

Tutela inibitória coletiva e o acesso à justiça¹

Paula Ferraresi Santos²

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Características da tutela inibitória; 2.1 – A tutela inibitória e a necessidade de ampliação do acesso à justiça; 2.2 – Conceito de tutela inibitória; 2.3 – A tutela inibitória e outras formas de tutelas jurisdicionais; 3 – Efetivação da tutela inibitória; 3.1 – Multa; 3.2 – Outras formas de efetivação; 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem uma reformulação da técnica processual, a fim de que esta passe a ser utilizada de modo a permitir a adaptação do processo às novas realidades, tutelando diversas novas situações de direito substancial.

O sistema tradicional de tutela de direitos não é capaz de permitir que novos direitos sejam adequadamente tutelados. O processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à Justiça, ou seja, o acesso à ordem jurídica justa³.

Importa ressaltar que o acesso à Justiça não se limita somente à admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo. Para que

1 Texto extraído parcialmente da dissertação de mestrado *Tutela inibitória no processo coletivo*, apresentada pela autora em 2014 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de mestre.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em direito processual civil pela Universidade de São Paulo.

3 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 35.

haja o efetivo acesso à Justiça, é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente.

Diante desse cenário, surge a necessidade de se valer da chamada tutela inibitória, ou seja, uma tutela preventiva capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia.

Com base nessa ideia, pretende-se no presente artigo detalhar o que seria a tutela inibitória, bem como a forma como ela pode ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro e os instrumentos para a sua concreção.

2. Características da tutela inibitória

2.1. A tutela inibitória e a necessidade de ampliação do acesso à justiça

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

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

Cite-se como exemplo o direito ambiental. Alguns danos ambientais, como a poluição de lençóis freáticos ou a devastação de uma floresta, não são, na maior parte dos casos, suscetíveis a reparação, não sendo possível retornar à situação em que se encontravam antes do cometimento do ato ilícito. Assim, a tutela reparatória, ainda que na sua

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

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

modalidade específica, por meio de despoluição da água ou reflorestamento, não é apta a proteger efetivamente o bem jurídico, qual seja, o direito ao meio ambiente, pois, em alguns casos, os danos cometidos são de tal amplitude e gravidade que não se consegue reverter a situação.

Também não se mostra possível, nesses casos, a reparação pecuniária. Embora seja esta reparação a última solução no direito ambiental, ela não se mostra adequada na maioria das vezes. Isso porque o pagamento de determinada quantia em dinheiro não devolverá à sociedade aquele bem que foi lesado, não tendo a aptidão, pois, para reparar o dano causado, uma vez que o bem, em razão da sua natureza, não é passível de quantificação pecuniária.

O surgimento desses novos direitos supracitados repercute, também, no âmbito do processo civil, o qual tem sofrido, principalmente nas últimas décadas, uma crise de efetividade, já que ele não tem cumprido integralmente toda a sua função sociopolítica-jurídica⁶, bem como não tem propiciado aos indivíduos tutela jurisdicional adequada que proteja os interesses trazidos ao conhecimento do Poder Judiciário, especialmente aqueles interesses que necessitam de uma atuação preventiva.

Isso porque o modelo tradicional de processo civil ainda é baseado na atuação após a ocorrência do ato ilícito e do dano, não havendo uma atuação propriamente preventiva na maior parte dos casos.

Em razão da inadequação do modelo de processo civil, baseado principalmente na adoção da tutela reparatória⁷, há necessidade de se promover uma alteração de toda a sistemática de tutelas, a fim de permitir que a sociedade e os seus indivíduos protejam seus interesses contra possíveis atos ilícitos. Essa proteção deverá ser dada, de forma prioritária, pela

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

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

tutela inibitória, por meio da prevenção da ocorrência do ilícito, impedindo que haja a concretização, no futuro, do ato ilícito e do dano.

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

Com base nessa ideia, verifica-se que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal prevê que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário “ameaça a direito”, não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito.

O direito de ação não pode mais ser pensado como um simples direito à sentença ou direito de mero acesso ao Judiciário, mas sim como o direito ao modelo processual capaz de amparar o direito afirmado em juízo⁸. Havendo necessidade de se buscar, junto ao Poder Judiciário, uma tutela inibitória, deverá o processo dispor de mecanismos adequados para que se proteja o bem jurídico ameaçado de lesão e, conseqüentemente, prevenindo o ilícito.

A garantia do acesso à justiça assegura o direito à adequada tutela jurisdicional⁹. Verificado no plano do direito material que há situações peculiares que justificam uma tutela preventiva do ilícito, deve o Estado

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

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

admitir a tutela jurisdicional adequada para a sua proteção, qual seja, a tutela inibitória, bem como fornecer mecanismos processuais para a efetivação dessa tutela jurisdicional.

Nesse sentido, Yarshell¹⁰ afirma que as garantias constitucionais do processo e da inafastabilidade do controle jurisdicional devem ser interpretadas como garantias que proporcionam formas de tutela ou tipos de provimento aptos a solucionar as situações de violação ou a sua ameaça de direitos protegidos no plano substancial. Em razão da atipicidade da tutela jurisdicional, não há, em princípio, um rol previamente estabelecido de provimentos aptos à proteção de direitos materiais.

