



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PAULA SALEH ARBS

**A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO INIBITÓRIA
NA TUTELA DOS DIREITOS**

*Dissertação de Mestrado na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas
/Menção em Direito Processual Civil,
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra
Orientadora: Maria José Oliveira Capelo Pinto
de Resende*

Julho 2015

Agradecimento

À minha família querida, pelo incondicional e incansável apoio para a realização de um sonho antigo meu. Em especial e com muito carinho, a minha mãe Rosa, minha tia Andiará, meu irmão André e a minha cunhada Bruna. Amo muito vocês.

Ao meu pai (*in memoriam*), que onde quer que esteja, nunca deixou de me amar, nem de confiar em mim. Essa vitória é nossa!

Ao meu amor, Jorge, por todo o companheirismo, paciência e incentivo neste árduo percurso.

À minha querida orientadora, Professora Doutora Maria José Capelo, que ao longo desta jornada se mostrou amiga e grande entusiasta com a pesquisa. Agradeço profundamente pelo tempo e atenção dispensados. Foi uma imensa honra ter sido sua orientanda.

Ao Professor Doutor Aldo Frignani, que gentilmente me recebeu na *Università Degli Studi di Torino*, na Itália. Disponibilizando uma grande variedade de material, sem o qual este trabalho não poderia ser feito.

A todos os amigos, que mesmo de longe, foram uma presença constante e incansável ao longo desse percurso; em especial aos queridos Isabela Ferrari e Erik Navarro.

Uma palavra final de agradecimento é devida à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e a todos os seus docentes e funcionários pela carinhosa recepção e pelos doutos conhecimentos compartilhados que me permitiram concluir com louvor mais essa etapa.

Resumo

Demonstramos ao longo deste trabalho a importância do uso da tutela preventiva, em especial a Ação Inibitória, com previsão legal em ambos os ordenamentos jurídicos, brasileiro e português. No entanto, tão pouco utilizada e estudada por ambos.

A tutela inibitória visa a prevenir o ilícito, impedindo a prática, a continuação ou a sua repetição, culminando por apresentar-se assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória. É sim uma tutela voltada para o futuro.

Embora as similaridades da tutela inibitória em ambos os ordenamentos, temos que no direito português sua natureza é de ação coletiva. Sendo utilizado na maioria das vezes na esfera consumerista para confrontar cláusulas abusivas em contratos de adesão, enquanto no direito brasileiro é utilizada em diversas matérias.

Por fim, teceremos comentários em relação à multa, como principal forma de coerção à executividade desta tutela.

Palavras-chave: processo civil, tutela preventiva, tutela efetiva dos direitos, ação inibitória, tutela contra o ilícito, multa.

Abstract

We have demonstrated throughout this paper the importance of the use of preventive protection, in particular the Injunction, with legal provision in both Brazilian and Portuguese systems. However, so little used and studied by both.

The inhibitory guardianship aims to prevent illicit, preventing the practice and the continuation or repetition, culminating to introduce itself in that way, as a protection to its previous practice and not as a dedicated ward for the past, as is the case with traditional “tutela ressarcitória”. It is therefore a guardianship turned to the future.

Although the similarities of the inhibitory guardianship in both systems, in Portuguese law its nature is collective action, and is used most often in the consumerist ball to confront unfair terms in adhesion contracts. Already the Brazilian law, this type of protection is used in various fields.

Keywords: Civil procedure - Preventive Control - Effective Guardianship of Rights – Inhibitory Guardianship - Tutela against illicit - Mulct

Abreviaturas e siglas

Ac. – Acórdão

AG. – Agravo

Art. – Artigo

BR. – Brasil

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil

Cf. – Conforme

Coord. – Coordenação

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

Dec.-Lei /DL– Decreto-Lei

DJU – Diário de Justiça da União

Ed. – Edição

Min. – Ministro

N. – Número

Op. Cit – Obra Citada

p. – Página

PT – Portugal

Resp. – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

Rev. Ampl. – Revisada e Ampliada

RePro – Revista de Processo

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RT – Revista dos Tribunais

RJ – Rio de Janeiro

SS – Seguintes

SC – Santa Catarina

RS – Rio Grande do Sul

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

T. – Tomo

Vol. – Volume

Índice

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I.....	13
1.0 EFEITO DOS FATORES “TEMPO” E “EFETIVIDADE” NO PROCESSO	13
1.1 Do Sentido da Tutela Jurisdicional Preventiva	15
1.2 As Formas Básicas de Tutela Jurisdicional Preventiva.....	22
1.2.1 Da tutela Cautelar	22
1.2.2 Da Tutela Antecipatória.....	30
1.2.2.1 Requisitos para a Antecipação da Tutela nos Processos Preventivos.....	31
1.3 Da Tutela Inibitória	33
1.3.1 Dos pressupostos da tutela inibitória.....	35
1.3.2 Elementos que compõem a ação inibitória.....	38
1.3.3 Os Limites da Aplicação da Tutela Inibitória	42
1.4 O Dano e o ilícito	43
1.5 Tutela Inibitória Típica e Tutela Inibitória Atípica	50
1.6 O pedido na tutela inibitória. Cumulação de Pedidos	53
CAPÍTULO II	57
2. A TUTELA INIBITÓRIA E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	57
2.1 É Necessário que Preventivamente se Limitem as Cláusulas Contratuais a Fim de Evitar o Ilícito?.....	57
2.2 Das Cláusulas Gerais do Contrato.....	67
CAPÍTULO III.....	72
3. DA SENTENÇA	72
3.1 A Natureza da Sentença Inibitória.....	72
3.2 A Coisa Julgada na Sentença Inibitória.....	79
3.3 A Execução da Tutela Inibitória: A Questão da Fungibilidade da Obrigação	81
3.3.1 Tutela Inibitória e Multa	86
3.3.2 Da Natureza Jurídica da Multa e Aspectos Relevantes.....	90

3.4 Critérios da Atividade Executiva.....	89
CONCLUSÕES.....	92
BIBLIOGRAFIA	95

Introdução

O tema que nos propusemos estudar é de extrema relevância para o direito contemporâneo. A presente dissertação tem por objeto o estudo do instituto legal da Tutela inibitória, que tem como principal função a prevenção da ilicitude.

Ao se tratar de tutela jurisdicional, logo verificamos ser esta uma atividade judicial levada a efeito quando a violação do direito já está concretizada, ou seja, *a posteriori* da violação.

A atuação do Estado-juiz antes da ocorrência do evento lesivo, adotando medidas que impeçam a sua concretização ou a sua continuação, se não absolutamente relevada, quase sempre é pensada e tratada apenas em termos de “tutela cautelar” e de “tutela antecipatória”.

Estas espécies de tutela jurisdicional preventiva têm por fim imediato garantir a eficácia da atividade judicial a ser prestada ulteriormente e não a tutela direta do direito material invocado pela parte, conforme veremos ao longo deste estudo.

Como antecedente histórico de justiça preventiva no direito luso-brasileiro apontamos a disposição das Ordenações Filipinas (L. III, t. LXXVIII, §5º)¹, a propósito do interdito proibitório, regra que já figurava nas ordenações Afonsinas (L. III, t. LXXX, §§ 4º - 6º)² e nas ordenações Manuelinas (L.III, t. LXII, §5º)³.

¹ Redação original: §5º “Enquanto ao terceiro caso dos autos extrajudiciaes, que não são começados, mas comminatorios, dizemos que a parte, que se teme, ou receia ser agravada per a outra parte, pôde recorrer aos Juizes da terra, implorando seu Officio, que o provejam, como lhe não seja feito agravo (5). E poderá ainda fora do Juízo appellar de tal cominação, pondo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando de sua parte àquelle, de que se teme ser aggravado, que tal agravo lhe não faça. E se depois do dito requerimento e protestaçoão assi feita, for alguma novidade commettida ou alientada, mandará o juiz (se for requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro stado. E em tal protestaçoão será inserta e declarada a causa verissimil e razoada, por que assi protestou: pôde-se pôr exemplo: se algum se temer de outro, que o queira offender na pessoa, ou lhe queira sem razão occupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao Juiz que segure á elle as suas cousas do outro, que quizer offender, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se depois della elle receber offensa daquelle, de que foi seguro, restituil-o-há o Juiz, e tornará tudo o que foi commetido e attentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menuprezou se umandado, como achar per Direito (1)”.

² Redação original: §4º “Há hy autos extrajudiciaes, que não fazem fim das demandas, e eftes Fe partem em três maneiras; por que há hy huus, que fam começados, e acabados; outros, que não fão começados, mas fõmente fam cominatorios. No primeiro cafo nom achamos que per Direito poffam apelas delles; pero introduferam hy os Direitos outros remédios de provimeno, a que chamaõ Interditos recuperatorios, por os quaees fabuda a verdade fumariamente, todos autos feitos, e atentados fam tornados, e reftituídos ao primeiro eftado. Affy que Fe huum esbulhaffé o outro de alguuma coufa, que elle peffuiffe pacificamente, em tal cafo nom fe acha per Direito que de tal auto poffam apelar, mas He dado outro remédio, que per Direito He chamado Interdito, per o qual provando elle como foi injuftamente esbulhado, deve loguo fer reftituído á poffe da coufa fem outro embargo, nem fendo o que esbulhou relevado da dita reftituiçam, ainda que digua que a coufa esbulhada he fuá, e tem em ella propriedade, ou qualquer outro direito”; §5ºNo segundo cafo,

Percebemos que a ideia de atuar preventivamente a justiça encontra-se em textos muito antigos (como nas Ordenações), mas poucos tiveram a sensibilidade necessária de desenvolver o seu tema e trazê-lo ao debate, conforme pretendemos fazer.

