observância e realização, pelo legislador ordinário, do preceito constitucional da tutela específica de direitos.

A redação do artigo 84, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (1990) é a seguinte:

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

Essa regra representa a tutela inibitória no plano coletivo, sendo a origem imediata da previsão contida no artigo 461, *caput*, do Código de Processo Civil (1973), que, conforme descrição aduzida abaixo, constitui em verdadeira cópia do regramento contido no art. 84 do CDC (1990) que foi destacado anteriormente:

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

O resultado prático equivalente a que se referem tais dispositivos consolida-se na consecução do direito em si mediante conduta de terceiros. Ao contrário da tutela específica, aqui considerada em sentido estrito, que visa não só o alcance do direito em si, mas também obtê-lo por meio da conduta do próprio devedor. Nesse passo, essa tutela se coaduna mais com a sentença de eficácia mandamental, enquanto que o resultado prático equivalente se ajusta melhor às sentenças executivas.

Referidos dispositivos trouxeram vias novas ou mais bem aparelhadas de tutela, que, segundo Marinoni (2001, p. 29), são classificadas conforme os resultados que causam no plano do direito material (tutela inibitória, preventiva executiva, reintegratória e de adimplemento contratual), além das tutelas ressarcitórias (resultante da eficácia das sentenças mandamental e executiva, bem como dos outros três modelos clássicos supra mencionados) a serem aplicados por meio de vários meios de execução, dos mais variados e eficazes possíveis.

Tendo em vista que o presente trabalho busca tratar sobre a tutela inibitória coletiva, será dada ênfase à regra supra-citada, fornecida pela legislação consumerista, em detrimento da prevista no CPC, ainda que elas se confundam em suas proposições.

No caso, se for objetivada a impedir, de forma imediata e definitiva, a violação de um direito, a ação inibitória positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer) é preventiva e tem eficácia mandamental. Seu intuito é coibir, de forma direta, a violação do próprio direito material da parte.

Nas palavras de Arenhart (2003, p. 219-220):

"Como cediço, para a proteção inibitória, é indispensável a conjugação de alguns elementos:

a) em primeiro lugar, é necessário dispor de ação em que o magistrado tenha condições de efetivamente ordenar ao requerido a adoção de certo comportamento (em geral, negativo, mas eventualmente também positivo), dispondo de meios de coerção adequados e flexíveis para assegurar o efetivo cumprimento desse comando;

b) é necessário um procedimento célere o suficiente para permitir a emanção de provimento antes da ocorrência da violação ao direito, o que em princípio se obtém em função da restrição da cognição judicial, que se limita à avaliação da ameaça de lesão, sem questionar de dano ou de culpa, que em regra exigem provas mais elaboradas;

c) é indispensável também que se permita para casos em que a lesão ao direito se mostra iminente, a outorga de proteção provisória e satisfativa (inibitória), sem prejuízo de avaliação posterior, com observância integral do contraditório e completude da instrução".

A tutela inibitória é considerada pela maioria da doutrina como sendo uma tutela específica de urgência, juntamente com a antecipação de tutela e as medidas cautelares, além disso, tem caráter preventivo, pois é sempre voltada para o futuro, destinando-se a impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação.

O caráter da inibitória é preventivo e não cautelar, uma vez que aquela possui uma cognição exauriente e basta por si própria, não servindo, portanto, de instrumento para uma ação principal como ocorre com as ações cautelares.

De outra parte, se alguém sofrer ilegalidade ou abuso de direito por parte de um particular (seja ele pessoa física ou jurídica), poderá valer-se das disposições contidas nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil para determinar a esse particular que se abstenha, imediatamente, de praticar o ato, ou que cesse a prática de algum ato, quando se tratar de relações continuativas (prestações mensais, por exemplo).

No mandado de segurança exige-se direito líquido e certo, no outro instituto, com as disposições permissivas da tutela antecipada, exige-se prova inequívoca e verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273).

Assim também, se alguém sofrer ilegalidade ou abuso de direito por parte do poder público, e puder demonstrar isso de plano, poderá valer-se do mandado de segurança (mas nada impede que utilize o novel instituto em discussão).

A referida tutela visa conservar o direito em si, evitando a prática, a continuação ou mesmo a repetição do ilícito, sendo este seu único requisito de implementação.

Para esclarecer o objetivo da tutela inibitória coletiva se apresenta, como exemplo, dois casos clássicos: o da indústria que pratica a poluição ambiental, concretizando assim um ilícito que se perpetua no tempo e que deverá ser

combatido pelo direito; e aquele que ocorre quando se teme que o Poder Público pratique algum ato que possa ferir os direitos difusos, necessitando assim de uma tutela que impeça a prática.

Note-se que, no primeiro caso, a tutela inibitória surgirá com o intuito de fazer cessar aquele ilícito já cometido, da maneira mais rápida, a fim de que o dano causado ao meio ambiente seja o menor possível. Já no segundo, intervirá para que o Poder Público não venha a praticar o ato ilícito temido que causaria graves danos à sociedade. Consta-se que, nos dois casos, para que a decisão tenha força, esta deverá ser eivada de cunho mandamental, ou seja, que imponha uma ordem a ser seguida, um não fazer sob pena de multa.

Dessa forma, é efetivada, geralmente, por meio de multa perpetrada pelo juízo (sentença mandamental), como meio coercitivo de fazer algo ou de abster-se. O que não impede o magistrado de usar qualquer outro meio idôneo, segundo os critérios da necessidade e efetividade (aplicação do princípio do meio mais idôneo, ou seja, o menos gravoso possível para o devedor dentre as opções disponíveis para atingir o fim perseguido em sua plenitude).

Percebe-se também a não sujeição do juiz aos limites da lide figurados no pedido do autor, se estiver a sentença adstrita às questões atinentes ao bem da vida ou direito material pleiteado em juízo.

O artigo 11 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) afirma que:

“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

Verifica-se, portanto, que a tutela inibitória pura não está consagrada no artigo 11, pois esta norma, ao fazer referência à “cessação da atividade nociva”, supõe claramente um ilícito já ocorrido.

Mas, se em grande parte dos casos o ilícito já foi praticado, havendo receio apenas em relação à sua continuação ou repetição, isso não significa que não possa haver hipóteses em que a tutela inibitória coletiva seja indispensável anteriormente à prática de qualquer ilícito.

Imagine-se uma situação concreta de caráter continuativo, como, por exemplo, um consumidor que paga prestações a uma empresa de consórcio, podendo estas entrar em desequilíbrio quando o credor pratica aumentos abusivos, por vários meses, de forma cumulativa.

A princípio, poderia se cogitar que o consumidor lesado, ao ingressar em juízo, somente pediria a condenação da empresa a devolver os valores pagos acima daquele que ele considera justo, e tal demanda seria até considerada convencional, pois o provimento judicial determinaria apenas a devolução daquilo que foi pago a mais, sem maiores repercussões.

É importante questionar como ficaria a situação das parcelas que estariam vencendo na época do ajuizamento da demanda e, ainda, as que venceriam depois. Certamente, o consumidor teria que continuar pagando o valor abusivo para evitar a perda do bem ou o registro de seu nome na lista de inadimplentes. Mais certo, ainda, seria dizer que raramente ele encontraria um juiz disposto a lhe conceder liminar, pois os estreitos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* não dariam suporte à sua pretensão. Logo, razoável imaginar que o consumidor teria que suportar longo tempo de espera e, somente quando a decisão transitasse em julgado, é que ele poderia obter de volta a quantia que pagou.

Como há um sistema de tutela coletiva dos direitos, integrado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, o art. 84 do CDC (1990) sustenta a possibilidade da tutela inibitória pura para qualquer direito difuso ou coletivo. Tanto isso se confirma que o art. 90 do CDC manda aplicar, no que couberem, os dispositivos da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil, às ações coletivas; bem como o art. 21 da Lei de Ação Civil Pública menciona a aplicabilidade das disposições processuais constantes no CDC brasileiro, àquelas ações nas quais utilizam seus dispositivos como fundamento.