Com base nesses conceitos, afirma-se que a admissibilidade da tutela inibitória no ordenamento jurídico brasileiro encontra assento constitucional, no artigo 5º, inciso XXXV¹¹, em razão da garantia do acesso à justiça.

No entanto, em que pese tal ideia tenha sido bem desenvolvida no campo da tutela possessória (artigos 554 e seguintes do Código de Processo Civil), no âmbito da tutela coletiva, essa ideia possui grande restrição, já que ainda se trabalha com a tutela reparatória.

Como forma de superar essa restrição, é preciso rever o conceito tradicional de responsabilidade civil, qual seja, o de que somente há responsabilidade se houver dano. Para tanto, faz-se necessário estudar os princípios da precaução e da prevenção, já presentes no âmbito do direito ambiental, mas que ainda não são aplicados nos demais direitos transindividuais.

Em breve análise, pode-se afirmar que princípio da precaução atua nos casos em que há incerteza sobre os danos possíveis, destinando-se a gerir riscos ou impactos desconhecidos¹². Ele consiste na imposição de condutas preventivas nas hipóteses em que não há estudos científicos ou

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

11 DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. 441 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 141.

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

comprovação de que o dano será certo, mas há elementos que indiquem um possível dano. Em razão da incerteza do dano, a aplicação do princípio da precaução exige a adoção de medidas que evitem o dano temido e incerto¹³, invertendo-se, assim, a lógica da responsabilidade civil clássica, pois se exige uma medida preventiva antes da efetiva ocorrência do dano¹⁴.

O princípio da prevenção, embora também implique medida que visa a prevenir danos, trabalha com riscos conhecidos e provados, havendo maior certeza da ocorrência do dano, podendo-se afirmar, com base em elementos seguros, que determinada atividade é efetivamente perigosa¹⁵. Observa-se, portanto, que a diferença entre esses princípios consiste, basicamente, no grau de certeza do dano, atuando sempre para o futuro, por meio da imposição de deveres, a fim de evitar a ocorrência do dano.

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

Tradicionalmente, principalmente no âmbito da tutela coletiva, somente se admitiu a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção no campo do direito ambiental, pois, em razão da peculiaridade do direito tratado, o qual, em parte dos casos, não comporta a reparação do dano, a doutrina evoluiu para se admitir que, nesses casos, seja adotada a tutela inibitória.

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

14 MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. *O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente*. 211 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 89.

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

No entanto, como bem ressalta Lopez¹⁶, em razão da evolução da responsabilidade civil, esta não mais se resume ao ressarcimento de danos, uma vez que há danos que não são indenizáveis, tal como ocorre com os danos transindividuais. Faz-se necessário ampliar o conceito de responsabilidade civil para que haja a prevenção ou precaução de danos possíveis, graves e irreversíveis, uma vez que a ideia fundamentadora do sistema de responsabilidade civil é não causar dano a outrem. Admitir responsabilidade civil que impeça a realização de danos garantirá a integridade física, moral e econômica, não só dos cidadãos, mas da sociedade como um todo. Com base nessa constatação, conclui a autora que é possível a concepção de uma responsabilidade civil sem dano, baseada apenas na sua ameaça, e fundamentada nos princípios da precaução e prevenção.

Da análise acima, é possível concluir que se admite hoje que haja a responsabilidade civil sem dano, havendo uma separação entre ato ilícito e dano. O ato ilícito é o ato antijurídico, contrário ao direito, prescindindo do dano para a sua configuração. Essa distinção é relevante, pois traz para o direito processual o encargo de desenvolver uma técnica específica que combata o ilícito¹⁷, prescindindo-se da análise da culpa e da existência do dano¹⁸.

Aplicando-se os conceitos acima desenvolvidos para outros direitos transindividuais, verifica-se que há grande relevância prática nesse tema. Como exemplo, no campo do direito à saúde, é plenamente possível se admitir uma demanda na qual se peça a proibição de decisões judiciais que determinem a dispensação de medicamentos que ainda não tiveram a sua aprovação pela Anvisa ou até mesmo cujos danos ainda não se conhecem.¹⁹

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

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

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

19 Nesse sentido, recentemente diversas decisões judiciais determinaram a dispensação da chamada “pílula do câncer”, medicamento que estava em pesquisa junto à USP e que parou

Dessa forma, ao se admitir a possibilidade de responsabilidade civil sem danos para todos os direitos transindividuais, concretiza-se o acesso à justiça, na medida em que se torna admissível a análise de tutelas jurisdicionais de cunho inibitório que antes encontravam óbices em razão da ideia de que somente poderia ser levado ao Poder Judiciário uma tutela jurisdicional que veicula uma reparação, mas não uma inibição.

2.2. Conceito de tutela inibitória

A tutela inibitória é uma espécie de tutela jurisdicional preventiva, a qual tem por escopo a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, não sendo voltada para o passado²⁰. A tutela inibitória visa a impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte²¹.