Assim, diante da ocorrência de um ato ilícito que tenha causado prejuízos, não há dúvidas que se possa manejar uma ação para fazer cessar o ato, desfazer o ilícito ou o dano e, ainda, ressarcir os prejuízos dele advindos.

Conforme explanado, diante da concretude de um prejuízo causado por um ato ilícito, o ordenamento jurídico prevê um leque imenso de possibilidades para se fazer voltar à normalidade jurídica, ações de obrigação de fazer (*de facere*), de dar (*de dare*), de não fazer (*de non facere*), entre outras.

Entretanto, se estivermos diante de um ato ilícito que ainda não ocorreu, ou seja, que ainda não se concretizou no mundo jurídico, mas que tenha possibilidade real de vir a ser perpetrado, pergunta-se: pode-se reclamar a prestação jurisdicional do Estado a fim de impedir a realização de um ato ilícito futuro?

No que tange ao mecanismo de tutela inibitória, iremos analisar os seus pressupostos, a legitimidade ativa e passiva, a causa de pedir, a natureza jurídica, entre outros. Iremos, também, traçar as suas notas diferenciadoras em relação aos demais institutos acima mencionados e analisaremos, ainda, essa ação sob a ótica da tutela coletiva, em especial do direito do consumidor, ao tratarmos dos contratos de adesão e das cláusulas abusivas do direito. Por fim, debruçar-nos-emos sobre a sentença na ação inibitória e a sua executividade, verificando a importância da multa, como principal meio de coerção para o cumprimento desta medida.

honde tratamos dos autos começados, e não acabados, he achado em Direito huum foo cafo, em o qual, ainda que não poffam apelar, podem denunciar, fegundo ufança de cada huum Lugar: a qual denunciaçam há tam grande effeito e vigor como apelaçam. A faber, quando alguém edefica novamente alguuma obra, que a Mim he prejudicial, embargando-me a vifta das minhas Cazas, ou alguua outra minha fervido em, que me feja devida, eu por mim poffo denunciar ao dito edeficante, lançando certas pedras na Obra fegundo Direito, e ufança da terra, que mais nam faça naquella obra, pois a mim he prejudicial. E Fe depois que a dita denunciaçam affy for feita, for mais edificado na dita Obra, fendo o Juiz da terra requerido pera ello, mandará desfazer todo aquello, que affy mais for edificado, fem tomar outro conhecimento, Fe foi bem edificado, e depois que todo for tornado ao primeiro eftado, entam tomará o dito Juiz conhecimento, e fará direito aas partes”; §6º “No terceiro cafo, honde tratamos dos autos nom começados, mais cominatórios, Dizemos que a parte, que Fe teme ou recea fer aggravada, Fe pode focorrer aos Juizes da terra, improrando feu Officio, per que mandem prover como lhe nom feja feito tal agravo”.

³ Redação original: “E quanto ao terceiro cafo dos autos extrajudiciais, que nom fam começados, mas cominatórios, Dizemos, que a parte que Fe teme ou recea feer agravada per a outra parte, fe pode focorrer aos Juizes da Terra, implorando feu Officio, que o pronejavam como lhe nim feja feito agravo”.

Sendo almejada a celeridade e a economia processual, a sua tramitação e os seus efeitos são rápidos e eficazes, fazendo com que ocorra a coibição de um dano ou até mesmo um ato irreparável ao autor.

Buscamos, deste modo, compreender a essência dessa tutela na sua fonte, qual seja, o direito italiano, sendo a tutela de prevenção do ilícito denominada de inibitória, cuja matéria foi difundida pelo Professor Aldo Frignani⁴ em 1974, pioneiro no assunto. Afirma este Autor que a tutela inibitória teria por fim impedir a prática, continuação ou mesmo a repetição de uma conduta ilícita⁵.

O sistema brasileiro, com o ainda vigente Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73) com a redação dada pela Lei 8.952/1994, conforme verificaremos, foi alvo de uma interpretação doutrinária do artigo 461⁶, segundo o qual estava consagrado o teor da tutela inibitória, seguindo na íntegra a redação que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), em seu artigo 84⁷, já atribuía. Não obstante, o Novo Códex processual (Lei. 13.105/15) sancionado, que já foi promulgado e publicado em 16 de março de 2015, mas que se encontra ainda em período de *vacatio legis*, positivou a norma de forma expressa em seu artigo 497, parágrafo único⁸, evidenciando, deste modo, uma comprovada importância desse Instituto.

Por sua vez, apesar de o advento do Novo Código de Processo Civil Português em 2013 (Lei n. 41/2013), a tutela inibitória não foi expressamente prevista.

Embora encontremos a sua fundamentação nos artigos 2º, n. 2, que trata da garantia de acesso aos tribunais e o artigo 362º, ao tratar da tutela cautelar. verificaremos

⁴ FRIGNANI, Aldo. *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè Editore, Volume XXI, p. 360.

⁵ Frignani divide a tutela inibitória em final e provisória. A tutela inibitória final seria aquela em que o comando do juiz, que tem lugar após o accertamento dos direitos e dos deveres das partes, tem como conteúdo uma obrigação de pôr imediatamente fim a uma atividade ilícita ou de não mais agir. A tutela inibitória provisória consistiria numa ordem de fazer cessar imediatamente uma determinada atividade ou comportamento, emanada por um juiz depois do exame sumário dos fatos e destinada a durar até o momento final em que a sentença de mérito torna-se executiva. Cf. FRIGNANI, Aldo. *Enciclopedia del Diritto...*, cit., p. 562.

⁶ Artigo 461, do CPC/BR: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá, a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

⁷ Artigo 84, do CDC/BR: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá, a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

⁸ Artigo 497, parágrafo único, do Novo CPC/BR: “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência do dano ou da existência de culpa ou dolo”.

que tem-se aqui a base legal para que possamos começar a falar do instituto da tutela inibitória.

Revela-se, ainda, imperioso destacar que a pesquisa bibliográfica aponta para a literatura jurídica italiana, brasileira e portuguesa, sendo que, no último caso, verificou-se uma demasiada escassez de produção acadêmica.

Capítulo I

1. O Efeito dos Fatores “Tempo” e “Efetividade” no processo

O fator “tempo” exerce um efeito relevante na vida das pessoas, sendo também, por isso, objeto constante de estudo em várias ciências, tendo ele próprio relação direta com a existência e a validade dos atos executados pelo ser humano ao longo de toda a sua vida, sejam eles correspondentes a atos praticados, em prática ou ainda por praticar⁹.

Observa-se que o Direito, a partir de um conjunto normativo, deve, como característica, ser inevitavelmente temporal e atemporal, traduzindo-se na própria necessidade protetiva que a ordem jurídica deva conceder a todo cidadão que dela é destinatário, no momento (temporalidade) ou para o momento (atemporalidade) que se faça necessária a sua atuação.

Essa relação do tempo com o Direito é vista, também, sob um olhar revisionista, sobretudo na analogia que se coloca do tempo com o processo, na medida em que, se posta como um tempo inteiramente ordenado que permite à sociedade regenerar a ordem social e jurídica¹⁰.

Assim, ressalta-se a importância de uma tutela eficiente por parte do Estado, relacionando-se com o direito supostamente violado e que não pode ser realizada de forma precipitada, devendo, antes de tudo, respeitar as garantias mínimas dos litigantes, concedendo ao processo e às partes nele envolvidas, tempo necessário para que se tenha, posteriormente, uma melhor e mais qualificada tutela desse direito. Isso não significa que, para se ter um litígio resolvido de forma justa e eficiente, a duração do processo deva ser longa. Pelo contrário, a duração deve se pautar por critérios de celeridade, mas sem abrir mão do cuidado que deverá ser observado no decurso do processo, homenageando sempre o postulado da segurança jurídica¹¹.

⁹ Na perspectiva filosófica, o tempo é uma categoria abstrata, enquanto que na visão dos pragmáticos do mundo contemporâneo “*time is Money*”. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e...*, cit., p. 26.

¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e...*, cit., p. 29.

A relação do Direito com o tempo apresenta-se demasiado ténue, traduzindo-se na garantia depositada a todo cidadão de obter a tutela no ingresso da demanda ao aparelho estatal judicante, como também na prestação jurisdicional efetiva, com efeitos realizadores no plano externo.

Evidente é que todos têm acesso à justiça¹² para postular uma tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um determinado direito. A previsão constitucional do direito de ação, este que contempla também a ameaça do direito, foi uma importante evolução no sistema jurídico pátrio, permitindo a todos se valerem da tutela jurisdicional por parte do Estado quando se virem vítima de ameaça a um direito, não tendo que esperar a observância de uma lesão concreta e efetiva para recorrerem à sua tutela.

O Direito de ação tem nele inserido uma garantia de realização de uma adequada tutela jurisdicional por parte do Estado.

O princípio do direito de ação há de ser aplicado em sintonia com o exercício inevitável das eminentes garantias constitucionais, nomeadamente, do princípio da celeridade e da razoabilidade da duração do processo.

Deste modo, é firme o entendimento segundo o qual o processo: “(...) mais do que um meio estatal para a tentativa de realização prática do justo, é ele instrumento social e democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser respeitadas em sintonia com o Estado que se presencia em dado tempo e espaço”¹³.

¹² Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça (acesso à ordem jurídica justa). O acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo ou com a possibilidade de ingresso em juízo. Para que haja um efetivo acesso à justiça é indispensável que um maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos). O acesso à justiça é, pois, a ideia central que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim: (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vista a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo o resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Editora Malheiros. 2004. pp. 33-34.

¹³ JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. *Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento e Recursos*, vol. 1, 3.ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 81.

Neste sentido, o processo, sob a ótica instrumentalista, é teleológico, visto representar um meio para a consolidação de um objetivo específico, mais concretamente, o da satisfação do direito subjetivo molestado.