É importante destacar a freqüência no uso da ação inibitória coletiva pura nas ações que, visando à proteção do meio ambiente, impedem, por exemplo, que uma atividade industrial que possua um grande potencial de agredir o meio ambiente inicie suas atividades. Evidentemente, para que não ocorra a degradação do meio

ambiente, é imprescindível a atuação preventiva e, assim, a tutela inibitória. Não só do direito ambiental, mas é grande a importância da ação inibitória para a proteção do consumidor, quando utilizada para impedir o uso das chamadas cláusulas gerais abusivas.

Complementando o raciocínio sobre tutela preventiva, Zavascki (2006, p. 179) afirma o seguinte:

"[...] A tutela preventiva, assim, não se limitará a uma sentença genérica, sujeita a posterior ação individual de cumprimento, mas deverá conter, desde logo, eficácia executiva, para ensejar medidas inibitórias da lesão. Exemplo desta situação está no art. 102 do CDC: 'Os legitimados para agir na forma deste Código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal'".

Sobre o mesmo assunto, o citado autor destaca:

"Em casos dessa natureza, a tutela jurisdicional visa a prevenir a ocorrência de danos individuais (que, uma vez verificados, configurariam hipótese de direito individual ou homogêneo). Todavia, no estágio da ameaça, a proteção tem caráter impessoal (= transindividual) (*sic*) e indivisível. Do ponto de vista instrumental, conseqüentemente, a ação cabível não será uma ação civil coletiva para tutela preventiva de direitos individuais homogêneos (com cognição parcial e sentença genérica), mas sim uma ação civil pública, com cognição completa, da qual resultará sentença com força executiva e imediata, que dispensará a propositura de posteriores ações individuais de cumprimento".

Portanto, só haverá necessidade de demandas individuais se for descumprida a sentença proferida na ação civil pública, gerando lesão a direitos subjetivos individuais.

A tutela inibitória concedida poderá ser negativa ou positiva. A primeira se verifica quando se impõe ao transgressor de algum direito que se abstenha na prática daquela conduta ofensiva ou violadora do direito. Como no caso de ser requerido que uma indústria mineradora pare de poluir o riacho (proibir a emissão de mercúrio nas águas do rio, pois esta água é consumida pela população ribeirinha). Nesse passo, a inibitória impõe um não fazer. Mas, quando se fala em tutela inibitória positiva, significa uma prestação positiva que tenha a capacidade de impedir a violação do direito. Ou, ainda, impedir a repetição da lesão a direito, mas não por meio de ordens de abstenção, e sim por comandos capazes de, por seus

resultados, inibirem esses ilícitos. Como quando é pleiteada a instalação de filtros na indústria de modo a reter aqueles detritos poluidores do ar.

Segundo Marinoni (2006, p.135-136):

"A partir do momento em que se compreende que a tutela visa a inibir o ilícito (ainda que sempre mediante a imposição de um comportamento), e não apenas o fazer, não há razão para não se admitir uma tutela inibitória com conteúdo positivo. O ilícito, conforme o tipo de obrigação violada pode ser comissivo ou omissivo; isto significa, em princípio, que na hipótese de ilícito omissivo exige-se uma inibitória positiva, e que no caso de ilícito comissivo é necessária uma inibitória negativa".

No entanto, não se pode generalizar ao ponto de considerar que somente é aplicável a tutela inibitória positiva quando o direito material encerrar um dever negativo (quando a norma determina que em caso de ameaça de violação do interesse descrito na norma, abre ensejo para ordens judiciais de não fazer). Há normas que estabelecem deveres de cunho nitidamente preventivo, em que a violação do dever normativo já configura violação de dever positivo (como por exemplo o dever de instalar equipamento na indústria para que seja evitada a poluição).

Não se pode, pois, confundir tutela inibitória com simples pretensão negativa. Algumas vezes, a tutela que tem como objetivo evitar o ilícito pode necessitar não somente da abstenção ou da tolerância da parte requerida, podendo, assim, exigir que seja adotada alguma atividade concreta por parte daquela que violou o dever consubstanciado na norma.

Dependendo do caso concreto, poderá o juiz determinar a abstenção para impedir o ilícito ou ordenar a adoção de alguma prática positiva. O modo mais adequado pelo qual se outorgará a tutela preventiva fica ao critério discricionário do magistrado.

3.1 A prova da ameaça na ação inibitória

Nos casos caracterizados pela urgência, já foi e ainda continua sendo muito utilizado o processo cautelar para impedir futura e possível violação de um direito. A tutela preventiva, prestada em caráter definitivo, era diferenciada da tutela cautelar, de caráter provisório. No entanto, necessitava-se de uma tutela provisória, enquanto não sobrevinha a definitiva, para prontamente impedir a temida violação do direito.

A tutela inibitória, de cunho preventivo, tem uma peculiaridade no que se refere à prova. A questão é que o processo de conhecimento foi definido, como um todo, para possibilitar a formação de um juízo acerca de um fato já ocorrido, isto é, um fato passado. Acontece que a tutela preventiva exige prova de um fato que ainda não ocorreu e talvez nem venha a ocorrer.

Sobre a prova da ameaça na Ação Inibitória o doutrinador Marinoni (2006, p.308-309) afirma:

"Inicialmente, é necessário lembrar que o perigo de lesão que se exige não se confunde com o mero perigo genérico de que algum dia possa ocorrer a violação do direito. Necessário haver situação específica que ameace a integridade do direito.

Com efeito, relativamente às ações preventivas específicas, que existem no direito brasileiro há muito tempo, a tendência da doutrina e da jurisprudência sempre foi exigir a ocorrência de dados objetivos e concretos que demonstrem a ocorrência do justo receio de lesão. Não basta, destarte, o mero temor subjetivo da futura violação do direito; necessário se faz que esse receio esteja apoiado em elementos concretos, exteriores, capazes de avalizar esse medo subjetivo".

Verdadeiramente, a grande dificuldade da ação inibitória está na produção da prova de que um ato será praticado, quando nenhum ilícito anterior foi cometido.

Se a tutela inibitória tem como escopo evitar o ilícito, ela evidentemente se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Considerando a noção das conseqüências da violação do direito, o ato contrário ao direito pode, em alguns casos, ter eficácia imediata. Nessa hipótese pode existir ameaça de repetição do ato contrário ao direito, mas o ilícito sempre terá esta eficácia, tendo

perigo de a tutela jurisdicional se tornar ressarcitória (tutela contra o dano). Portanto, nesse caso, a ação processual deverá propiciar a concessão da tutela inibitória antes da violação.

A situação complica quando se pensa em ação ilícita continuada. Nesse caso, o requerente pode ter interesse em evitar que a conduta ilícita prossiga. Evitar o prosseguimento da conduta ilícita é o mesmo que impedir a continuação da sua prática. Isso somente é possível quando o ilícito temido depende de uma atividade do demandado, ou seja, quando se pode coibir que o requerido persista com o seu agir ilícito. É o caso, por exemplo, da tutela inibitória voltada contra a continuação da poluição ambiental.

A tutela inibitória não necessita, para sua incidência, da análise de dano ou culpa na conduta que se pretende evitar. Como é uma forma de tutela contra o ilícito, somente deve interessar essa qualificação negativa, atribuída pelo Direito, à conduta, para que tenha cabimento a proteção preventiva. Portanto, o elemento principal de debate nessa tutela, como fundamento de sua própria necessidade, é a alegação e demonstração da ameaça de lesão a direito. Sem a existência de uma ameaça de lesão a direito, não é possível afirmar que a parte tenha necessidade, na tutela pretendida, motivo pelo qual não tem o direito de mover o aparato judicial em seu benefício.

Vale ressaltar que, quando se trata de uma atividade ilícita que ainda não ocorreu, a questão da prova da ameaça é mais difícil, pois a conduta ainda não se aperfeiçoou. Porém, com o intuito de tornar possível essa espécie de tutela, é necessário que a prova seja vista não mais como um meio de fazer surgir certeza no processo, mas como uma técnica de argumentação. E essa técnica deve levar ao juiz argumentos capazes de convencê-lo da verossimilhança, da melhor forma possível dentro de cada caso. Como em certas situações a prova de certeza sobre o fato é impossível, a cognição do juiz será feita sobre a mera aparência, na linha da verossimilhança preponderante. Por esse motivo, as demandas que apresentam esse perfil não podem ser rejeitadas, devendo haver uma certa flexibilidade ao exigir a prova, admitindo-se a prova da mera aparência como a única possível e atingível no processo. Quando se trata de ação preventiva, não se pode lidar com a meta da certeza, pois na maioria dos casos é impossível de ser obtida.