A tutela inibitória é uma tutela jurisdicional preventiva. No âmbito da tutela jurisdicional, tomando-se por base o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual estabelece uma separação entre a ameaça a direito e lesão, bem como considerando a perspectiva do ilícito, pode-se classificar a tutela jurisdicional como reparatória e preventiva²².

de ser fornecido pela Universidade justamente porque não contava com a aprovação da Anvisa. No entanto, centenas de pessoas recorreram ao Poder Judiciário para a obtenção do medicamento, sendo que houve a determinação da dispensação da “pílula do câncer”. A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo obteve, em sede recursal, algumas vitórias no sentido de evitar a dispensação deste medicamento, justamente com o fundamento no princípio da precaução, já que os riscos eram incertos. Em que pese o instrumento processual utilizado não tenha sido o de ajuizamento de uma demanda veiculando a tutela inibitória, não se pode negar que a atuação do Estado, neste assunto, teve também um caráter inibitório.

- 20 RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 90; BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 615, lug/ago. 2004; FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clause vessatorie (considerazioni fuori dal coro di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova; v.52, n.4, p. 999, ott/dic. 1997; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 322.
- 21 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.
- 22 Critério adotado por BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 322.

A tutela reparatória, também chamada de sancionatória ou repressiva, é aquela em que se busca uma reparação dos danos sofridos, em razão da ocorrência de uma lesão a direito²³. A tutela preventiva, por sua vez, consiste na função jurisdicional realizada em razão da ameaça a direito, geralmente contemplada na própria legislação. A tutela preventiva visa, pois, a evitar que uma ameaça se converta em lesão, seja porque o bem lesionado não é passível de retorno ao *status quo ante*, seja porque não é desejável que ocorra essa lesão²⁴. Com base nessa classificação, considerando que a tutela inibitória visa à prevenção do ilícito, ela é uma tutela preventiva.

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

A conduta instantânea é aquela que se consuma em um ato único e decorre de uma relação jurídica instantânea²⁵. A tutela inibitória, nesse caso, somente será possível antes que a violação seja efetivada²⁶.

As condutas continuadas e repetidas, por sua vez, decorrem de relações jurídicas continuativas ou duradouras, ou seja, a conduta se protraí no tempo²⁷. Mesmo que já tenham sido praticados atos violadores do direito antes do ajuizamento da ação, a tutela inibitória é possível para impedir as futuras violações ameaçadas, desde que exista a possibilidade de voltarem a ocorrer²⁸. Nesse caso, a reação que se deve esperar do ordenamento jurídico é a imposição de uma obrigação de cessação do ato ilícito²⁹.

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

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

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

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

27 PADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.

28 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 83 e 84.

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

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

Conforme ressaltа Marinoni³⁰, no caso da repetição do ilícito, há um intervalo entre um ato e outro, de tal forma que se pode impedir a prática de um “novo” ilícito, independentemente do primeiro.

No caso da tutela inibitória que visa a impedir a continuação do ilícito, a ilicitude continua na medida do prosseguimento da ação ou atividade, ou seja, visa-se a impedir a continuação do agir³¹. No entanto, o fato de a ação já ter começado não retira da tutela inibitória a sua natureza de preventividade, uma vez que há a possibilidade de haver a prática de conduta ilícita no futuro. A tutela inibitória se dirige, nesse caso, contra o perigo de continuação do ilícito³².

Por fim, com base no conceito de tutela inibitória acima definido e nos conceitos de direito material já desenvolvidos, é possível visualizar três pressupostos da tutela inibitória, como bem aponta Frignani³³: um positivo, qual seja, o perigo de prejuízo futuro, e dois negativos, quais sejam, a prescindibilidade da prova do dano e da culpa.

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

Quanto à prescindibilidade do dano e da culpa, destinando-se a tutela inibitória à prevenção do ilícito, não há necessidade de prova do dano³⁴

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

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

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

33 FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, p. 3.

34 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58 e ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 110.

nem da culpa. Isso porque o ato ilícito prescinde, para a sua configuração, do dano e da culpa³⁵.

No mais, é possível explicar a prescindibilidade da prova da culpa na tutela inibitória em razão da sua função. Como bem ressalta Rapisarda³⁶, a tutela inibitória é responsável por manter o *status quo* e garantir a atuação do direito a ser violado, prescindindo, portanto, da valoração do comportamento do autor da futura violação ao direito.

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

Questão de extrema importância na tutela inibitória é a prova da ameaça. Como bem ressalta Arenhart³⁷, essa é uma das dificuldades da tutela inibitória, uma vez que é, muitas vezes, subjetiva, fundada em dados internos à pessoa. Ainda, a ameaça de lesão, ao contrário do que ocorre com o dano, não deixa vestígios.

No mais, não se pode ignorar que a ameaça de lesão é um fato futuro, não sendo possível exigir prova de algo que ainda não aconteceu, principalmente quando a tutela inibitória não é fundada na continuação ou na repetição do ilícito³⁸.

Isso porque quando se trata de uma tutela inibitória fundada na continuação ou repetição do ilícito, há prova do ato ilícito anteriormente praticado, facilitando a demonstração da ameaça³⁹. No entanto, nos casos em que não houve ainda a prática anterior de qualquer ato,

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.

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

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

38 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 228.

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

é preciso demonstrar que o ato que se pretende praticar é vedado pela norma legal.

Para que se possa caracterizar a ameaça, devem ser considerados aspectos objetivos da situação fática levada a conhecimento do juiz. Não basta o mero receio ou temor subjetivo. É necessário que o receio esteja embasado na existência de fatos exteriores, que o perigo de futura violação do direito seja sério⁴⁰, permitindo ao juiz concluir que provavelmente será praticada a violação ao direito.