Todavia, não podemos mais se valer dessa premissa, que se encontra totalmente em desacordo com a realidade da sociedade, visto que a nova ideologia do processo requer juízes ativos, comprometidos com a justiça e atuando preventivamente ao invés de repressivamente ¹⁴.

Demonstraremos a necessidade dos novos rumos processuais, evidenciando o momento adequado à aplicação da Jurisdição, com ênfase em um devido processo legal, substancial, na atuação preventiva.

1.1 Do Sentido da Tutela Jurisdicional Preventiva

Antes de adentrarmos no conceito de tutela inibitória, faz-se necessário contextualizar a discussão e analisar quais os problemas e espécies de conflito que levaram à necessidade do desenvolvimento das tutelas preventivas.

¹⁴ Não podemos deixar de mencionar aqui, sobre o Princípio da Gestão Processual, adotado pelo Novo Código de Processo Civil Português, Lei n. 41/2013, de 26 de junho, ao alegar que, sem o prejuízo do ônus que recai sobre as partes, o juiz tem o dever de dirigir ativamente sobre o processo e de providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e adotando, depois de ouvir as partes, mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável (conforme exposto no artigo 6.º, n. 1). A atribuição ao juiz de poderes de gestão processual, inere-se na tendência para substituir um processo rígido por um processo flexível resultante de uma decisão discricionária do juiz. Nas ordens jurídicas anglo-saxônicas, por exemplo, a gestão processual inclui-se no chamado *case management*. No Brasil, houve uma expectativa muito grande, no Projeto do Novo Código de Processo Civil, PL n. 8046/2010, sancionado este ano pela Presidenta Dilma Rousseff, na Lei n. 13.105/2015, de 16 de março, de que fosse incluído este Princípio da Gestão Processual. Falava-se até em “*Super poderes dos Juizes*”. No entanto, o Novo Código entrará em vigor sem este princípio. O que considero lastimável, já que a gestão processual visa diminuir os custos, o tempo e a complexidade do procedimento. Esta gestão pressupõe um juiz empenhado na relação célere e justa da causa, e traduz-se num aspecto substancial – a condução do processo – e um aspecto instrumental – a adequação formal (cf. art. 547.º). o dever de gestão processual procura ajudar a solucionar a “equação processual”: uma decisão justa do processo com os menores custos, a maior celeridade e a menor complexidade que forem possíveis no caso concreto”. Miguel Teixeira de Sousa, *Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no Novo Código de Processo Civil*, Artigo disponibilizado on line: http://www.academia.edu/5187428/M._TEIXEIRA_DE_SOUSA_Apontamento_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_gest%C3%A3o_processual_no_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil

O Estado, ao estabelecer a jurisdição no quadro das suas instituições¹⁵, visou assegurar a obtenção, na experiência concreta, daqueles preciosos resultados práticos que o direito material preconiza¹⁶, isto é, por meio do exercício da função jurisdicional, o Estado busca fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial, fazendo-se justiça e alcançando-se a paz social¹⁷.

Para que o Estado possa exercer fielmente o seu dever de solucionar os conflitos de interesses, impondo o império da Lei e dando proteção aos direitos envolvidos no litígio, necessariamente precisa conceder a todos, indistintamente, o poder de levar as suas pretensões ao órgão jurisdicional, incluindo as pretensões infundadas, esdrúxulas ou eivadas de má-fé, pois somente dessa maneira poderá ele constatar a quem a lei concede proteção num dado conflito de interesses, para que então possa concedê-la¹⁸.

É garantia constitucional do direito de ação, do direito de acesso à atividade jurisdicional do Estado que, embora ínsita à própria noção de Estado de Direito,¹⁹ é comum estar expressamente prevista pelos textos constitucionais, como por exemplo, no caso do brasileiro, onde no seu art. 5, XXXV, dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”²⁰.

No ordenamento jurídico português, a Constituição da República Portuguesa (CRP), prevê no seu artigo 20 n° 1, que: “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a

¹⁵ Jurisdição é a atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos. Caracterizando-se como a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e de impôr decisões. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é, precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce. É para a consecução dos objetivos da jurisdição e, particularmente, daquele relacionado com a pacificação da justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, Editora Malheiros: São Paulo. 2004. Págs. 23-24.

¹⁶ JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. *Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo...*, cit., p. 131.

¹⁷ Cândido Rangel Dinamarco bem ressalta que a jurisdição também possui um escopo social, nomeadamente, o da pacificação com justiça. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 6.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 160-167.

¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo: Malheiros, 1998. p. 58.

¹⁹ PEREZ, Jesus González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 1989. pp. 22.

²⁰ Teori Albino Zavaski chega a afirmar que o mencionado dispositivo constitucional assegura apenas a tutela preventiva definitiva, ou seja, a tutela inibitória, e não a tutela preventiva provisória, tais como a tutela cautelar e a tutela antecipada. Não concordamos, no entanto, com a opinião deste autor neste ponto, já que o texto constitucional assegura a tutela preventiva, em todas as suas espécies. Cf. Cf. ZAVASKI, Teori Albino. *Medidas Cautelares e Antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, RePro 82, São Paulo: RT, 1996. Pg. 52.

justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. Tal ideia confirma-se nos preceitos ordinários gerais, tal como no artigo 2, nº 1, do Código de Processo Civil – “a todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercitivamente”²¹ – ou especiais, como é o caso do art. 10 da Lei de Defesa do Consumidor, que trás: “é assegurado o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei”²².

Em relação ao Código Civil, o artigo 70, nº 2, consagra como tutela da personalidade as providências preventivas e atenuantes, consoante o estado em que a ofensa se encontrar²³.

O termo “ameaça” empregado pelo legislador não tem o sentido comum de ato ou efeito de ameaçar. Deve, pois, ser entendido em sentido amplo, de forma a abranger quer a

²¹ Para além do direito de ação, que se materializa através do processo, compreendem-se no direito de acesso aos tribunais, nomeadamente: a) o direito a prazos razoáveis de ação ou de recurso; b) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas; c) o direito a um processo justo, baseado nos princípios da prioridade e sua sumariedade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas; d) o direito a um processo de execução, ou seja, o direito a que através do órgão jurisdicional se desenvolva e efetive toda a atividade dirigida à execução da sentença proferida pelo tribunal. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital Martins, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3º Ed., Coimbra Editora, 1993, págs. 163-164. Ainda, Acórdão do Tribunal Constitucional, n. 223/95; DR, II, de 27.06.1995.

²² “(...) A ação inibitória tem uma vertente cívico/social, um fim dissuasor, o seu regime acautela interesses difusos de consumidores/aderentes que muitas vezes toleram a lesão dos seus direitos por estarem em causa individualmente valores de pouca monta que não justificam o incómodo de ações judiciais, mas que num somatório de contraentes indeterminados – contratos de adesão – a que a ação inibitória interessa, é da maior relevância como meio de defesa dos consumidores, parte mais fraca em tal relação jurídico contratual”. Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 854/10.2TJPRT.S1, de 31/05/2011. 6 SECÇÃO. Relator: Fonseca Ramos

²³ O artigo 70, nº 1, do Código Civil, dispõe que: “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou moral à sua personalidade física ou moral”. Do seu nº 2 retiram-se três formas de tutela, alternativas ou cumulativas, a saber: i) Responsabilidade Civil; ii) Providências Preventivas; e iii) Providências Atenuantes. Nesse sentido: “De acordo com o n. 2º do artigo 70, do Código Civil, no domínio da tutela dos direitos de personalidade, um alegado lesado desfruta do direito de solicitar providências tendentes a evitar a conunção da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. Para alcançar essa forma de tutela, os meios processuais ajustados são, independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, o procedimento cautelar comum e o o processo especial de jurisdição voluntária”. MARQUES, João Paulo Remédio. *Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana na revisão do processo civil de 2012*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 72, II/III – Lisboa, Abr.-Set. 2012. Ainda, Acórdão da Relação de Lisboa, de 27/10/2010, processo n. 18645/10.9T2SNT.L1 “A tutela de bens e direitos da personalidade, ainda que conflitue com direitos e liberdades do ofensor, pode ser atuada através de procedimento cautelar cível. Nada impede, que uma providência cautelar inibitória repressiva- isto é, que vise cessar a efetiva violação do direito acautelado, seja solicitada como instrumental relativamente à ação principal, que uma finalidade reparatória, quer dizer, que tenha por objeto, além do direito acautelado, a indenização do dano suportado pelo titular do direito com a violação dele pelo demandado. (...) No plano de sua função, a providência cautelar pode ter uma finalidade inibitória, o que sucederá sempre que a tutela específica que disponibiliza, se destina assegurar, não um sucedâneo para o direito violado – mas o gozo do próprio direito”.

eminência de ameaça, quer a ofensa em curso, qualquer que seja a intenção do agente. Assim, as providências preventivas têm por finalidade repelir as ofensas eminentes ou em curso.

A existência das medidas preventivas justifica-se atendendo ao fato dos direitos de personalidade terem uma natureza não patrimonial, razão pela qual a sua reposição *in toto* se revela extremamente difícil, senão mesmo, impossível, em caso de violação. Aqui, mais do que em qualquer outro direito, assenta que nem uma luva a máxima “mais vale prevenir do que remediar”²⁴.

Quando, motivado pelo exercício do direito constitucional de ação, o órgão jurisdicional desenvolve a sua atividade de apreciação da pretensão feita pela parte e constata que o interesse por ela deduzido é juridicamente protegido e que em causa se encontra, efetivamente, um direito lesado ou ameaçado, deverá então conceder-lhe a tutela jurisdicional, para que seja resguardado contra a lesão ou a ameaça sofrida. Deverá fazer com que se obtenha, na prática, na medida do possível, o exato resultado pretendido pela norma de direito material²⁵.