No que se refere à tutela inibitória que visa impedir a repetição ou continuação do ilícito, a prova da ameaça não deixa de ser complexa, mas apresenta uma maior facilidade. Na verdade, uma vez ocorrido o ilícito, há o temor de sua repetição, constituindo um forte indício da futura possibilidade de nova lesão. Aqui, o juiz haverá de lidar com a questão da probabilidade preponderante, baseada na presença de indícios suficientes que demonstrem a probabilidade da repetição do ilícito. Dentro da situação, existindo mais elementos favoráveis do que contrários à nova ocorrência do ilícito, será caso de conceder-se a proteção preventiva, no intuito de evitar a renovação da violação, caso contrário, será indeferida a pretensão inibitória.

Não é viável, portanto, exigir certeza como requisito para a concessão da tutela inibitória, pois é impossível ao magistrado prever um fato que ocorrerá no futuro. Será razoável, assim, que a parte autora demonstre a probabilidade da ocorrência da violação de seu direito para ser cabível a proteção da ameaça. Por tais fatores, a análise da prova indiciária é de grande relevância em ações preventivas. Sabe-se que nesse tipo de ação, o máximo que se poderá alcançar serão elementos indicativos que demonstram a plausibilidade do temor e, assim, a razoabilidade da concessão da tutela. Sobre prova indiciária em tutela inibitória, segue a consideração de Arenhart (2003, p. 269):

“Precisamente aqui reside a questão que mais interessa à utilização da prova indiciária em tutelas inibitórias. Se, de um lado, a prova indiciária é a mais adequada para a demonstração da efetiva razoabilidade no temor afirmado pela parte autora, de outro é certo que a inferência resultante entre o indício (dado externo que justifica o temor) e o fato a ser provado (justiça do receio e concretude da futura violação do direito) dificilmente será tão inexorável a ponto de excluir qualquer outra solução. É dizer que, em tema de prova para o futuro, quase nunca será possível encontrar aquela vinculação ideal entre o indício e o fato probando, de modo a excluir outras alternativas de fatos possíveis”.

Como se percebe, na ação inibitória, a prova recai sobre afirmação de que provavelmente será praticado um ato. Não se exige a prova de um possível dano futuro, porque o ilícito deve ser inibido, independentemente do dano que possa causar. Deve o autor fazer prova de um fato (indiciário), para que o juiz, raciocinando (de forma presuntiva), possa chegar a uma conclusão (presunção), quanto à probabilidade de vir a ser praticado um ato ilícito.

Nas ações inibitórias verifica-se que a causa de pedir não consiste nos fatos indiciários eventualmente alegados na inicial, mas na alegação da probabilidade de futuro ato ilícito. Se a ação for julgada improcedente, por falta de prova do alegado risco, não poderá o autor renovar a ação, com base em novos fatos indiciários, por lhes faltar a condição de nova e superveniente *causa petendi*. Ocorrerá, tão somente, a indicação de novas provas, sem relevância para alterar a coisa julgada realizada pela anterior sentença de improcedência. Fato este que serve de alerta para possíveis interposições de algumas demandas, efetuadas por litigantes ansiosos em verem seus pleitos atendidos, e por tal motivo acabam propondo ação preventiva com base em mero temor subjetivo.

É importante esclarecer que o indício não é prova. A prova indiciária, como qualquer tipo de prova, recai sobre uma afirmação de fato. O magistrado, a partir de uma alegação de fato (fato indiciário) e de sua prova, raciocina para chegar a uma conclusão (presunção). Contudo, a presunção não se confunde com o resultado final sobre a pretensão do autor (próprio da sentença), uma vez que na fase probatória é possível constatar que determinado ato não constituirá ilícito, gerando uma sentença de improcedência.

É preciso identificar se o fato que se pretende demonstrar por meio da prova indiciária é um fato pertinente e relevante para a definição do mérito. O fato indiciário é pertinente quando tem relação com o ato temido, e será relevante quando, sendo demonstrado, for efetivamente capaz de evidenciar a probabilidade de o ato ser praticado, e assim interferir no julgamento do mérito.

Evidentemente, não sendo efetivada a demonstração do fato indiciário, não é possível estabelecer um raciocínio correto, por meio da presunção, para chegar à conclusão da procedência da pretensão inibitória. O raciocínio judicial, nessa hipótese, será falho, por ter como base um fato que não foi demonstrado. Não é necessário que o fato probando seja a única consequência do fato indiciário para tornar possível a formação do juízo de procedência. Quando o fato indiciário pode colaborar para evidenciar que provavelmente o ato temido será concretizado, a prova indiciária pode ser acrescentada a outra presunção para formar um juízo de procedência.

O conjunto de várias presunções não é indispensável para a formação do juízo de procedência no caso de provar a ameaça da prática de ato ilícito na ação inibitória. Somente uma presunção, dependendo de cada caso, pode ser suficiente para estabelecer a convicção do magistrado a respeito da procedência do pedido. Contudo, essa única presunção deve ser capaz de formar um juízo de procedência que possa ser completamente justificável.

O ilícito, não o dano, é pressuposto de interposição da Ação Inibitória. Daí concluir que dano não será objeto de cognição do juiz desta ação e que também não será realizada sua atividade probatória. No entanto, quando não for possível separar a ordem dos acontecimentos, já que pode acontecer dos dois se verificarem no mesmo instante, a probabilidade de dano deve ser afirmada e provada. Na ação inibitória é necessário verificar não só a probabilidade da prática do ato, mas também se configura um ilícito.

Segundo Marinoni (2004), a ação inibitória pode se apresentar de três formas diferentes. Primeiramente para impedir a prática de conduta ilícita, ainda que nenhum ato ilícito tenha sido cometido pelo réu anteriormente. O fato de estar concentrada antes de qualquer ilícito que tenha sido praticado pelo demandado, torna mais complicada a tarefa do juiz, uma vez que é muito mais difícil constatar a probabilidade do ilícito sem poder considerar qualquer ato anterior do que verificar a probabilidade da sua repetição ou da continuação da ação ilícita.

A dificuldade das três formas de ação inibitória é ligada diretamente à prova da ameaça. Enquanto que duas delas (a que visa impedir a repetição e a que objetiva inibir a continuação), ao se voltarem para o futuro, e assim para a provável repetição ou continuação, podem considerar o passado, ou seja, o ilícito já verificado, a outra não pode visualizar nenhum ato contrário ao direito no passado, mas apenas atentar para eventuais fatos que constituam indícios de que o ilícito será praticado.

No caso de ilícito já praticado, torna-se muito mais fácil demonstrar que outro ilícito poderá ser praticado, ou mesmo que a ação ilícita poderá prosseguir. Nesses casos, levando-se em conta a natureza da atividade ou do ato ilícito, não é difícil concluir a respeito da probabilidade da sua continuação ou da sua repetição.

Além disso, essas modalidades de ações se diferenciam na medida em que se distingue o que nelas deve ser provado. Isso não quer dizer que a necessidade de ação inibitória possa ser vista de forma diferenciada diante das três hipóteses elencadas. A necessidade de ação inibitória não tem nada a ver com a questão da prova. A dificuldade da prova não pode constituir obstáculo à ação inibitória, seja qual for.

A modalidade mais pura de ação inibitória, que é aquela que interfere na esfera jurídica do réu antes da prática de qualquer ilícito, vem sendo aceita em vários países preocupados com a efetividade da tutela dos direitos. Como, por exemplo, no direito alemão quando se faz referência aos prejuízos posteriores, bem como no direito anglo-americano em que é admitida a chamada *quia timet injunction*, que nada mais é do que espécie de tutela inibitória anterior ao ilícito. E, ainda, a legislação italiana (art. 156 da Lei 633/1941) que define ação inibitória e sua evidente necessidade para a efetividade da tutela dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Italiana, sendo reconhecida a imprescindibilidade daquela ação contra qualquer ilícito.