A ausência de vestígios e de critérios mais claros e precisos para a verificação da ameaça dificulta a análise desse requisito. Em razão disso, alguns autores propõem critérios para se aferir, na prática, o preenchimento desse requisito.

Nesse sentido, Marinoni⁴¹ entende que a prova na tutela inibitória deverá ser indiciária, ou seja, baseada em indícios. Basta ao autor da demanda alegar que se teme um provável ato ilícito, não havendo o ônus de alegar os fatos que indicam que provavelmente será praticado o ilícito, embora seja aconselhável que assim o faça⁴². Conforme o autor, o fato que se pretende demonstrar por meio da prova indiciária deverá ser um fato pertinente em relação ao ato temido. Com base no indício, o juiz, destinatário da prova, fará um raciocínio presuntivo, chegando a uma conclusão (presunção).

Papp⁴³, por sua vez, entende que se poderia aplicar a esse conceito, por analogia, a forma de demonstração da ameaça para a concessão de tutelas preventivas, tais como o mandado de segurança e o interdito proibitório. Dessa forma, o pressuposto da ameaça estaria preenchido

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

41 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 58 e ss.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 60.

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

caso se demonstrasse que o temor da conduta ilícita a ser praticada fosse real (com base em atos e fatos, e não em meras suposições) e atual (justificada no momento em que pleiteia a concessão da tutela jurisdicional inibitória), sendo que essa demonstração deve ser suficiente para convencer o juiz da ameaça de ilícito, não devendo ser exigida demonstração certa e irrefutável de que a conduta de fato ocorrerá, sob pena de se exigir prova impossível⁴⁴.

Arenhart⁴⁵ também propõe critérios semelhantes. Para o autor, a fim de se demonstrar a ameaça, da mesma forma que ocorre no mandado de segurança coletivo e no interdito proibitório, deve-se exigir a demonstração objetiva e concreta da existência de justo receio, apta a comprovar o temor sentido pelo autor. Exige-se da parte autora a indicação de dados concretos, específicos e objetivos, capazes de tornar plausível sua suposição de futura lesão.

Em se tratando de prova da ameaça quando a tutela inibitória não se funda na continuação ou repetição do ilícito, propõe Arenhart⁴⁶ a adoção de quatro critérios: (I) análise da vida pretérita do autor e do réu da demanda; (II) circunstâncias específicas das alegações das partes; (III) circunstâncias impostas pelo direito especificamente protegido; e (IV) presunções eventualmente incidentes sobre o caso. Nesse sentido, ainda, no campo do direito ambiental, o próprio princípio da precaução impõe a presunção da ocorrência do ilícito em prol do meio ambiente, uma vez que, mesmo sem a comprovação científica dos perigos de ilícito e de dano, devem ser tomadas medidas necessárias para afastar a ameaça ao meio ambiente⁴⁷.

44 PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3993, nov/dez. 2004. Nesse sentido, também, ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 272.

45 ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 254 e ss.

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

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

No mais, em razão da aplicação do princípio da precaução, há inversão do ônus da prova. Isso porque a incerteza decorre dos limites do conhecimento específico, motivo pelo qual a demonstração de que não há risco cabe a quem deseja operar a mudança. A inversão do ônus da prova se realiza, pois transfere para o empreendedor a responsabilidade de demonstrar que a sua atividade ou produto não vão gerar danos ou que estes podem ser impedidos ou mitigados⁴⁸.

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

A fim de se estabelecer critérios de como se dará a prova na tutela inibitória, pode-se utilizar a técnica do sistema da *common law* aplicável para a concessão de *injunctions*, que se assemelham à tutela inibitória.

No caso das *injunctions*, o sistema norte-americano exige a presença da *reasonable probability*⁴⁹. Esclarece Arenhart⁵⁰ que esse conceito depende da aferição direta e específica de elementos concretos capazes de indicar, de maneira palpável, a ameaça da futura lesão. Esse critério, o qual é fluido e de difícil definição, fica a cargo exclusivo do magistrado responsável pela solução da causa, o qual deverá se valer da noção de proporcionalidade⁵¹ para a aferição da existência da *reasonable proba-*

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

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

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

51 A título de esclarecimento, cumpre definir, para melhor compreensão do tema, o significado dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A razoabilidade traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, consiste em

bility. A ponderação dos interesses postos em litígio representa um dos critérios a serem apreciados pelo juiz quando da análise se há provas suficientes para a demonstração do justo receio. Nesse sentido, Arenhart⁵² esclarece que, no sistema norte-americano, quanto mais relevante for o interesse a ser tutelado, mais flexível será o padrão de prova que se deve buscar para obter o convencimento do juiz.

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

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

Independentemente do critério a ser adotado, deverão ser aplicados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quando da concessão da tutela inibitória. Isso porque, conforme já salientado, a tutela inibitória é uma medida preventiva, atuando antes de eventual conduta a ser praticada pelo réu. Em razão disso, deve-se conceder a tutela inibitória com cautela, evitando-se prejuízos ao réu. A aplicação

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

52 ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 257.

dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por viabilizarem o sopesamento dos interesses envolvidos, deverão nortear a atuação do juiz na avaliação das provas trazidas ao seu conhecimento, inclusive quando se tratar somente de indícios, bem como na concessão ou não da tutela inibitória requerida pelo autor.