Assim, quando a atividade jurisdicional se depara com a real existência de um direito ou de um interesse juridicamente protegido, deve conceder-lhe a tutela necessária para o proteger. Quando, no desenvolver da atividade, se verifica que a apreciação de “afirmativa” de direito é, na realidade, apreciação de direito (porque a sua existência foi constatada), deverá conceder-lhe a tutela jurisdicional à qual está obrigado.

Dessa forma, a apreciação de direito existente, lesado ou ameaçado, implica a concessão de uma tutela jurisdicional ao seu titular, passando a apreciação do direito a significar, portanto, tutela jurisdicional.

O direito constitucional de ação²⁶ é visto não apenas como uma garantia de mera possibilidade de acesso aos órgãos jurisdicionais, mas como uma garantia constitucional de

²⁴ Nesse sentido, o Professor Doutor Capelo de Souza considera que: “Para que se possam requerer as providências preventivas, não basta ameaça da personalidade física ou moral. É ainda de exigir, apesar de a lei não o dizer, “que seja significativo o mal cominado e ponderável o receio, o medo ou a perturbação pela sua cominação. Caso contrário o recurso a tal providência poderá ser considerado abusivo (art. 334, do Código Civil)”. Note-se que o fato jurídico voluntário e ilícito de que pode resultar o atuar dessa tutela processual especial da personalidade humana, não importa a verificação de culpa por parte do demandado. SOUSA, Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Pg. 475.

²⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*, 2.^a ed., São Paulo: RT, 2007. p. 23.

²⁶ É preciso compreender que o direito de ação não pode mais ser pensado como um simples direito à sentença, mas sim, como o direito ao modelo processual capaz de propiciar a tutela do direito afirmado em juízo. O direito de ação é pacificamente entendido como um direito público totalmente independente da

acesso a uma atividade jurisdicional adequada e eficaz à tutela do direito que porventura venha a ser constatado²⁷.

Para que seja assegurada uma adequada tutela jurisdicional de um determinado direito, não é suficiente que seja previamente iniciado um procedimento qualquer, que lhe assegure uma tutela meramente formal ou abstrata, mas sim um procedimento estruturado de modo a que seja concedida uma tutela efetiva. Dessa forma, o instrumento por meio do qual se exterioriza deve estar predisposto a permitir a participação das partes nos debates e na produção de provas, disponibilizando os instrumentos necessários para a defesa das pretensões aduzidas em juízo²⁸.

A tutela concedida pelo Poder Judiciário deve se aproximar, o máximo possível, daquele resultado que seria obtido pelo respeito espontâneo ao direito. Tal como podemos depreender da lição de Chiovenda, “O processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”²⁹.

O processo civil³⁰ deve estar estruturado de modo a viabilizar a adequada tutela dos direitos³¹.

No Estado Liberal, prevaleceu, sempre, a tendência de se privilegiar os valores da liberdade individual perante os poderes estatais, com base numa rígida observância do princípio da divisão de poderes, o que, posteriormente, se refletiu na elaboração teórica do conceito de jurisdição.

existência da situação jurídica para a qual se pede a tutela judiciária. Assim, como tal, é irrenunciável. Daí resulta a nulidade do *Pactum de non petendo* (afloramento no art. 2310 CC), convenção pela qual o titular do direito se obriga a não agir em juízo, seja pura e simplesmente, seja a termo ou condicionlmente. MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, Lisboa, Associação Acadêmica, 1985 (I) e 1987 (II).

²⁷ PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*, 3.^a ed., Napoli: Jovene Editore. 1999. pp. 34-36; PEREZ, Jesus Gonçaléz. *El derecho...*, cit., pp. 21-22; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973. pp. 153-157; MARIONI, Luis Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2.^a ed., São Paulo: Malheiros. 1996. pp. 110-115; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O direito constitucional à jurisdição*, in: *Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo, Saraiva. 1993. pp. 34-42.

²⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., pp. 25-26.

²⁹ CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, Campinas: Bookseller. 1998. p. 67.

³⁰ O processo civil funda-se sobre o paradigma de uma jurisdição meramente declarativa que oculta as especificidades das relações entre direito material e direito processual. Sendo assim, o direito é visto como algo posto, algo pré-dado, absolutamente pressuposto que, em juízo, é meramente declarado, ou, então, como resultado exclusivo de um procedimento, produto da decisão judicial. Assim, é compreensível a dificuldade enfrentada para a construção de “uma tutela processual que tenha natureza puramente preventiva”. Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Racionalismo e tutela preventiva*, in: *Sentença é coisa julgada*, 4.^a ed., revisada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 65.

³¹ A função do juiz, nessa concepção, seria apenas revelar o que está posto, o direito já pré-dado ou, de outro lado, o resultado da decisão do juiz é sempre o direito.

Estabelecida a premissa de que a relação jurídica entre os cidadãos era de domínio exclusivo dos indivíduos nela envolvidos, a jurisdição foi entendida como uma intervenção autoritária sempre sucessiva à violação da ordem jurídica, tendo por função, mais especificamente, a reintegração do direito subjetivo violado. Por consequência, excluía-se a função preventiva do poder jurisdicional, já que essa função determinaria um ampliação dos poderes de controle do Estado-juiz, ao mesmo tempo que representaria uma limitação da liberdade de autónoma regulamentação das relações jurídicas privadas³².

Assim, diante da mudança do panorama jurídico e político, com o advento do Estado Social e com as previsões de garantias processuais no seio das Constituições, começaram a ser pensadas, pelos juristas, formas de tutela jurisdicional preventiva, tendo sido estas admitidas pelos mais variados ordenamentos jurídicos, destacando-se no direito brasileiro, a tutela cautelar e a tutela inibitória³³.

Por certo tempo, parece que o direito processual caiu em equivoco ao generalizar a conceção de que proteger é reparar o dano, ou melhor dizendo, que proteger consiste em verificar a ocorrência de uma certa e determinada conduta contrária ao direito (ato ilícito) e reconhecer o direito a uma indenização pelo mal sofrido.

O processo civil sempre trabalhou para reparar e talvez esse tenha sido o motivo das suas grandes frustrações no plano pragmático. A reparação é o reconhecimento de que foi possível praticar o ilícito e que, muitas das vezes, o dano já ocorreu, sem que possa ser revertido e, por ventura, indenizado adequadamente.

A urgência de mudança deste paradigma é alertada por Bedaque³⁴ que deixa claro que “mais eficaz é a tutela preventiva, que visa a impedir a ocorrência de um dano antes que a ameaça de lesão a um direito se consuma”³⁵.

³² RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova: Cedam. 1987. p. 18.

³³ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 28

³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influencia do direito material sobre o processo*, 3.^a ed., São Paulo: Malheiros. 2003. p. 127.

³⁵ Nesse sentido, Luis Guilherme Marinon defende, hoje, a quebra de diversos paradigmas, sustentando a necessidade do processo de prevenir o ilícito ao invés de repará-lo. É por esse motivo que “a necessidade de tutela preventiva exige a estruturação de um procedimento e que desemboque em uma sentença que possa impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito”. Cf. MARIONI, Luis Guilherme. *Tutela Individual e Coletiva*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 33. Na mesma linha de pensamento, Juan Monroy Gálves e Juzn Monroy Palacios aduzem que: “*se mueve la tutela Inhibitoria la que podemos definir como la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, por medio de un mandato judicial irremplazable de hacer o de no hacer, según sea la conducta comissiva u omissiva*”. Cf. GÁLVES, Juan Monroy Gálves; PALACIOS, Juzn Monroy. *Revista de direito processual civil* nº 109, ano 2003. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes Iniciales. p. 201.

Assim, nessa incansável mudança, seria o processo um instrumento diferenciado (sempre que possível), na busca não de reparar, mas sim de prevenir e evitar que ocorra o ilícito ou o dano no âmbito da esfera jurídica do particular. Neste contexto, poderíamos questionar: porque os processualistas não definiram, de antemão, uma tutela preventiva?

Ao exercer uma função preventiva, a jurisdição deixa de ser vista como uma atividade estatal atuada apenas após a ocorrência da violação do direito, com o fim de repor o bem ou a situação do lesado existente no momento anterior ao da ocorrência do dano (*status quo ante*), mas também, para desempenhar um papel de prevenção de atos contrários à ordem jurídica estabelecida, intervindo na relação dos particulares antes mesmo de se caracterizar o ato violador do direito³⁶.

A tutela inibitória não é admitida em razão da natureza do direito, mas sim em virtude da necessidade de prevenção, derivada, sobretudo, da inadequação da tutela do tipo repressivo para algumas situações de direito material. Se esta necessidade tem lugar, frequentemente, no domínio dos direitos absolutos, tal não quer dizer que ela não possa apresentar-se em outros setores. De fato, por relacionar-se com a prevenção, a tutela inibitória abrange, em princípio, todos os direitos e pode tornar-se necessária sempre que se revele como insuficiente a reintegração ou a reparação do direito³⁷.

A tutela preventiva confere a possibilidade de atender à três exigências, quais sejam: i) atuar em tempo oportuno, diminuindo os males da espera pela tutela; ii) conter instrumental que permita ao processo realizar na prática grande parte das promessas de uma justiça substancial; e iii) apresentar tutelas diferenciadas para direitos, também eles, diferenciados, quais sejam, todos aqueles que se afastam do pensamento comum, segundo o qual a tutela meramente declaratória, convertida em perdas e danos, protege.

Essas condições admitem dizer que a implementação da tutela preventiva, quando cabível, modifica a visão instrumental do processo, valorizando um processo que se inicia antecipadamente, sendo esta tutela bastante mais preferível do que a tutela antecipada no bojo de um processo reparatório. Agir antecipadamente, na ideologia preventiva, é buscar a

³⁶ MICHELI, Gian Antonio. *Derecho procesal civil. La acción preventiva*, vol. 4, Buenos Aires: EJE. 1970. p. 413.