Restou demonstrada, portanto, a grande dificuldade em apresentar a prova na ação inibitória, já que é uma ação voltada para o futuro, visando evitar os fatos que são temidos pelo titular do direito passível de ser lesado, dos quais não se pode exigir apresentação tão consistente como normalmente ocorre nas tutelas repressivas. Dessa forma, todo o conjunto de provas deve determinar-se no seu limite máximo, mediante critérios de probabilidade, sem que se possa exigir, na maioria dos casos, provas de certeza ou evidências semelhantes às da esfera de tutela posteriores ao fato.

No capítulo seguinte, será discorrida a importância da concessão da tutela antecipada dentro da Ação Inibitória.

4 A TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA

Conforme aduzido anteriormente, depreende-se que o direito fundamental de acesso efetivo à justiça não se resume tão somente a assegurar o simples direito de ação, mas sim a pronta e efetiva resolução do litígio.

Dentre os diversos problemas constatados nas "ondas de reformas" processuais, o que tem ganhado maior destaque é a morosidade do judiciário, que tem sido fator de resistência por parte de possível titular de direitos em propor uma demanda, como também causa de muitas desistências processuais.

O CPC brasileiro, de tradição liberal, apregoa a necessidade de conhecimento exauriente da demanda para assegurar o pleno conhecimento desta, mediante procedimento bastante formal, que acaba arrastando a demanda por longo lapso temporal, fulminando qualquer expectativa do litigante em ter seu direito realizado.

Na busca de imprimir maior celeridade processual, instituiu-se a tutela antecipada, mediante a qual se abrevia o procedimento, de modo a conceder ao titular da pretensão com maior possibilidade de ser ao final reconhecida, que já tenha seu interesse satisfeito desde o início do processo.

O instituto da antecipação de tutela surgiu em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que garante assim a possibilidade da antecipação da tutela, como um incidente diverso das medidas cautelares, porque a tutela antecipada se processa dentro do próprio processo de conhecimento.

Com seu advento reforçou-se a concretização do princípio magno da inafastabilidade do controle jurisdicional, no sentido de que o direito de todos à tutela

do Estado só se perfaz, em sua inteireza, se houver rapidez e efetividade na sua prestação. Tutela inefetiva e ineficaz equivale praticamente à inexistência da tutela.

O grande avanço do novo art. 273 do CPC foi imprimir caráter genérico ao instituto da tutela antecipatória, de forma que nas ações cognitivas em geral passa a ter cabimento, caso atendidos os seus requisitos específicos.

O artigo 273 do Código de Processo Civil Brasileiro, em seu caput, trata da tutela antecipada de forma genérica. O mencionado artigo tem a seguinte redação:

"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação".

Para os doutrinadores que defendem o instituto da antecipação de tutela, buscam-se justificativas na necessidade da satisfatividade que o processo deve proporcionar ao autor que provavelmente obterá êxito ao final do processo ou ao réu nas ações dúplices. Já os mais conservadores mostram-se temerosos quanto à possibilidade de erro, haja vista a cognição sumária a que se submete a antecipação da tutela, buscando, assim, a preservação da segurança jurídica.

Na divergência entre a certeza jurídica (juízo da verdade real, com plena convicção do julgador decorrente de cognição exauriente) e a celeridade na solução do conflito (juízo da verossimilhança que provém de cognição sumária), questiona-se a medida de justiça quanto ao prevalecimento da segurança jurídica supostamente obtida pelo tradicional rito ordinário ou isso poderá ser optado pela oportuna satisfação do direito, ainda que implique certo comprometimento do direito de defesa do demandado.

Vale notar que a criação de meios processuais, a fim de que o processo pudesse gerar resultados com maior presteza, isso não é uma novidade em nosso ordenamento jurídico.

Já existiam, de forma esparsa em ações específicas, verdadeiras tutelas antecipadas, deferíveis inclusive liminarmente, a exemplo do que ainda ocorre com as ações possessórias com força nova, para cuja admissibilidade basta o atendimento ao requisito do *fumus boni juris*, dispensada a prova do perigo de dano

iminente. Da mesma forma acontece com as ações locatícias, ação popular, ação civil pública, entre outras de cunho especial, nas quais o pedido principal pode ser total ou parcialmente atendido de forma antecipada, até mesmo via liminar *inaudita altera parte*.

Assim sendo, a antecipação dos efeitos da tutela, atualmente autorizada em qualquer procedimento comum, já existia em nossa legislação, sob a forma de especialização de determinados procedimentos como, por exemplo, nas ações possessórias, como já mencionado, e na ação especial de alimentos. Essas situações especiais de direito material necessitavam de uma resposta jurisdicional urgente, razão pela qual se autorizava, uma vez preenchidos os requisitos formais, a concessão da liminar da reintegração ou manutenção da posse, ou ainda dos alimentos provisórios, antes mesmo de prolatada a sentença de mérito. O crescente acúmulo dos processos no Judiciário, com a conseqüente demora no reconhecimento de direitos, demandou a adoção dessa possibilidade, antes reservada aos procedimentos especiais, a todos os procedimentos comuns.

A tutela antecipada é, portanto, uma medida que atende a pretensão do autor antes do momento normal, sendo concedida liminarmente e mediante simples cognição sumária, baseada na prova documental trazida pelo autor na inicial. No entanto, nada impede a antecipação de tutela no curso do processo, antes de prolatada a sentença. É importante frisar que tal medida não viola o contraditório ou a ampla defesa. A provisoriedade do instituto possibilita ao réu impugnar sua concessão quando da resposta, contanto que traga novos elementos aos autos, alterando a cognição sumária realizada anteriormente.

Napoleão Nunes Maia Filho (2003, p. 103), ao conceituar tutela antecipada, escreve:

“Trata-se de modalidade de provimento judicial que se inscreve entre as chamadas tutelas judiciais de urgência, voltadas à satisfação imediata de direitos e interesses juridicamente protegidos, desde que, verificadas determinadas condições, seja possível, sem agravo à justiça e ao devido processo legal, conceder-se alguma medida que de logo assegure à parte que postula certo bem da vida a sua regular fruição, seja total, seja parcialmente, ainda que em termos provisórios (dependente da outorga do provimento definitivo)”.

Tal norma reflete uma estratégia legal da processualística brasileira na luta contra o excessivo tempo que se consome na decisão das demandas, pois permite trazer-se para o início do processo a possibilidade de se conceder à parte autora a imediata fruição do direito que lhe pertence.

Dessa forma, a tutela antecipada permite adiantar a resolução da lide, privilegiando a efetividade do direito material pleiteado, baseado em mero juízo de verossimilhança, em detrimento da solução proveniente da plena convicção do julgador, garantindo o quanto antes a satisfatividade do direito.

Nesse caso, o juiz deve conceder a antecipação da tutela quando estiver diante de uma prova inequívoca do direito alegado pelo autor e, além disso, esse direito deverá ter uma probabilidade máxima de que o autor sairá vitorioso na sentença final. Somando-se a esses aspectos, ainda, o grave risco de dano irreparável pela demora da prestação jurisdicional, devendo, entretanto, ser em regra, reversível.

Essa percepção identifica que o tempo no processo é fator de injustiça, ainda que a decisão final atenda ao pedido de quem tem razão. Assim, o instituto tem como função precípua a realização da justiça, mediante outorga de provimento que permite à parte a fruição imediata de um direito verossímil.

Sobre o assunto, Napoleão Nunes Maia Filho (2003, p. 99) afirma o seguinte:

“Não há dúvida de que o instituto da tutela antecipada serve fundamentalmente ao ideal da celeridade do processo, mas o seu escopo essencial, se assim se pode dizer, é o de abreviar no tempo a sua efetividade, propiciando, o mais cedo possível, a fruição do direito que se evidencia passível de reconhecimento ao final do processo, na decisão definitiva da demanda, mas que já pode ser antevisto em condições símeis ou bem próximas da verdade processual, precisamente aquela que se obterá no final da instrução (situação ou estado de verossimilhança)”.