Definidas as principais características da tutela inibitória, é preciso fazer algumas distinções importantes em relação às outras formas de tutela jurisdicional.

2.3. A tutela inibitória e outras formas de tutelas jurisdicionais

Conforme já dito anteriormente, a tutela inibitória difere da tutela reparatória. A tutela inibitória consiste em uma espécie de tutela preventiva, objetivando garantir a integridade do direito, não implicando punição a quem pode praticar o ilícito, mas tão somente impedimento de que o ilícito seja praticado⁵³. A tutela reparatória, por sua vez, se volta para o passado, não tendo o condão de impedir a ocorrência do ilícito, mas sim repará-lo – seja na forma específica, retornando ao *status quo ante*, seja por meio de compensação pecuniária (ressarcitória).

A tutela reparatória poderá ser específica ou ressarcitória. A tutela é específica quando se objetiva obter a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional e o cumprimento da obrigação, caso não tenha ocorrido lesão ao direito material. A tutela ressarcitória⁵⁴, por sua vez, consiste em propiciar dinheiro em lugar do bem ou da situação subtraída do demandante.

Cumprе ressaltar a importante observação de Bellelli⁵⁵ na diferenciação entre tutela reparatória, na sua forma específica, e tutela inibitória. Conforme esclarece a autora, diferenciam-se ambas as formas de tutela

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

54 Terminologia utilizada por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 171.

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

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

No campo da tutela reparatória, é preciso ainda diferenciar a tutela inibitória da tutela que visa à condenação para o futuro, prevista no artigo 323 do Código de Processo Civil.

A condenação para o futuro visa a criar um título executivo antecipadamente, antes da violação ao direito. No momento em que se pede a condenação para o futuro, a violação ainda não ocorreu⁵⁶. A condenação para o futuro consiste, pois, em tutela certa sobre determinado direito, cuja exigibilidade coercitiva depende da verificação de evento futuro⁵⁷.

No entanto, como bem ressalta Sartorio⁵⁸, o caráter preventivo da condenação para o futuro consiste unicamente em constituir preventivamente o título executivo, antes da ocorrência do inadimplemento. Não há qualquer caráter de inibição da ocorrência do ilícito, do contrário, até o admite.

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

Conforme definição de Dinamarco⁵⁹, a tutela cautelar consiste em medida destinada a proteger o processo em sua eficácia ou na qualidade de seu produto final. Trata-se de medida de apoio ao processo para que ele possa produzir resultados úteis e justos, por meio de providências de natureza

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

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

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

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

assecuratória⁶⁰. A função da tutela cautelar é, portanto, neutralizar os possíveis danos que possam decorrer da duração do processo de cognição plena.

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

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

Feitas essas distinções, é preciso verificar como se poderá efetivar a tutela inibitória no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Efetivação da tutela inibitória

3.1. Multa

A principal forma de atuação da tutela inibitória é a imposição de multa, com natureza coercitiva, visando a atuar sobre a vontade do demandado, para convencê-lo a cumprir a obrigação ou deixar de praticar determinado ato⁶¹.

A multa consiste em medida de coerção, uma vez que tem por finalidade pressionar psicologicamente o demandado, podendo ser utilizada tanto nas obrigações de fazer e não fazer fungíveis ou infungíveis⁶².

60 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 118.

61 TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 285; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 287; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 202.

62 SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 126.

Em relação à aplicação da multa, discute-se se seria possível sua aplicação nas obrigações fungíveis, uma vez que, conforme já ressaltado anteriormente, é característica desse tipo de obrigação a possibilidade de ser realizada por terceiros.

Embora a multa tenha sua principal aplicação nos casos de obrigações infungíveis, sua cominação também é possível no caso de obrigações fungíveis. Isso porque a possibilidade prevista na lei de aplicação de meios de sub-rogação não impede que se busque o cumprimento pelo próprio réu, mesmo porque há situações em que a busca pelo resultado prático equivalente, apesar de ser possível, é extremamente onerosa⁶³. Ainda, como bem observa Guerra⁶⁴, a legislação não faz qualquer referência quanto à infungibilidade da obrigação, a fim de estabelecer a multa diária, não havendo, dessa forma, qualquer restrição quanto à sua aplicação também nos casos de obrigações fungíveis. Por fim, não se pode esquecer que o processo visa sempre, como forma de garantir a sua maior efetividade, ao cumprimento específico das obrigações, o que torna a adoção da multa, mesmo nos casos de obrigações fungíveis, essencial para se atingir a finalidade do processo.

Os critérios de fixação da multa são de extrema importância. A multa tem natureza coercitiva, consistente em forma de pressão sobre a vontade do réu, a fim de convencê-lo a cumprir a ordem do juiz⁶⁵. Caso a multa não surta os efeitos esperados, converte-se em desvantagem patrimonial. No entanto, como bem observa Mancuso⁶⁶, o valor da multa não poderá ser algo tão exorbitante a ponto de arruinar o demandado, tornando-o insolvente.

Em razão disso, visando ao atingimento da finalidade da multa, é preciso verificar quais são os critérios que deverão nortear o juiz na fixação do seu valor. Nesse sentido, aponta a doutrina que o valor da

63 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 245.