³⁷ RASPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. *Inibitória (Azione)*, in: Enciclopedia giuridica Treccani, vol. 17, p.7.

proteção antes de o ato ilícito ocorrer, evitando qualquer necessidade de reparação de ilícito e dano³⁸.

1.2 As Formas Básicas de Tutela Jurisdicional Preventiva

1.2.1 Da tutela Cautelar

A primeira espécie de tutela jurisdicional preventiva a ser brevemente analisada é a tutela cautelar.

A tutela cautelar possui características de providência destinada a assegurar outro processo, a fim de que não perca a utilidade, observando, ainda, que atua provisória (interinamente) e, em termos conceituais, não visa a satisfazer direitos³⁹.

Consiste em medida destinada a proteger o processo na sua eficácia ou na qualidade de seu produto final. Trata-se de medida de apoio ao processo para que este possa produzir resultados úteis e justos, por meio de providências de natureza assecuratória⁴⁰. A função da tutela cautelar é, portanto, a de neutralizar os possíveis danos que possam decorrer da duração do processo de cognição plena⁴¹.

Portanto, a tutela cautelar vem, justamente, desempenhar o papel de auxiliar o processo principal a cumprir, de forma eficiente, a sua missão, ao prover medidas destinadas a eliminar os inconvenientes causados pelos efeitos do tempo necessário à plena cognição dos fatos e fundamentos do direito afirmado em juízo, impedindo a ocorrência de

³⁸ SARTÓRIO, Elvivo Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris. 2007. p. 20.

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 3.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2003. p. 126.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 5.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2005. p. 180.

⁴¹ PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto...*, cit., p. 633. Ressalta o autor que há duas formas de tutelas sumárias: a tutela cautelar e a tutela cautelar não sumária. Ambas são caracterizadas pela sumariedade da cognição, aqui entendida conforme classificação de Chiovenda, diversa daquela adotada por Kazuo Watanabe, ou seja, a cognição sumária porque parcial e sumária porque superficial. No entanto, a tutela cautelar não tem o condão de disciplinar de forma definitiva a relação controversa. A tutela cautelar não sumária, por sua vez, é dotada de tal idoneidade, ou seja, tem o condão de solucionar, de forma definitiva, a questão posta a juízo.

acontecimentos que alterem a situação necessária à efetividade e adequação da tutela jurisdicional⁴².

A atividade cautelar foi preordenada de modo a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*), verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera, imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado nos seus efeitos. Assim, a garantia cautelar surge como que posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito. É destinada não apenas a fazer justiça, como a dar tempo a que justiça seja feita⁴³.

No ordenamento jurídico português, fala-se em “*providências cautelares*”. Tais providências, visam, precisamente, impedir que, durante a pendência de qualquer ação declarativa ou executiva, a situação de fato se altere de modo a que a sentença nela

⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumária e de urgência (tentativa e sistematização)*, 2.^a Ed. rev. e ampl, São Paulo: Malheiros Editores. 2003. pp. 77-78; JUNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*, 16.^a ed., São Paulo: Leud. 1995. p. 41.

⁴³ O Novo CPC/BR, Lei 13.105/2015, inova ao tratar da tutela provisória: os aspectos gerais da tutela provisória e da tutela de urgência (Parte I), as tutelas de urgência antecipada e cautelar requeridas em caráter antecedente (Parte II) e a tutela de evidência (Parte III). Prevista no Livro V da Parte Geral, a tutela provisória é agora tida como gênero do qual são espécies as tutelas de urgência e a tutela de evidência. Especificamente, a tutela de urgência, espécie de tutela provisória, subdivide-se em tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar, podendo ambas ser requeridas e concedidas em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único). Parece que, de tanto a doutrina tentar diferenciar as tutela antecipada e cautelar, o resultado alcançado foi, em verdade, a aproximação entre essas duas formas de tutela jurisdicional fundadas na urgência, isto é, na necessidade que seja dada uma solução, ainda que provisória, à determinada situação grave e que tem o tempo como inimigo. Nesse sentido, o artigo 300, *caput*, do Novo Código, deixa claro que os requisitos comuns para a concessão da tutela provisória de urgência (seja ela antecipada ou cautelar) são: i) probabilidade do direito (*fumus boni iuris*); e ii) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*). Tem-se considerado que o NCPC acertadamente abandonou a expressão “*prova inequívoca de verossimilhança*”, ainda presente no atual artigo 273 do CPC/73. Por sua vez, o Enunciado n. 143, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, dispõe que: “A redação do artigo 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”. Podemos afirmar que, agora, o NCPC adotou um sistema muito mais simples, unificando o regime, pois estabeleceu os mesmos requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela satisfativa (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). Além de um regime jurídico único, outra grande vantagem é a dispensa de um processo cautelar autônomo, permitindo que as medidas provisórias sejam pleiteadas e deferidas nos autos da ação principal. A regra é clara: após a antecipação ou a liminar cautelar, o autor terá prazo para juntar novos documentos e formular o pedido de tutela definitiva. O pedido principal será formulado nos mesmos autos, sem necessidade de um novo processo ou do pagamento de novas custas processuais. Outra novidade relevante é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, sempre que não houver impugnação (art. 304). Nesse caso, se a tutela antecipada é concedida mas o réu a ela não se opõe, a decisão se estabiliza.

proferida, sendo favorável, perca toda a sua eficácia ou parte dela. Pretende-se, desta forma, combater igualmente o *periculum in mora* (o prejuízo da demora inevitável do processo), a fim de que a sentença se não torne numa decisão *puramente platônica*⁴⁴.

As providências cautelares são definidas como procedimentos e não ações, por carecem de autonomia⁴⁶ e dependerem também de uma ação, já pendente ou que seja seguidamente proposta pelo requerente⁴⁷.

Fala-se aqui em *fundado receio* de que seja causada lesão grave, de difícil reparação. Os procedimentos cautelares são revestidos de caráter de urgência. E, exceto se for decretada a inversão do contencioso, o procedimento cautelar é dependente de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado, podendo ser instaurado de forma preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva (arts. 362 e seguintes do CPC).

As providências cautelares não se confundem com as ações inibitórias⁴⁸ justamente porque estas fornecem uma tutela definitiva e as providências cautelares de conteúdo inibitório – como, por exemplo, uma providência não especificada (cf. artigo 362, n. 1), ou o embargo de obra nova (cf. art. 397, n. 1) – fornecem uma tutela provisória até a fase da decisão que virá a ser proferida na ação principal⁴⁹.

Deste modo, a instrumentalidade é característica configuradora das providências cautelares que as vincula a um processo principal, de que são dependentes, e

⁴⁴ Assim, comenta Alberto dos Reis ao anotar desfavoravelmente o acórdão do STJ, de 21/11/1947 (*R.L.J.*, 81º, pg. 301 e segs.), o processo cautelar é, por natureza e por função, um meio posto à disposição da pessoa que tem a posição de autor no processo principal já instaurado (providência incidente) ou que vai intentar determinada ação (providência ato preparatório). *apud* ANDRADE, M. Domingos de. *Noções Elementares do Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora. 1979.

⁴⁵ Exatamente porque visam prevenir a lesão irreparável (ou dificilmente reparável) do eventual direito, as providências cautelares têm cabimento contra lesões já consumadas de direitos, por faltar, nesse caso, o fundado receio a que a lei se refere. *Vide* acórdãos do STJ, de 1/06/1965 (*B.M.J.*, 148, pág. 211) e de 23-05-1975 (*B.M.J.*, 247, pg. 133).

⁴⁶ CASTRO, Arthur Anselmo. *Direito Processual Civil declaratório I*, Coimbra: Almedina. 1981. pp. 129 e ss.

⁴⁷ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora. 1985. p. 24.

⁴⁸ Fala-se em providências cautelares inibitórias: “No ponto de vista teleológico, estas podem dirigir-se a uma de duas finalidades: na providência cautelar inibitória preventiva procura-se prevenir a eventual violação do direito acautelado ou tutelado provisoriamente, e o seu objeto é, precisamente, a abstenção dessa violação; na providência cautelar inibitória repressiva, visa-se cessar a efetiva violação do direito acautelado, a abstenção da continuação dessa violação. A providência terá uma finalidade inibitória, sempre que vise impor ao requerido, a omissão de um comportamento, mas isso não significa que a ação principal relativamente à qual é instrumental tenha, necessariamente idêntica finalidade”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n. 18645/10.9T2SNT.L1-2. Relator Henrique Antunes. Julgado em 27/10/2010.

⁴⁹ João de Castro Mendes. *Direito Processual Civil*, Lisboa: Associação Acadêmica, 1985 (I) e 1987 (II).

as distingue das providências definitivas, as quais são tomadas como resultado final do processo⁵⁰.

Exatamente por isso, as providências cautelares estão sujeitas a dois limites de fundo: de um lado, o requerente não pode obter através dessa via mais do que aquilo que poderia obter por meio de uma sentença definitiva; por outro lado, o tribunal não pode decretar uma providência cautelar cujos efeitos sejam irreversíveis ao ponto de esvaziarem de conteúdo a ação principal⁵¹, porquanto se destinam a ser absorvidas pelo juízo de mérito que vier a resultar do processo de declaração plena⁵².

Entretanto, o legislador português inovou nessa matéria ao introduzir no artigo 369⁵³ do atual Código de Processo Civil uma técnica processual destinada, por assim dizer, a poupar um litígio inútil⁵⁴, chamada de inversão do contencioso⁵⁵.