A tutela antecipada tem como limite o pedido, ou seja, não é possível conceder mais do que o demandante obteria se fosse vencedor na totalidade da pretensão que deduziu em juízo. A extensão da concessão da medida é limitada porque se antecipa o provimento de mérito (total ou parcialmente) ou algum efeito decorrente dele. Portanto, a antecipação da tutela está vinculada ao pedido e é

dependente do mesmo. Se o autor quiser algo diverso do pedido deverá ajuizar a ação apropriada.

Os efeitos do pedido da parte podem ser antecipados total ou parcialmente. A fixação dos limites da tutela antecipada não é ato discricionário do juiz, devendo estar sempre vinculado ao princípio da necessidade. Assim como na sentença, o juiz não pode conceder mais, diversamente, ou menos do que o requerido pela parte, mas pode também antecipar parcialmente o pedido. Esse requerimento refere-se ao pedido de antecipação e não ao pedido final.

A tutela antecipada é um direito subjetivo do autor que decorre do princípio da necessidade. O juiz não pode agir de forma discricionária, pois não haverá a antecipação dos efeitos da sentença se a parte não provocá-la. Ele, simplesmente, reconhece ou não, provisoriamente, o direito subjetivo do autor, que somente será admissível quando estiver em risco a garantia da efetividade da jurisdição, o que impõe ao réu a proibição de não agir de maneira contrária a esse direito pleiteado.

Corroborando com este entendimento a lição de Montenegro (2006, p. 51):

"[...] podemos conceituar tutela antecipada como o instrumento processual que objetiva conferir ao autor, e desde que se encontrem presentes nos autos requisitos de natureza objetiva, parte ou totalidade da prestação jurisdicional que lhe seria apenas conferida por ocasião da sentença final, mediante requerimento expresso do interessado, a ser externado em qualquer fase do processo (na petição inicial ou por meio de petição avulsa)".

O processo civil brasileiro foi criado de acordo com os valores do liberalismo clássico, tendo sido formatado para tutelar os direitos patrimoniais individuais, e tão somente estes, já que não se admitia a intervenção estatal nas relações jurídicas privadas. Naquele período falava-se em liberdade social e não em igualdade social.

Entretanto, hoje, em face dos denominados novos direitos (sociais, coletivos, difusos e individuais homogêneos), faz-se necessária a intervenção do Estado sobre a vontade daquele que viola tais interesses.

Assim, a classificação trinária das tutelas jurisdicionais tradicionais (declaratória, constitutiva, condenatória) não se adequa como instrumento apto a

proteger tais direitos, pois a tutela ressarcitória não é suficiente, mas sim garantir o direito em si, inibindo a prática do ilícito, mediante, por exemplo, imposição de uma obrigação de fazer ou de não fazer ao requerido.

Em que pese às alterações supra mencionadas na legislação processual brasileira, procurando resguardar os direitos coletivos, por meio da introdução da tutela antecipatória, percebe-se a ausência de disciplinamento da chamada tutela preventiva. Visa esta impedir que os direitos não patrimoniais sejam substituídos pelo equivalente em dinheiro, resguardando os reconhecidos direitos fundamentais.

Essa tutela se revela de suma importância para as novas situações jurídicas apresentadas, que envolvem, geralmente, interesses não patrimoniais, os quais se concretizam em direitos fundamentais do cidadão.

O procedimento ordinário, bem como as tutelas tradicionais, revela-se ineficaz para tutelar esses direitos transindividuais, tornando-se obsoleto diante da necessidade de conferir tutela preventiva àqueles. Se a Constituição afirma que é inviolável o direito à higidez do meio ambiente, é imprescindível que o legislador infraconstitucional estabeleça mecanismos de tutela jurisdicional adequados para permitir a real proteção desse direito.

A omissão e a lentidão legislativa não podem prejudicar o direito, de maneira que mediante uma tarefa de construção dogmática e jurisprudencial, a partir dos dispositivos legais que embasam essa tutela, como o art. 5º, XXXV (quando fala da "ameaça") da Constituição Federal e o art. 461 do Código de Processo Civil, é possível viabilizar tais mecanismos, a exemplo da chamada tutela inibitória.

Assim, com a recente reforma promovida no CPC, especialmente a introdução do art. 461, foi estabelecido importante instrumento de tutela para prevenir de forma eficaz o ilícito, consubstanciando-se em excelente alternativa. Com efeito, trata-se de ação preventiva destinada a impedir, por meio da cominação de multa, a prática do ilícito a sua repetição ou continuação.

E mais do que isso, ela pode ser concedida como uma ação inibitória individual para tutela dos direitos individuais (como, por exemplo, os direitos da

personalidade), ou mesmo para a tutela de direitos patrimoniais que não são efetivamente tutelados pela técnica ressarcitória (como o direito autoral).

Nessa mesma linha de pensar, não há como se assegurar a proteção desses interesses em conflito, senão mediante tutela inibitória, porque muitas vezes não se quer condenação ou reparação do dano, mas se precisa evitar que o dano efetivamente ocorra.

Sob outro prisma, pode-se utilizar a tutela inibitória para defesa de direitos difusos e coletivos, como no caso do direito ao meio ambiente saudável e equilibrado (direito difuso), podendo ser tutelado por via de uma ação inibitória coletiva fundada no art. 84 do CDC.

A antecipação da tutela inibitória encontra previsão legal no art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil (inibitória individual) e art. 84, § 3º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (inibitória coletiva), condicionando-se seu deferimento à relevância probatória do fundamento da demanda, bem como ao justificado receio de ineficácia do provimento final.

O primeiro pressuposto depreende-se dos fatos elencados na petição inicial (e sua prova) perante o direito material e processual invocado, enquanto o segundo refere-se à probabilidade de lesão ao bem jurídico em questão. Também poderão ser inferidos dos documentos apresentados na inicial ou mediante justificação prévia do alegado, conforme autorizam os dispositivos legais acima citados.

Preenchidos os requisitos, o magistrado tem o dever de conceder a antecipação da tutela inibitória pretendida (ou ao menos seus efeitos parciais). No caso, é mais injusta e arbitrária a concessão da liminar ou sua postergação para depois da defesa do demandado, gerando ofensa ao direito do autor.

4.1 Tutela cautelar e tutela antecipatória: distinção

Do princípio do acesso à justiça decorre a exigência de que a tutela seja adequada: havendo urgência, deve o juiz concedê-la para que não perca a sua eficácia. A tutela de urgência compreende a cautelar e a antecipada. Ambas são espécies de regulação provisória da lide.

Faz-se necessário esclarecer, ainda, que a tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, pois não se restringe a assegurar o resultado prático do processo, nem a garantir a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por escopo conceder, antecipadamente, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Mesmo que fundada na urgência (art. 273, I, do CPC), não tem natureza cautelar (garantir o resultado do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo requerente), pois seu principal objetivo é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de maneira a proporcionar sua imediata execução.

O primeiro inciso do art. 273 do Código de Processo Civil, que prevê a hipótese da urgência, ou seja, o perigo da demora é o que mais se aproxima da tutela cautelar, mas ainda assim difere sob alguns pontos. Na tutela antecipada não se antecipa o provimento judicial em si (que definirá a relação jurídica), nem apenas se assegura o resultado. O que se verifica é a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, que, na verdade, coincide com o bem da vida almejado pelo autor, é a tutela satisfativa nos planos dos fatos, já que realiza o direito. O que o autor obtém, ainda que provisoriamente, é a admissão de seu pedido mediato, e não do seu pedido imediato, já que este último somente na sentença é que será apreciado.

De acordo com o entendimento de Marques (1997, p. 381), tutela cautelar:

"[...] é o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou do processo executivo". Dispõe ainda que "no processo cautelar, visa-se garantir outro processo, e indiretamente, a pretensão que dele é objeto. O processo cautelar é meio e modo para garantir, complexivamente, o resultado de outro processo, por existir o *periculum in mora*".