64 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 180.

65 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 218.

66 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 287.

multa deverá ser em quantia suficiente para convencer o réu de que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem judicial⁶⁷.

Nesse sentido, pondera Arenhart⁶⁸ que a multa não poderá ser fixada em valor excessivamente pequeno, uma vez que não cumprirá com a sua função coercitiva, já que o réu poderá entender ser mais benéfico arcar com a multa do que cumprir a ordem judicial. Por outro lado, também não pode a multa ser fixada em valor excessivamente alto, pois, neste caso, a multa também não atingirá a sua finalidade, uma vez que o réu, verificando a possibilidade de solver a multa com o seu patrimônio, imaginará que essa multa jamais será exigida, porque é impossível o seu adimplemento.

Em razão disso, assevera Arenhart⁶⁹ que a multa deverá ser fixada em valor adequado e suficiente para estimular o réu a cumprir a ordem judicial proferida. Para tanto, deverá o juiz se basear nas circunstâncias do caso concreto, em especial, na capacidade econômica do réu, de forma a avaliar o impacto patrimonial a ser sentido por ele, caso seja necessária a cobrança do valor. Ainda é preciso atentar para a frustração da função coercitiva da multa em razão de certa particularidade da situação patrimonial da pessoa, como, por exemplo, caso o réu já seja insolvente ou se só tiver bens impenhoráveis, hipóteses em que a multa não exercerá nenhuma função coercitiva.

Em que pese a multa ser um instrumento processual bastante utilizado, conforme será melhor analisado a seguir, há outros instrumentos que podem ser utilizados, com base nos artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

3.2. Outras formas de efetivação

Por fim, cumpre analisar brevemente a possibilidade de imposição de outras medidas de coerção e medidas de sub-rogação.

67 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 219.

68 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 355.

69 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 356-357; Nesse mesmo sentido, SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 181-182.

Como bem observa Spadoni⁷⁰, há casos em que a imposição da multa pecuniária não é suficiente para tutelar adequadamente o bem jurídico, uma vez que a multa nem sempre teria o condão de impedir a ocorrência do ilícito.

Em razão disso, o artigo 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor potencializa a efetividade da tutela inibitória, uma vez que dá poderes ao juiz para determinar outras medidas necessárias que não somente a imposição de multa, a fim de efetivar a proteção do bem jurídico envolvido, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, entre outros⁷¹.

Esse poder concedido ao juiz independe de pedido expresso do autor da demanda ou da instauração de uma nova relação jurídica processual, além de independe, também, da vontade do réu⁷².

Assevera Arenhart⁷³ que tais medidas são admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, tal como prevê o artigo 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor. Ainda, a própria Lei Antitruste (Lei 12.259/2011) prevê a possibilidade de expropriação do poder de administração da empresa, exemplo em que há um caso de sub-rogação.

Pode-se imaginar que semelhantes medidas não possam ser admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da agressividade que apresentam. No entanto, como bem observa Arenhart⁷⁴, a medida sub-rogação, justamente por implicar a dispensa da colaboração do demandado, pode ser o caminho mais efetivo e mais rápido para a tutela dos interesses em juízo. Ainda, poderá a medida ser menos onerosa ao demandado, nos termos dos artigos 829 e 847 do Código de Processo Civil.

70 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 206-207.

71 VIEIRA, Lucas Carlos. A execução da tutela inibitória coletiva: aspectos de sua (in)eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, Oliveira Rocha, n. 95, p. 60, fev. 2011.

72 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 207.

73 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 398.

74 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 397.

O rol constante do artigo 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor, como bem ressalta Talamini⁷⁵, não é exaustivo. No entanto, isso não significa que o juiz possui poder ilimitado, pois deve se atentar para as peculiaridades do caso concreto, aplicando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como não poderá usar a prisão civil como meio coercitivo.

Em análise sobre o tema, cita Salles⁷⁶ duas possibilidades de outras medidas: restritiva de direitos ou imposição de medida executiva mais gravosa. No primeiro caso, considerando que não há autorização legal para restrição de liberdade, poderá o juiz determinar a restrição de direitos não fundamentais, tais como a interdição do estabelecimento ou parte dele, a limitação de funcionamento, fixação de horário para prática de certos atos, entre outros⁷⁷.

Poderá, ainda, haver a imposição de medidas mais gravosas, tais como a realização do ato por terceiros ou a decretação de intervenção judicial, medidas estas de sub-rogação.

Cumprindo ressaltar que é possível uma resposta satisfativa com a imposição de uma única providência pelo juízo. No caso de obrigação de não fazer poderão ser utilizadas medidas como interdição, lacração ou embargo. Nesse sentido, Salles⁷⁸ cita o exemplo de um caso em que há uma atividade poluidora. A imposição pelo juiz da interdição do estabelecimento, por exemplo, pode produzir o resultado prático equivalente.

Por fim, alguns doutrinadores citam como medida possível, no caso de cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, a intervenção judicial, prevista atualmente somente no artigo 96 da Lei 12.529/2011.

75 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 270.

76 SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 289.

77 SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 289-290. Cumprindo ressaltar que essas medidas não são de caráter substitutivo.