O autor de uma tutela cautelar, ao requerer a decretação de uma medida concreta apta à solucionar o conflito existente entre as partes, também pode, tendo sido aquela decretada, requerer ao juiz a dispensa da proposição da ação principal que, necessariamente, deveria seguir a ação cautelar. A inversão do contencioso se dá justamente quando o juiz ao decreta a medida que solve a lide também dispensa o autor da proposição da ação principal, transmitindo o ônus do ajuizamento desta última ao requerido⁵⁶. Caso o requerido na ação cautelar não intente, dentro do prazo regular, a ação principal a cujo ônus passou a ser obrigado, por conta da inversão do contencioso, a decisão cautelar passa

⁵⁰ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, Coimbra: Editora Almedina, 2015, pg. 123 e ss.

⁵¹ FONSECA, Isabel Celeste M., “*A urgência na reforma do contencioso administrativo*”. In *Reforma do Contencioso Administrativo – O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, vol. I, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, 2003, Pg. 337-354.

⁵² FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao Estudo Sistemático da tutela cautelar no processo administrativo*, Coimbra: Almedina, 2002. Pg. 85-86.

⁵³ Artigo 369, CPC/PT: “Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio”.

⁵⁴ FERNANDES, Elisabeth. *Um novo código de processo civil? Em busca das diferenças*. Porto: Editora Vida Econômica, 2015, pg. 130.

⁵⁵ São pressupostos da inversão do contencioso: i) é necessário que o juiz decreta uma medida cautelar; ii) é necessário que a providência decretada (não a pedida, mas a efetivamente decidida pelo tribunal) tenha a virtualidade de ela própria compor definitivamente o litígio (natureza ou função antecipatória); e iii) é necessário que o juiz tenha conseguido formar uma convicção segura e, portanto, não meramente perfuntória ou verossímil, sobre a existência do direito acautelado. FERNANDES, Elisabeth. *Um novo...Cit.*, , 2015, pg. 132.

⁵⁶ FERNANDES, Elisabeth. *Um novo...Cit.*, pg. 130.

ser definitiva, porque definidora da situação jurídica das partes, o que a divorcia da natureza meramente cautelar⁵⁷.

Resta claro que, nesta hipótese, a tutela cautelar que foi apta a resolver o conflito entre as partes reveste-se de satisfatoriedade, e não mera instrumentalidade, ostentando, assim, como principal característica a preocupação com o direito material e não, processual. A meu ver, independentemente de se denominar esta tutela como “cautelar”, sua essência é de natureza inibitória e pode-se prestar à definitividade, afastando-se do viés instrumental e provisório que caracteriza as cautelares⁵⁸.

Não obstante, o aperfeiçoamento desta natureza inibitória – a dizer, suscetível de resolver o conflito com definitividade – só se dá a posteriori, e não à partida. Dizendo de outra forma, ao se requerer a providência, essa ostenta apenas embrionariamente o gene de definitividade e satisfatoriedade, sempre a depender de incidentes processuais posteriores, quais sejam, a resolução concreta do litígio, a inversão do contencioso e a inércia do requerido.

Adotando a visão de tutelas que atuam contra o dano e contra o ilícito, é possível dizer que a tutela cautelar atua *evitando o dano*. As tutelas cautelares, principalmente, quando atuadas nos moldes preparatórios, visam evitar a ocorrência de danos⁵⁹. As tutelas cautelares, principalmente, quando atuadas nos moldes preparatórios, visam evitar a ocorrência de danos⁶⁰. Embora não haja confusão entre os conceitos e pressupostos da tutela cautelar e da tutela inibitória, verifica-se aqui a utilização muito maior da tutela cautelar para postular os direitos individuais em detrimento da inibitória, entendida como uma ação coletiva (sendo utilizada mais expressivamente na tutela dos direitos do consumidor)⁶¹.

⁵⁷ FREITAS, José Lebre de, “Repetição de providências e caso julgado em caso de desistência do pedido de providência cautelar”, in ROA, ano 57, Vol. I, Lisboa, Janeiro 1997, pg. 461-483.

⁵⁸ Não se pode esquecer, conforme já mencionado anteriormente, que “do sistema vigente da tutela cautelar, decorre de uma natureza materialmente provisória e formalmente instrumental”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n. 149/14.2YHLSB.L1.S1, de 06/02/2015, 1º Secção, Relator Mario Mendes.

⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais. 2003. pp. 119-124.

⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz, *Perfis da tutela...* cit., pg. 119-124.

⁶¹ A ação inibitória é uma *ação coletiva* em que é concedido a um grupo um direito de ação próprio. Caracteriza-se por estar voltada para o futuro, destina-se no caso de cláusulas abusivas. Distingue-se da providência cautelar por esta estar dependente de uma ação principal e da ação declarativa de condenação por esta pressupor a existência e violação de um direito, e não possuir os mecanismos que impeçam a prática do ato ilícito. Ressalta-se ainda que a ação inibitória implica um novo paradigma para o processo civil, excessivamente apegado à reparação do dano, para concentrar-se na prevenção e cessação do ilícito, situação ainda não totalmente interiorizada pelos operadores judiciários. João Alves, *Algumas notas sobre a*

Existindo a ameaça da ocorrência de um ato que produza tais efeitos indesejados para a prestação jurisdicional, legítima se torna a tutela cautelar, para evitar que o acontecimento receado se concretize e frustre o fim da atividade desenvolvida pelo Estado-juíz.

A tutela preventiva tem por objeto agir contra o *ilícito*, inibindo-o. O seu objeto confere-lhe o *status* de ação própria.

Segundo a doutrina do Prof. Marinoni⁶²: “parece não haver dúvida de que a ação inibitória, compreendida como ação autônoma e independente de qualquer ação principal, não pode ser confundida com ação cautelar”. Tais distinções são nítidas nas palavras de Bedaque⁶³ exatamente porque a: “Tutela preventiva não se confunde com tutela cautelar. Aquela constitui remédio voltado à proteção direta da situação material em si; é definitiva, não tem característica de instrumentalidade hipotética e é satisfativa. Opõe-se à tutela sancionatória, que visa reparar lesão já ocorrida”⁶⁴.

O posicionamento é corroborado por Ada Pellegrini Grinover⁶⁵, uma vez que: “A tutela preventiva visa diretamente à proteção da situação material (...). A tutela cautelar, ao contrário, visa assegurar imediatamente a eficácia do próprio processo, protegendo o direito substancial apenas indiretamente (...). A tutela cautelar leva a um provimento sempre provisório; a tutela preventiva, a um provimento definitivo”.

Dessa forma, a primeira, e fundamental distinção reside no fato de que inibir é pedido principal, ao passo que cautelar é acessório⁶⁶ à um outro pedido⁶⁷.

Parece-nos interessante, ainda, o comentário da professora Ada Pellegrini acerca da pouca racionalidade de utilizar a via cautelar como propícia à tutela preventiva, uma vez

tramitação da ação inibitória de cláusulas contratuais gerais, Revista do CEJ, (Centro de Estudos Judiciários), 1º Semestre 2007/Número 6, Lisboa.

⁶² MARIONI, Luis Guilherme. *Tutela Individual...*, cit., p. 241.

⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo...*, cit., p. 127.

⁶⁴ *Idem Ibidem*.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela preventiva das liberdades: “habeas corpus” e mandado de segurança*, in: Revista de Processo, nº 22, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. abr-jun. 1981, p.27.

⁶⁶ “É não só temporário, como também provisório, isto é, sobrevive somente até a emissão do provimento definitivo, de cognição ou de execução. Temporário significa de duração limitada no tempo, enquanto provisório implica interinidade, ou seja, duração até a superveniência de evento sucessivo”. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar...*, cit., p. 126.

⁶⁷ “Deveras, seria totalmente absurdo compreender a tutela inibitória como uma espécie de medida cautelar inominada, a depender da futura ação principal. Ora, esta ação principal nenhuma função teria, a não ser repetir todo o conteúdo do debate já formado no processo anterior. A ação inibitória permite, por si mesma, o debate pleno da matéria jurídica e a prova satisfatória dos fatos articulados: é por isso mesmo de cognição exauriente e dispensa, logo, a propositura de eventual ação principal futura”. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000. p. 115.

que esta consiste num pedido principal e aquela “instrumental”. “Mas, observou-se também, a tutela cautelar é insitamente instável; de outro lado, leva a um desdobramento inútil de processo, quando a rigor um só seria suficiente: e, finalmente, porque se daria a título de cautela aquilo que se poderia dar sob a forma de prestação jurisdicional satisfativa?”⁶⁸.

A esse respeito, interessante citar que, no sistema italiano, que não faz distinção na lei, entre a tutela antecipada e a cautelar, de acordo com o art. 700 do Código de processo Civil Italiano, existem alguns autores que consideram que a concessão provisória da inibição, que é tida como cautela, como um meio de proteção do mesmo conteúdo da decisão final⁶⁹, o que desconfiguraria o seu caráter meramente assecuratório.

Pode-se afirmar que a tutela preventiva é tutela de direito material, pontuando ainda que tutela cautelar “trabalha” para o próprio processo e é, com efeito, instrumental⁷⁰. Obtendo-se uma antecipação preventiva, atender-se-á o direito material com cunho eminentemente satisfativo, sem caráter de sujeição a outro instrumento⁷¹.

Sabe-se que há doutrina autorizada⁷² que considera a tutela cautelar como uma forma preventiva de atuação jurisdicional, porém, numa linha de atuação distinta das tutelas contra danos ilícitos.

Em verdade, a linha discriminativa dessas tutelas reside na sua concepção e nas suas características. A providência cautelar é para provisoriamente servir ao processo

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela preventiva...*, cit., p. 28.

⁶⁹ DAVONI, Filippo. *L'azione inibitoria in materia di clause vessatorie*, in: Rivista di diritto processuale, Volume LI (II serie), anno 1996. p. 1051.