Portanto, a tutela cautelar gera efeitos no âmbito processual, pois garante a efetividade da demanda principal e jamais será satisfativa.

Nesse mesmo sentido, Ferreira (2000, p. 184-185) diz que:

"A tutela cautelar destina-se a assegurar a eficácia (prática) do processo de conhecimento ou de execução, não se concedendo, portanto, o próprio bem da vida almejado, mas apenas assegurando que, uma vez reconhecido judicialmente o cabimento de tal pretensão, aí sim o bem da vida seja entregue, sendo isto possível porque a eficácia prática da sentença foi protegida, acautelada".

Como se observa, enquanto na tutela cautelar concede-se no presente a proteção do que provavelmente será obtido no futuro, na tutela antecipada concede-se no presente o que só provavelmente seria obtido no futuro. A tutela antecipada diz respeito ao próprio direito objeto da ação, enquanto que a tutela cautelar consiste num meio indireto de ampará-los.

A tutela antecipada pode ser requerida dentro do próprio processo, na petição inicial, ou a qualquer tempo. Portanto, não é requerida por meio de processo autônomo. A tutela cautelar é requerida em processo autônomo, porém, acessório ao principal.

Para a concessão de tutela antecipada faz-se necessária a conjugação dos dois requisitos gerais, quais sejam: prova inequívoca e verossimilhança da alegação. Assim, exige-se para a sua concessão uma cognição sumária. Na tutela cautelar exige-se apenas o *fumus boni juris*, ou seja, a verossimilhança, necessitam-se, portanto, apenas de cognição superficial para a sua concessão.

Ressalta outra diferença Ferreira (2000, p. 184-185) quando afirma:

"[...] no art. 273 a preocupação é com a irreparabilidade ou sua difícil reparação, enquanto no artigo 798 fala-se em lesão grave, como se fosse possível admitir a concretização de uma lesão menos grave. Na tutela antecipada concede-se o bem da vida para evitar a imprestabilidade da decisão final, na cautelar apenas se protege o bem da vida almejado para evitar a imprestabilidade da decisão final."

O segundo inciso do art. 273 prevê a hipótese da tutela antecipada punitiva, pois só será concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Nesse caso não há como se confundir com

tutela cautelar, pois, para a concessão desta, é sempre necessária a urgência e nesta hipótese de tutela antecipada não se exige a urgência.

Segundo Marinoni (2006, p. 208-210), podem ser estabelecidas, resumidamente, algumas diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada quais sejam:

- a) A tutela cautelar tem como características a instrumentalidade, a referência e dependência a um processo principal, elementos estes que não estão presentes na tutela antecipada.
- b) A cautelar é uma ação, pode ser intentada antes mesmo de existir um processo principal e forma novos autos. A tutela antecipada ocorre por meio de uma decisão interlocutória, não se formando autos apartados e dessa decisão cabe agravo.
- c) A tutela cautelar tem como requisitos específicos o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, enquanto que na tutela antecipatória a probabilidade de existência do direito material é mais importante que a mera plausibilidade desse direito.
- d) A tutela cautelar pode ser concedida de ofício ou a requerimento de qualquer das partes e a tutela antecipatória somente com requerimento do autor.
- e) A tutela cautelar não deve ter a mesma natureza que a tutela do processo principal, para não ter caráter satisfativo não deve ter o mesmo objeto. A tutela antecipada tem a mesma natureza da decisão definitiva, incidindo sobre todo ou parte do objeto da lide, pois seu caráter é satisfativo.

4.2 A antecipação de tutela dentro da ação inibitória coletiva

A tutela inibitória antecipada configura modalidade de tutela antecipada, pois visa evitar que o ilícito ocorra, daí o seu caráter preventivo. Diversamente dos outros tipos de tutela inibitória em que se procura impedir a repetição ou continuidade do ilícito, portanto, o dano ao direito já se efetivou (caráter repressivo).

A tutela antecipatória encontra fundamento no ordenamento jurídico nos seguintes dispositivos: art. 273, art. 461, § 3º, ambos do CPC brasileiro, bem como o art. 84, § 3º do CDC. O primeiro dispositivo configura norma de caráter genérico, no sentido de que pode ser aplicado em qualquer processo e instância, e ainda às ações relativas à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, sendo norma subsidiária em relação as outras citadas. Confere ainda sistematicidade no regramento da tutela antecipatória. Quanto ao art. 461, este dispõe sobre a tutela antecipatória referente aos interesses individuais. E também a norma consumerista, que regra especificamente os interesses coletivos e difusos.

Assim sendo, quando não estiverem presentes os critérios específicos exigidos por uma das normas acima mencionadas, a antecipação da tutela pode ser concedida com fundamento nas demais. Os três dispositivos são complementares entre si, devendo ser interpretados em conjunto.

A tutela inibitória coletiva pode ser antecipada com fulcro no art. 84, § 3º do CDC, que tem o mesmo teor do art. 461, § 3º do CPC, qual seja:

“Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu”.

Arenhart (2003, p. 292) faz a seguinte consideração:

“A tutela inibitória é tutela satisfativa definitiva, no sentido de ser capaz, por si só, de atender às necessidades das partes (e do próprio Estado) em lidar com o conflito de interesses e corresponder aos escopos da jurisdição. Outrossim, também é certo que a tutela inibitória, por sua restrição natural em matéria de prova, a gerar a conseqüente aceleração do procedimento e a diminuição do tempo necessário para a outorga da prestação jurisdicional, é apta a, em seu provimento final, dar conta da maioria das situações carentes de proteção preventiva”.

Na verdade, a antecipação de tutela dentro da ação inibitória proporciona, de maneira sumária, os mesmos efeitos que a decisão final seria capaz de fornecer. Seja pela dificuldade em reunir toda a prova necessária para a ação, seja diante da iminência da lesão que se quer evitar, ou ainda pela atitude inesperada que pode ter o réu ao ser citado para a ação, a tutela antecipada inibitória pode ter um papel fundamental para o ideal desempenho da função preventiva que se empresta a esse instrumento.

Os requisitos necessários para a concessão da tutela inibitória coletiva são os mesmos para a outorga de qualquer provimento urgente, quais sejam: a relevância do fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final. Em suma, esses requisitos representam a conjugação dos elementos regularmente vinculados às tutelas de urgência, ou seja, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. No que se refere à relevância do fundamento, o requerente deve demonstrar a probabilidade da ilicitude. E quanto ao justificado receio de ineficácia do provimento final, ocorre quando há o fundado temor de que o ilícito seja praticado no curso do processo de conhecimento, em momento anterior àquele em que o provimento final pode ser executado.

Cumprido ressaltar que, apesar da semelhança entre os dispositivos do CDC e do CPC acima dispostos, depreende-se em sua destinação a divergência entre ambos. A introdução do citado art. 84 do CDC, no ordenamento jurídico brasileiro, se destina a disciplinar não só as relações consumeristas, como também qualquer interesse ou direito transindividual (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos). E isso acontece ao se analisar e interpretar de forma sistemática o conjunto das normas legais, presentes na lei da Ação Civil Pública e no do CDC. Este, por sua vez, determina em seu art. 90 que às ações fundadas no CDC aplicam-se as normas da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública). Essa interligação entre a Lei da Ação Civil Pública e o CDC faz surgir, como já dito, um sistema processual para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Como o art. 84 está inserido no Título III do CDC, e assim dentro desse sistema processual, ele se aplica à tutela de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesse sentido, o art. 84 do CDC é a base processual para as ações coletivas inibitórias e de remoção do ilícito.

Além disso, com a inclusão da norma prevista no art. 461 do CPC, passa a disposição consumerista a ser aplicável tão somente aos direitos coletivos e difusos. Porém, ainda permanece o vínculo entre esses dispositivos tendo em vista as normas procedimentais encontradas para ações coletivas no CDC.

De qualquer forma, se há no sistema de proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos uma norma (art. 84 do CDC) que serve para a prestação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito (entre outras tutelas), essa deve ser apontada como a base da ação coletiva, deixando-se o art. 461 do CPC como sustentáculo para as ações individuais.