78 SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 292.

De acordo com Salles⁷⁹, não haveria óbice para sua aplicação a outras áreas, inclusive na tutela coletiva, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro já tem previsão expressa desse mecanismo.

No mesmo sentido, Guerra⁸⁰ afirma que o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, pelo regime do Código de Processo Civil, conferiu ao juiz amplos poderes, no sentido de determinar qualquer medida que entender adequada para o atingimento do resultado prático equivalente.

Dessa forma, considerando que a Lei 12.529/2011 disciplinou a intervenção judicial, entende o autor que não haveria qualquer impedimento para que esse mecanismo fosse aplicado também em outras áreas, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor é mais amplo e abrangente, dando permissão ao juiz para adotar a medida que entender mais adequada ao caso concreto⁸¹.

Da análise dos posicionamentos acima expostos, de fato, não se vislumbra qualquer óbice para a aplicação da intervenção judicial no caso da tutela inibitória coletiva. Tal medida está em consonância com a tendência do direito processual brasileiro, que é a de dar maior efetividade ao cumprimento das decisões judiciais. Assim, desde que respeitados parâmetros mínimos, tais como as garantias constitucionais do processo e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, deverá também esta medida ser aplicada na efetivação da tutela inibitória, cuja adequação deverá ser feita casuisticamente pelo juiz.

De todo o exposto, verifica-se que foram conferidos aos juízes amplos poderes na determinação das medidas adequadas para a efetivação da tutela coletiva, entre elas a tutela inibitória, podendo ser aplicadas quaisquer medidas neste sentido, inclusive a intervenção judicial,

79 SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 293. Neste mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 277.

80 GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124.

81 GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 125.

desde que respeitados as garantias constitucionais do processo e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

4. Conclusão

O estudo das novas tendências da responsabilidade civil, as quais têm incluído neste conceito a prevenção de danos, demonstrou ser o alicerce de direito material para justificar a necessidade de se repensar a tutela jurisdicional porque o processo é instrumento do direito material e, como tal, deverá ser pensado não como um fim em si mesmo, mas à luz do direito material. Havendo um direito material que contém algumas peculiaridades, deverá haver uma tutela jurisdicional adequada para proteger esse direito.

Dessa forma, verifica-se que as novas tendências da responsabilidade civil têm grande influência na tutela inibitória no Brasil porque a tutela inibitória se destina a impedir a ocorrência, a continuidade ou a repetição do ilícito, motivo pelo qual é instrumento adequado para proteger direitos os quais, em razão das suas peculiaridades, necessitam de uma atuação preventiva e não reparatória.

Em relação à efetivação da tutela inibitória coletiva, há possibilidade de aplicação de multa e de outros instrumentos nos termos dos artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, estando os juízes munidos de amparo legal para que haja o efetivo cumprimento das ordens judiciais. No entanto, o fato de haver a previsão legal não necessariamente implica quais instrumentos serão utilizados, uma vez que ainda há certa restrição quanto à aplicação de outros instrumentos de efetivação que não a multa.

De todo o exposto, conclui-se que o reconhecimento e aplicação da tutela inibitória coletiva representa, sem dúvida, um avanço, a qual ainda necessita de aprimoramentos doutrinários e, principalmente, da sua aplicação pela jurisprudência pátria.

Referências bibliográficas

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

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O contempt of court no direito brasileiro*. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: ano 52, n. 318, p. 7-23, abr. 2004.

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

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 607-624, lug/ago. 2004.

BIANCA, C. Massimo. L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito. In: BELLELLI, Alessandra (a cura di). *Azione inibitoria e interessi tutelati*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 13-27.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. (Vol. 4).

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Vol. 1).

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1942. (Vol. 1).

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. 441 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (Tomos I e II).

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. (Vols. I, II e III).

_____. *Instrumentalidade do processo*. 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, p. 1-6.

_____. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni fuori dal coro di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova; v.52, n.4, p. 999-1026, ott/dic. 1997.

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

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1. ed, segunda tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. Tutela jurídica e proteção ao ambiente. *Jurisprudência brasileira: cível e comércio*. Curitiba: Juruá Editora, . 174, p. 67-70, 1995.

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

MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. *O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente*. 211 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3973-3999, nov/dez. 2004.

PEREIRA, Luiz César da Silva. Tutela jurisdicional preventiva do meio ambiente: considerações acerca da tutela inibitória. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*. Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 2, n. 3, p. 133-167, jan/jun. 2009.

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

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

RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, p. 1-18.

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

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

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

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

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

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

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

VIEIRA, Lucas Carlos. A execução da tutela inibitória coletiva: aspectos de sua (in)eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 95, p. 52-75, fev. 2011.

Advogados da criança têm 172 casos em 70 dias

Em São Paulo, um novo serviço judicial de atendimento ao menor encaminha denúncias de torturas, maus-tratos e omissões

Do Reportagem Local

O Serviço de Advocacia da Criança (SAC) tem apenas 70 dias e já dá encaminhamento jurídico a 172 casos de menores violentados, torturados e usados por seus pais, amigos ou desconhecidos. Só é pouco se imaginar-se que há seis milhões de menores na Grande São Paulo. Até agora, segundo a advogada Mary Livingston, uma das diretoras do SAC, eles ficaram "no Deus dará", distantes do Juizado de Menores e com medo de se apresentarem à polícia.