⁷⁰ “Na verdade, o provimento cautelar, embora possa ter características cognitivas ou executivas, será sempre e necessariamente provisório, ou seja, interino. Jamais assume caráter definitivo. Os efeitos da tutela cautelar estão limitados no tempo, invariavelmente.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumária e de urgência (tentativa e sistematização)*. 2ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 126.

⁷¹ Nesse sentido: O deferimento da tutela inibitória, que procura impedir a violação do próprio direito material, exige cuidado redobrado, sendo imprescindível que se demonstre: (i) a presença de um risco concreto de ofensa do direito, evidenciando a existência de circunstâncias que apontem, com alto grau de segurança, para a provável prática futura, pelo réu, de ato antijurídico contra o autor; (ii) a certeza quanto à viabilidade de se exigir do réu o cumprimento específico da obrigação correlata ao direito, sob pena de se impor um dever impossível de ser alcançado; e (iii) que a concessão da tutela inibitória não irá causar na esfera jurídica do réu um dano excessivo. Cf Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 1.388.994 - SP (2013/0110749-5) Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

⁷² “Trata-se, portanto, de forma essencialmente preventiva de proteção jurisdicional, destinada a preservar a incolumidade dos direitos ou de algum interesse legítimo, ante uma situação de emergência que os coloque em posição de risco iminente de periclitamento”. Cf. SILVA, Ovídio A Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*, 3.ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 340.

Em sentido semelhante é o que conclui Joaquim Felipe Spadoni ao afirmar que: “Diante dessa sua característica é que entendemos ser a tutela cautelar espécie do gênero tutela preventiva”. Cf. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 27.

principal, assegurando-o. Por sua vez, a tutela preventiva consiste na atuação satisfativa e principal, com caráter definitivo contra o ilícito.

É possível que, em alguma proteção cautelar exista reflexo preventivo, por exemplo, na hipótese de separação de corpos⁷³, que evita por consequência a ocorrência de ato ilícito contra a integridade daquele que futuramente pretende ajuizar ação de separação judicial. Porém, é de se dizer que o objeto da cautela, *in casu*, é o de assegurar o processo futuro e o efeito preventivo decorre por reflexo, haja vista que separar os corpos do casal é medida que permite a um dos cônjuges, provisoriamente, ausentar-se do lar. Não há, verdadeiramente, uma ordem de não fazer, mas sim uma permissão de ausentar, que costuma, reflexamente, evitar ato ilícito⁷⁴.

De todo o modo, para não haja omissão é preciso salientar que a exposição por nós feita até aqui levou em consideração apenas a ideia de tutela cautelar numa visão purista, isto é, afirmamos tais características apenas em tese.

Com efeito, a sua finalidade é a de impedir, de forma direta, a lesão de um direito processual do litigante, consubstanciando no direito a um processo adequado e eficaz, direito este de cariz constitucional, representado na garantia do “*devido processo legal*”.

Por fim, conclui-se 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 da prevenção do ilícito, sendo que, se concedida em provimento final, não necessita de reapreciação em outro processo.

Salienta Marinoni⁷⁵ que, historicamente, a tutela inibitória foi concedida, inicialmente, pelo processo cautelar. No entanto, verifica-se hoje que esse procedimento é

⁷³ A ação de separação de corpos é decretada judicialmente por meio de ação cautelar, conforme disposto no art. 888, VI, do CPC/BR. O objeto desta ação está em desobrigar cônjuges e companheiros de viverem contrariados sob o mesmo teto. A separação de corpos também é utilizada quando, por consenso, os cônjuges decidem pela separação antes do decurso de um ano da celebração do casamento (art. 1574, do CC/BR). Do mesmo modo, serve para a contagem do prazo para o divórcio (art. 1580, do CC/BR), fazendo cessar o recíproco dever de fidelidade. Assim, o que se pretende é a antecipação dos efeitos da dissolução da sociedade conjugal ou do casamento. Nesse sentido: Ação de separação judicial com a separação de corpos cessa o dever de fidelidade no casamento. Afasta-se a análise da culpa pelo fim do matrimônio, uma vez que ele ocorre pela insuportabilidade da vida em comum, decorrente do desgaste do afeto que inicialmente uniu o ex- casal (TJRS, 8º Câmara Civil, Acórdão: 70010772853, Relatora Desembargadora Walda Maria Melo Pierro, julgado em 20.10.2005).

⁷⁴ Interpretando desta mesma forma, entendemos que, nesses casos, a tutela cautelar é tutela preventiva contra o dano (desejo de evitar dano), e não contra o ilícito (não se volta para impedir o ilícito). Artigo 888, VI, do CPC/BR.

⁷⁵ MARIONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., p. 66.

inadequado, uma vez que a tutela inibitória encontra fundamento legal para a sua admissibilidade, ao passo que não se destina a assegurar o efetivo resultado de um processo futuro, uma vez que o seu provimento final será, em regra, o de impor uma obrigação de fazer ou de proibir uma determinada conduta.

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

1.2.2 Da Tutela Antecipatória

A tutela antecipatória consiste num provimento jurisdicional que antecipa os efeitos práticos do julgamento de procedência pretendido pelo autor, satisfazendo, total ou parcialmente, num momento anterior ao regularmente previsto, o direito por ele pleiteado em juízo.

No direito brasileiro, a antecipação de tutela está prevista no artigo 273, do atual CPC, que estabelece como principais requisitos de concessão a demonstração da prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e, de forma alternativa, a demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou a demonstração de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Quando se depara com a tutela antecipada fundada no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, estamos diante de uma situação em que a antecipação é fundamental para a efetividade e a adequação da tutela jurisdicional pleiteada.

A situação que a enseja é a que demonstra a necessidade da imediata satisfação, total ou parcial, da pretensão aduzida, sob pena de ulteriormente ela não mais poder ser efetivada, acaso acolhida no julgamento final ou, ainda, sob pena de o requerente sofrer um dano maior do que aquele que já lhe foi imposto e que deu ensejo ao processo⁷⁶.

Apesar de a antecipação de tutela ser fundada no *periculum in mora*, mostrando traços comuns com a tutela cautelar, por ser meio de se assegurar a eficácia e a adequação de um provimento jurisdicional definitivo, difere da tutela genuinamente cautelar porque esta apenas conserva o estado de pessoas ou coisas, de modo que, o futuro provimento bem

⁷⁶ ALVIM, Arruda. *Tutela antecipatória: algumas noções – Contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas*, In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Liminares*. São Paulo: RT. 1994. p. 31.

atue, enquanto a antecipação da tutela entrega ao autor, o próprio direito pleiteado em juízo, satisfazendo total ou parcial a sua pretensão.

Por ser meio de dar efetividade e adequação à prestação jurisdicional entregue ao final do processo, o provimento antecipatório estabelece uma íntima relação com a garantia constitucional do direito de ação e do devido processo legal⁷⁷.

De fato, estas espécies de tutela jurisdicional urgentes têm por fim imediato garantir a eficácia da atividade judicial a ser prestada ulteriormente e não a tutela direta do direito material invocado pela parte. Ambas atuam quando este mesmo direito já foi violado, buscando-se apenas garantir a adequação da tutela processual repressiva a ser concedida a parte lesada.

No entanto, nada impede que uma tutela inibitória seja concedida antecipadamente, no decurso de uma ação com esses fins.

1.2.2.1 Requisitos para a Antecipação da Tutela nos Processos Preventivos

O que se depreende da necessidade do direito substancial é que este muitas vezes depende da celeridade da proteção. Nesses casos, havendo perigo na demora, haverá a permissão de que se formule pedido de antecipação da tutela.

Tal urgência é comum existir nos processos de atuação preventiva, pois, conforme bem pontua Joaquim Felipe Spadoni⁷⁸, “A tutela inibitória, por sua própria função de prevenção do ilícito, de tutela voltada para o futuro, necessita ser prestada com maior rapidez possível pelo órgão jurisdicional”.

Conforme exposto em linhas anteriores, a antecipação de tutela, na visão de proteção de urgência, necessita, em regra, da presença de *prova inequívoca* da verossimilhança da alegação e perigo de ameaça de lesão irreparável ou de difícil reparação do direito⁷⁹.

⁷⁷ JUNIOR, Nelson Nery. *Procedimentos e tutela antecipatória, Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: RT. 1997. p. 381.

⁷⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 130.

⁷⁹ Art. 273. “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Quanto a tutela preventiva, a sua previsão, na modalidade antecipada, não decorre imediatamente do art. 273 do vigente CPC, pois a sua fonte é, precisamente, o art. 461, que, em conjunto com o retrocitado dispositivo, permite a atuação antecipada com a exigência de que exista *relevante fundamento da demanda e receio de ineficácia do provimento final*⁸¹⁸².

Deste modo, o requerente da tutela inibitória antecipada deve demonstrar, em termos de *fumus boni iuris*, a probabilidade da ilicitude. Ressalta-se que aquilo de deve ser demonstrado é a probabilidade de ato contrário ao direito e não a probabilidade de dano. Assim, por exemplo, numa ação destinada a impedir a repetição do uso indevido de marca, basta demonstrar a probabilidade de violação do direito à marca⁸³.

⁸⁰ Nesse sentido: STJ Resp. n. 1.370.646-SP (2012/0123624-0), Relatora Ministra Nancy Andrighi.

⁸¹ “§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

⁸² Deste modo, o autor está autorizado a requerer a tutela antecipatória na “ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. A ação inibitória fundada no artigo 461, do CPC, e a tutela inibitória é individual fundada no próprio §3º deste artigo.