Portanto, ainda que seja o art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, a regra fundamental, capaz de permitir a concessão de tutela antecipada nas ações inibitórias coletivas, não fica excluída a aplicação subsidiária do art. 273 do CPC (que, conforme aduzido anteriormente, havia instituído no ordenamento processual brasileiro a tutela antecipatória). Ao lado da hipótese típica, é ainda admissível a tutela antecipada na ação inibitória coletiva fundada no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC). As regras inseridas nos parágrafos do art. 273 do Código de Processo Civil são aplicáveis à antecipação de tutela concedida no decorrer de ação coletiva inibitória, pois ali se encontra a disciplina fundamental da tutela antecipada no direito brasileiro.

São indispensáveis para a concessão desse tipo de tutela os seguintes requisitos específicos: prova da aparência de existência do direito afirmado pelo autor e, ainda, a prova do receio da ineficácia do provimento jurisdicional final.

Conforme ensinamento esposado pelo autor Arenhart (2003, p. 303), depreende-se que esse tipo de tutela regulado no art. 84 do CDC é de natureza antecipatória e não cautelar. Assim, mesmo que os critérios exigidos para sua concessão sejam diferentes dos referentes ao provimento final, o objeto de tutela é o mesmo. Daí serem exigíveis para ambos (tutela provisória e satisfativa e a tutela definitiva final) os mesmos pressupostos quanto à existência da ação de direito material, daí ser alterada a forma como será apreciado o pleito. No caso da

antecipatória, isso se dará de forma sumária, por isso imprescindível a demonstração da urgência da medida.

Além disso, para que haja a concessão liminar *initio litis* ou mesmo a tutela antes da decisão final e definitiva, basta que o postulante demonstre indícios (com base em juízo de aparência) da impossibilidade de esperar a decisão definitiva, (ameaça de lesão ao direito se mostra premente) podendo, dessa forma, a lesão se configurar antes de ter completado o caminho processual necessário para a proteção final.

Resulta dessa análise que o artigo 84, § 3º, não constitui norma especial, o que excluiria a norma geral do artigo 273. Trata-se de normas que se completam. A hipótese não é de oposição, mas de integração, em virtude de sua unidade conceitual. Impõe-se a justaposição, não para separar os requisitos próprios de uma e de outra medida, mas para preenchimento das lacunas e afastamento das antinomias.

Conclui-se que o artigo 84 do CDC deve ser compreendido como a fonte normativo-processual da tutela inibitória coletiva, sem qualquer problema para se admitir no Brasil uma tutela inibitória atípica.

Quanto ao momento da concessão do provimento antecipatório, infere-se que este pode se verificar antes ou ao longo de processo, desde que tal medida seja postulada antes que seja expedida a decisão final e estando presentes os requisitos exigidos pela legislação acima mencionada.

Elucidativo o ensinamento de Montenegro (2006, p. 51) a respeito:

"O pedido feito deve ter relação com algum ou alguns dos pedidos que constam da petição inicial, não podendo o magistrado deferir à parte providência jurisdicional não contemplada na inicial, sob pena de ser infringido o *princípio da adstrição, da correlação ou da congruência*, que habita os arts. 128 e 460 do CPC [...]"

Em regra, duas hipóteses exigem a proteção provisória preventiva: quando a demora do processo possa tornar sem efeito a tutela final buscada e quando a ciência do réu, devido à propositura da ação, possa levá-lo à prática de atos capazes de gerar igualmente a ineficácia do provimento concedido ao final.

Na primeira hipótese, em que se verifica grande possibilidade de sofrer o dano pela demora processual, tamanha é a urgência que se dispensa o contraditório, pelo menos de início, impondo-se a tutela imediata do direito, sob pena da inutilidade da tutela final.

Principalmente na segunda hipótese é que o provimento antecipado *initio litis* desempenha uma função importante. Se o réu pode deixar em risco a utilidade do provimento obtido no processo, então a tutela antecipada *inaudita altera parte*, ou seja, antes mesmo que o réu seja citado, isso se torna essencial para a função preventiva oferecida por esta forma de tutela. Sobre a questão, Marinoni (2006, p.193-194) assevera:

"Tratando-se de tutela inibitória antecipada, não pode haver dúvida sobre a possibilidade de sua concessão antes de ser ouvido o réu. Ora, se a tutela inibitória exerce uma função eminentemente preventiva, não há como negar a possibilidade de seu deferimento *quando não se pode esperar o tempo necessário para ouvir o demandado*".

Ao ser conferida a tutela antecipatória pelo ordenamento jurídico, e tendo em vista procurar assegurar direito com grande possibilidade de no final do certame ser reconhecido (verossimilhança), embora ainda não gerado o dano, configura-se verdadeiro contra-senso estipular um momento determinado para fazer uso daquele instrumento, o que representa sacrifício desnecessário imposto ao autor que tiver seu direito efetivado após a defesa do seu adversário.

Dessa forma, a concessão liminar do direito, antes de ouvida a parte contrária, não ocasiona ofensa ao contraditório, quando está em jogo a possibilidade real de violação de direito fundamental do demandante.

4.3 A multa coercitiva

A tutela antecipada, consoante delineado anteriormente, configura mecanismo adequado para proteger os interesses coletivos e difusos sujeitos ao perigo iminente de lesão, decorrente da prática de ilícito (descumprimento de dever

imposto pela lei ao demandado), por isso ser necessária uma medida imediata e provisória que antecipe os efeitos da decisão definitiva proferida somente ao final do processo, do contrário gera-se a ineficácia do provimento final.

Nesse desiderato, torna-se importante estabelecer um instrumento eficaz que venha a compelir o demandado a adimplir a obrigação espontaneamente, devendo essa coerção incidir sobre sua própria vontade (coerção psicológica).

Daí a inserção da multa coercitiva, trata-se de instituto inspirado na astreinte francesa (que é norma genérica) e na *zwangsgeld* alemã (aplicável a situações taxativamente elencadas na lei), sendo um tipo misto ou híbrido com influência de ambas as escolas citadas.

A natureza da multa é essencialmente coercitiva, pois é uma pressão sobre a vontade do réu com o objetivo de convencê-lo a cumprir a ordem do juiz. É necessário que ela seja estabelecida com base em critérios que lhe permitam atingir seu fim, que é garantir a efetividade da tutela jurisdicional. O valor deve ser significativamente alto, exatamente porque tem natureza inibitória. O magistrado não deve ter receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. O réu deve preferir cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.

Portanto, tem função essencialmente cominatória, em sanção à resistência no cumprimento de uma determinação judicial. Por tal motivo, pode ser imposta aumentada ou diminuída de ofício pelo magistrado, independentemente de pedido realizado pelo autor.

O § 4º do art. 84 da Lei nº 8.078/1990 dispõe que:

"O juiz poderá, na hipótese do §3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito".

A multa do art. 84 do CDC (similar à prevista no art. 461 do CPC) não tem nenhum caráter indenizatório, daí ser estabelecida especificamente para tutelar de forma imediata os interesses coletivos que porventura sejam pleiteados em ação inibitória coletiva. É o que resulta expresso no § 2º do artigo em estudo, ao dispor

que eventual indenização ocorrerá sem prejuízo da cobrança da multa coercitiva imposta.

Assim versa o art. 84, parágrafo 2º do CDC brasileiro, *in verbis*: "A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (artigo 287 do Código de Processo Civil)".

Sobre o assunto, Arenhart (2003, p. 353) esclarece:

"É fundamental, para bem compreender o instituto da multa coercitiva em exame, ter claro que ela não possui nenhum caráter indenizatório. Não é ela indenização pré-fixada pelo magistrado (para a eventualidade do descumprimento da prestação *in natura*) ou forma diferente de fixação de perdas e danos, arbitrada pelo tempo da demora no adimplemento. Aliás, nem se pode confundir a importância devida em razão da incidência da multa com a eventual indenização cabível em função da mora".