O serviço é o primeiro do gênero na América Latina, e ainda está provisoriamente instalado na sobreloja do prédio da Secretaria de Defesa do Consumidor (Procon), na rua Libero Baduró, 119, no centro da cidade. Lá, numa sala de 25 metros quadrados, plantonistas se revezam no atendimento ao telefone 238-0411 durante 24 horas, incluindo domingos e feriados. Atende-se qualquer queixa de agressão a crianças, como espancamento, violência sexual, prática de atos lascivos, cárcere privado ou omissão de atendimento.

"É horrroso o que chegam a fazer com as crianças", diz o presidente da seccão paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Antônio Carlos Mariz de Oliveira, 42. A iniciativa em criar o serviço foi da Secretaria Estadual do Menor e da OAB, unidas em convênio para prestar assistência jurídica aos agredidos que ainda não tenham completado 18 anos.

Ao todo, 30 advogados conveniados da OAB atuam no SAC, para onde também foram remanejados 12 procuradores de Justiça do Estado e representantes das secretarias da Justiça e do Menor. O serviço ainda está precariamente instalado: não há sequer um carro para atender os chamados que exigem deslocamento de pessoal.

Denúncias

São 86 os processos abertos pelo órgão para apurar maus-tratos a 172 crianças das mais diversas camadas sociais. "As denúncias, mesmo sem divulgação, chegam diariamente dos hospitais da cidade", diz Mary Livingston, 46.



Maria de Lurdes, Leila Buazar, Norma Kyriakos, Mary Livingston e Ediva Marino, advogadas do Serviço de Advocacia da Criança, em frente à Secretaria da Justiça

Ontem, Mary se reuniu pela manhã com as procuradoras Ediva Aparecida Pellin Marino, Maria de Lourdes Lago Vieira, Norma Kyriakos e Leila Buazar, outras integrantes do SAC. Numa sala da Secretaria da Justiça, elas disseram que "pode parecer um absurdo, mas a palavra do menor não vale nada na Justiça". Para Norma, 48, esse é um dos

principais mecanismos de absolvição de adultos que seduzem e praticam atos lascivos com crianças, um dos crimes de maior incidência praticado contra menores.

De acordo com Ediva, 42, os atos lascivos são entre as mais graves violências praticadas por pais, padrastos ou conhecidos da família da

criança. Dos casos recolhidos pelo serviço, ela citou o de uma menina de 12 anos que teve recentemente um filho de seu padrasto, com quem mantinha relações sexuais desde os 8 anos. Ainda hoje, moram todos na mesma casa.

Outra menor, desde os 4 anos de idade, mantém intimidades sexuais com o pai legítimo, embora ainda

seja virgem. Afastada da mãe, a criança não conhece até agora, aos 8 anos, outra forma de se relacionar com o pai. A denúncia chegou a um juiz, mas não houve prova alguma contra o pai. Ele continua com o direito de guarda sobre a menina.

Outro processo arquivado, onde os advogados não conseguiram agir, é o de um menino que se submetia aos

desejos sexuais do pai. A denúncia também chegou ao Judiciário, mas a incidência de provas levou o pai a ser absolvido. A avó do menino — testemunha do caso — depõe a favor do filho, enquanto que as queixas formais do neto, de 8 anos, não tiveram eco judicial.

Violência

Em outro caso, o de uma garota de 11 anos de idade, recentemente internada num hospital da cidade, descobriu-se que a criança portava cinco diferentes doenças venéreas e que seu irmão a havia "dado de presente" a um amigo. A interação se deu por violação anal. Hoje, ela está numa instituição do Estado, com seu irmão menor, de 8 anos, que se propunha para comprar e cheirar cola de sapateiro. O irmão mais velho e a mãe estão desaparecidos.

Segundo Maria de Lourdes, 30, a maior parte dos casos registrados pelo Serviço de Advocacia da Criança são de famílias com baixo poder aquisitivo. "Isso porque as denúncias, por enquanto, chegam através de funcionários de hospitais que sabem da nossa existência. Nas classes altas essas agressões ocorrem até com maior incidência, mas ficam restritas a quatro paróquias, principalmente nas famílias de grande poder econômico", diz.

"Cruzada"

A partir da constatação do caso, o SAC tenta levantar provas e ingressar na Justiça contra o agressor do menor. Passa a acompanhar o caso judicialmente e dar assistência social e psicológica à criança, removendo-a para a casa de um parente que queira ser seu tutor legal. Não encontrando novo lar, a criança é levada para uma instituição do Estado, como a Casa Renascer ou a Casa Abrigo, onde as vagas disponíveis são poucas.

"Precisamos de uma cruzada nacional contra essas agressões", diz Mary. Segundo ela, esse é "um trabalho de formiguinha que, se não for iniciado, só tende a piorar o que já existe". Num primeiro momento, como é de agora, ela se contenta em garantir "o mínimo do direito de cidadania" aos menores agredidos.

(Carlos Alberto Zanotti)

Leila Buazar (*in memoriam*)
acompanhada das colegas Maria de Lurdes,
Ediva Aparecida Pellin Marino,
Norma Jorge Kyriakos e Mary Livingston.

editoração e impressão

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Leila Buazar