A mora no cumprimento da prestação, por si só, já configura uma prática ilícita acarretando, conseqüentemente, ao titular lesão ao seu direito (dano ao beneficiário da referida prestação). Dessa forma, a regra é clara de que nesse caso há que se reparar a lesão causada pelo infrator da obrigação legal, consoante dispõe o art. 395 do Código Civil Brasileiro. Portanto, a multa interposta pelo juiz se destina a intimidar possível atitude protelatória do réu, compelindo-o a agir o quanto antes, evitando que seu retardo proposital ofenda ainda mais o interesse do autor. Daí ser perfeitamente cumulável esta multa com a indenização interposta, sendo necessário, no entanto, que haja o pleito do autor nessas condições.

A multa repressiva visa especificamente conferir coercitividade à determinação judicial. Tal medida incide diante do iminente perigo de ocorrer a prática de ato ilícito (antes que este ocorra), não é voltada à reparação do dano. Tem como objetivo estimular o adimplemento por parte do obrigado, ainda que isto se dê mediante pesada ameaça de intromissão em seu patrimônio.

Já a indenização, de cunho ressarcitório, visa recompor os estragos provenientes do dano causado pela mora ou efetivo inadimplemento da obrigação, revelando-se em compensação pecuniária em face do dano sofrido pelo direito do autor.

A primeira decorre de descumprimento de determinação judicial, enquanto a indenização decorre de ofensa proveniente de dano, sendo verdadeira sanção interposta pelo direito material.

A multa coercitiva é instrumento que confere efetividade à tutela específica, e a indenização é tutela final, decorrente da prestação jurisdicional exauriente. Enquanto a indenização consubstancia-se na própria tutela do direito, aquela possibilita que a tutela final não se revele extemporânea e, portanto, desnecessária.

Isso, fundamentado no entendimento de Arenhart (2003, p. 354-355), é possível entender que a indenização tem como objetivo recompor juridicamente as questões à sua situação anterior, não original, mas pela composição pecuniária dos prejuízos sofridos. A multa coercitiva, ao contrário, reveste-se de caráter eventual, derivando não do inadimplemento da prestação no prazo adequado, mas do descumprimento da ordem judicial no momento oferecido.

Por isso, realizadas as distinções, não há motivo para confundir multa e indenização. Se o réu não obedece à ordem inibitória, praticando o ilícito, a multa é devida independentemente do possível dano que tenha sido produzido e deva ser reparado. Da mesma forma que a tutela inibitória não se confunde com a tutela contra o dano, a multa não se assemelha com a indenização relativa ao dano. Se fosse diferente, a tutela inibitória não seria efetiva, pois o requerido, descumprindo a ordem inibitória, responderia apenas pelo eventual dano que causou, sendo isso, portanto, inadmissível.

Seguindo ainda a lição de Arenhart (2003, p. 355-360), no que se refere à fixação do valor da multa coercitiva, alguns critérios devem ser levados em consideração. O primeiro é a capacidade intimidatória representada por ela. Para tanto, cada caso deverá ser analisado isoladamente. Destaca-se, principalmente, a questão da capacidade econômica do sujeito passivo da ordem, de maneira a avaliar o impacto patrimonial sentido por este, se for necessária a cobrança do valor respectivo.

O segundo critério é que o possível dano não pode ser levado em consideração para o valor da multa, já que esta não possui caráter indenizatório. Da

mesma forma, o valor do direito protegido não pode ser tomado para avaliação do quantum da multa.

E o terceiro critério trata-se da aplicação do princípio do menor sacrifício ao sujeito passivo previsto no art. 620, do CPC brasileiro, dispondo que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Portanto, se a atuação do provimento jurisdicional inibitório é feita no exclusivo interesse do autor, não é possível submeter o requerido à sanção maior do que aquela por ele merecida. Se for injusto deixar o autor que tem razão sem a proteção adequada de seu interesse, também o é dar a ele mais do que lhe concede o Direito.

É importante estabelecer que a legislação pertinente, art. 84, § 4º, do CDC, versa o seguinte:

“O Juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

Marinoni (2006, p. 221) pondera que, em se tratando de tutela inibitória, a multa diária só faz sentido se o ilícito for continuado, ou seja, depois que o ilícito ocorreu para, então, fazer com que cesse. De modo que, no caso de impedir a prática do ilícito o mais adequado é estipular um valor fixo de multa, medida que também se aplica nos casos de evitar a repetição do ilícito.

Dessa forma, a tutela inibitória deve se pautar, quando de sua execução, no equilíbrio entre as partes, bem como dosar as medidas aplicadas, para que não haja privilégios e nem supressão de direitos.

Não é viável, em nome da efetividade e do acesso à justiça, se aplicar tais tutelas sem critério e mensuração necessários, sob pena de trazer conseqüências indesejáveis à esfera jurídica do demandado, ocasionando males maiores provenientes de arbitrariedades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num Estado de Direito, a sociedade deve ter uma garantia cada vez maior de acesso à justiça e tal acesso não pode ser limitado à possibilidade de ingressar em juízo, mas deve abranger a efetividade da justiça nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Em face do estudo efetuado, é possível afirmar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art.5º, XXXV, da CF/88, tem como principal consequência o direito à adequada tutela jurisdicional.

A tutela inibitória, de cunho essencialmente preventivo, é de grande importância para a proteção dos direitos transindividuais. Não conceder o direito à prevenção do dano é admitir que o cidadão é obrigado a suportar o dano, tendo apenas direito à indenização. Dessa forma, criou-se um sistema de tutelas em que toda violação de direito pode ser ressarcida monetariamente, sendo incompatível com os direitos de conteúdo não-patrimonial.

Os direitos difusos e coletivos encontram guarida na Tutela Inibitória Coletiva, pois o verdadeiro objetivo é evitar que o ilícito ocorra. Apesar de o princípio constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII da CF/88) estabelecer: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”), percebe-se que a realidade dos Fóruns e Tribunais brasileiros é bem diferente. As demandas demoram anos para serem solucionadas e muitas vezes os requerentes falecem sem poder desfrutar dos direitos que lhes pertencem. Daí a grande importância da concessão da tutela antecipada dentro da Ação Inibitória, para que esta não perca a sua efetividade.

Uma iniciativa plausível do legislador foi estabelecer a multa coercitiva no artigo 84, §4º, do Código de Defesa do Consumidor (“O juiz poderá, na hipótese do §3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do

autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito”) para forçar o réu a cumprir a ordem determinada pelo juiz na tutela antecipada ou na sentença. Nesses casos, o intuito não é o pagamento da alta quantia fixada como multa, mas sim o adimplemento da obrigação.

Constata-se, assim, a relevância do instituto da Tutela Inibitória Coletiva nos casos concretos que envolvem a proteção do meio ambiente e a defesa dos direitos do consumidor, conforme exemplos citados no decorrer deste trabalho. Por se tratar de situações que exigem soluções rápidas e eficazes, a prevenção é o remédio mais adequado. Se o intuito é evitar a continuação ou repetição do ilícito, novamente se destaca a utilização da ação inibitória para que seja obtida uma decisão de caráter mandamental, ou seja, que imponha uma ordem a ser seguida, sob pena de multa.

Portanto, o que verdadeiramente se almeja é a utilidade das decisões, concedendo a cada um o direito que lhe cabe, no tempo certo, sem demora. O novel instituto, objeto deste estudo, vem proporcionar efetividade ao processo, para que haja pacificação com justiça.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. 28.ed. São Paulo: Atlas, Manuais de legislação Atlas, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, Porto Alegre: Fabris, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**, São Paulo: RT, 2000.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**, 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHADO, Agapito. Juizados Federais virtuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 869, 19 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7579>>. Acesso em: 28 set. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**, 5.ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Tutela específica**, 2.ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Tutela inibitória: individual e coletiva**, 4.ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 10 out. 2007.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Estudo sistemático da tutela antecipada**, Fortaleza: Gráfica Nacional, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual**, vol.4. São Paulo: Bookseller, 1997.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil, vol. 3: medidas de urgência, tutela antecipada, ação cautelar, procedimentos especiais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**, 9.ed. São Paulo: RT, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual civil**, vol.1, 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TRABALHOS científicos: organização, redação e apresentação. 2.ed. Fortaleza: EdUECE, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, São Paulo: RT, 2006.