⁸³ Importante mencionar que quando se trata de antecipação de tutela pensa-se em uma tutela que deve ser prestada num menor tempo do que aquele que será necessário para o término do procedimento. Assim, muitas vezes, admite-se a concessão de tutela antes que as provas requeridas pelas partes tenham sido produzidas. Isto porque a produção de provas é considerada a principal responsável pela “demora” no processo. Afirma-se que a tutela é concedida com a postecipação da produção da prova ou com a postecipação do contraditório. Em casos como estes, “prova inequívoca” somente pode significar a prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida (para que o direito não seja frustrado). Importante ainda é salientar a diferença entre o objeto da prova em face da tutela antecipatória inibitória e da tutela antecipatória repressiva. A natureza da tutela inibitória – voltada para o futuro – tem relação íntima com a prova. Na ação inibitória, deverá ser provado fato que constitua indício de que a violação futura provavelmente ocorrerá. Tratando-se de tutela inibitória antecipada, o juízo provisório deve incidir sobre o fato temido que poderá ocorrer antes da efetivação da sentença. No âmbito da ação ressarcitória, o juízo provisório deve de estar centrado sobre o fato violador e a necessidade de a tutela ser prestada antecipadamente para que não venha a ocorrer dano diverso daquele que se deseja reparar. Cf. MARIONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., pp. 161.162; TJ-SC-Agravo de Instrumento: AG 20130408945 SC 2013.040894-5 (Acórdão). Relator Júlio César Knoll, 05/11/2014.

1.3 Da 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 passado⁸⁴. Esta tutela visa impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte⁸⁵.

Como acabamos de referir *supra*, a tutela inibitória é uma tutela jurisdicional⁸⁶. Essa tutela não se confunde com o conceito de jurisdição, que entre uma de suas acepções consiste na atividade realizada pelos juízes⁸⁷. Uma vez que, havendo uma crise de direito material levada ao Poder Judiciário, a inibição de uma conduta determinada pelo juiz constitui um efeito da tutela jurisdicional, motivo pelo qual, podemos afirmar que a tutela inibitória é uma tutela jurisdicional⁸⁸.

Observa-se que a conduta instantânea é aquela cuja consumação ocorre através de um único ato e em decorrência de uma relação jurídica instantânea⁸⁹. A tutela inibitória, neste caso, somente será possível antes que a violação seja efetivada⁹⁰.

⁸⁴ RASPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. *Inibitória (Azione)...*, cit., p. 90; FRIGNANI, Aldo. *L'azione inibitória contro le clausole vessatorie (considerazione fuori dal coro di un civilista)*, in: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 52, nº 4, Padova. 1997. P. 999.

⁸⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 32.

⁸⁶ Neste sentido, temos o posicionamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem a tutela inibitória, assim como a ressarcitória, se encontra fora do processo, estando no plano do direito material. Isso porque, conforme o entendimento do autor, a inibição ou está abstratamente prevista na esfera do direito material, ou consiste em consequência da tutela jurisdicional prestada, cujo comando se projeta no plano do direito material. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito Material, processo e tutela jurisdicional*, in: *Revista da Ajuris*, nº 101, ano XXXIII, Porto Alegre: Ajuris. 2006. p. 71. Para este autor, a tutela jurisdicional se volta ao patrimônio jurídico e não às pessoas. Assim, a tutela jurisdicional é definida como o “*resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados, visando à proteção do patrimônio jurídico*”. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 108. Como se vê, o autor não inclui, dentro do conceito de tutela jurisdicional, os efeitos que o ato processual projeta para fora do processo. Esses efeitos, estão dentro do plano do direito material e não da tutela jurisdicional. No entanto, percebe-se que a tutela jurisdicional deverá sim incluir os efeitos produzidos na vida das pessoas, motivo pelo qual podemos afirmar que a tutela inibitória é uma tutela jurisdicional.

⁸⁷ Assim sendo, consiste em uma atuação do Estado, não somente se limitando à declaração de direitos, mas também, à realização concreta e prática, com vista à pacificação social. BUENO. Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 6.^a ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva. 2012. p. 311.

⁸⁸ Neste sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 5.^a ed., Svol. 1, São Paulo: Malheiros. 2005. p. 171; MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 3.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. pp. 33 e ss; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*, 2.^a ed., São Paulo: DPJ. 2006. p. 178.

⁸⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 82.

⁹⁰ BELLELLI, Alessandra. *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*. *Rivista di Diritto Civile*, Anno L, n. 4, Padova: Cedam. 2004. p. 615.

As condutas continuadas e repetidas decorrem de relações jurídicas continuativas ou duradouras, ou seja, a conduta se protraí no tempo⁹¹. Independentemente de já terem sido praticados atos violadores do direito antes mesmo do ajuizamento da ação, é possível que a tutela inibitória possa impedir futuras violações de direitos ou interesses legalmente protegidos, desde que, exista a possibilidade de essas violações voltarem a ocorrer⁹². Nesse caso, a reação que se deve esperar do ordenamento jurídico é a de imposição de uma obrigação de cessação do ato ilícito⁹³.

No caso da repetição do ilícito, salienta Marinoni⁹⁴ que, há um intervalo entre um ato e outro, de tal forma que se pode impedir a prática de um “novo” ilícito, independentemente do primeiro.

No caso da tutela inibitória, que visa impedir a continuação do ilícito, a ilicitude continua na medida do prosseguimento da ação ou da atividade, ou seja, visa-se impedir a continuação do agir⁹⁵. No entanto, o fato de a ação já ter tido início não retira à tutela inibitória a sua natureza de preventividade, uma vez que, a possibilidade de que a prática da conduta ilícita venha a ocorrer novamente no futuro é muito provável.

A tutela inibitória se dirige, nesse caso, contra o perigo de continuação do ilícito⁹⁶. Tanto assim é, que o Novo Código Processual Brasileiro, Lei n. 13.105/2015, ainda em *vacatio legis*, adotou na íntegra o posicionamento da doutrina italiana, conforme devidamente mencionado acima, no seu artigo 497, parágrafo único que dispõe: “(...) inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção (...)”.

Por fim, com base no conceito da tutela inibitória acima definido, é possível visualizar claramente os três pressupostos da tutela inibitória: um positivo legal, qual seja, o perigo de prejuízo futuro, e dois negativos, quais sejam, a prescindibilidade da prova do dolo e da culpa, conforme verificaremos a seguir.

Sempre que não se encontre preenchido o pressuposto do perigo de prejuízo futuro, não poderemos falar em tutela preventiva e, conseqüentemente, em tutela inibitória.

Ressalte-se que as ações inibitórias não podem ser confundidas com as ações de condenação *in futurum*. Já que as inibitórias impõem, de imediato, o cumprimento de um

⁹¹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 82.

⁹² SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., pp. 82-83.

⁹³ BELLELLI, Alessandra. *L'inibitoria come...*, cit., p. 615.

⁹⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica Processual...*, cit., p. 198.

⁹⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica Processual...*, cit., pp. 198-199.

⁹⁶ RASPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. *Inibitória (Azione)...*, cit., pp. 90-91.

dever de omissão e as ações de condenação *in futurum* impõem, no momento em que a ação se tornar exigível, o seu cumprimento⁹⁷.

1.3.1 Dos pressupostos da tutela inibitória

A tutela inibitória é, tipicamente, preventiva, destinando-se a sua aplicação, como tal, a fatos futuros. Além de preventiva, é também específica, haja vista que o seu intuito não é a proteção do direito por meio de uma substituição por seu equivalente em pecúnia, mas sim a proteção do direito na sua integralidade.

O ilícito, por sua vez, conforme verificaremos a seguir, pode apresentar-se faticamente em três situações distintas: aquele que não ocorreu, mas provavelmente ocorrerá; aquele que, tendo ocorrido, provavelmente se repetirá; e, por derradeiro, aquele que, ocorrido, tem eficácia continuada, ou seja, aquele cuja prática se protraí no tempo. No primeiro caso, terá por objetivo inibir a própria prática do ilícito; no segundo, a sua reiteração, no terceiro, o seu prosseguimento.

O ajuizamento de uma ação inibitória objetiva *evitar* a violação de um direito do autor, por parte do réu, a ser efetivada pelos atos que estejam em desacordo com o existente dever de conduta. Tem em vista atos futuros do sujeito passivo da obrigação, desejando que esses atos, quando praticados, o sejam na forma devida e legal. Em suma, pretende-se ver garantidos a integridade e o respeito ao direito afirmado, que depende, em princípio, de uma conduta lícita do devedor, prevista em lei ou contrato.

O que tem o autor de uma tutela inibitória em vista é, assim, impedir que um ato violador do direito seja praticado ou fazer cessar uma conduta desta natureza já iniciada, mas que continua ou que pode se repetir.

Dessa função da inibitória decorre a lógica consequência de que, para o órgão jurisdicional acolher tal pretensão e poder intervir legitimamente na relação fática e jurídica dos litigantes, torna-se imprescindível a demonstração de que o réu provavelmente não agirá na forma em que está obrigado. Revela-se imprescindível a demonstração da existência da ameaça da prática do ato violador do direito para que o magistrado possa

⁹⁷ MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Direito Processual Civil*, vol. I, 1986, vol. II, 1987, Lisboa: AAFDL.

prolatar um provimento inibitório, prevenindo a prática da conduta vedada, por meios coercitivos ou sub-rogatórios.

A ameaça ou perigo da prática de um ato antijurídico no futuro é, assim, o pressuposto para a concessão da tutela inibitória⁹⁸.

Afirma-se que, para a caracterização da ameaça de lesão exigida como requisito para a emanção de um provimento inibitório, devem ser considerados aspectos objetivos da situação fática levada a conhecimento do juízo. Não basta o receio, em termos estritamente subjetivos, fundado apenas em especulações psíquicas do titular do direito⁹⁹. É necessário que este receio esteja embasado na existência de fatos exteriores, que o perigo de uma futura prática de ato lesivo seja sério¹⁰⁰.

Esta seriedade de ameaça a justificar o provimento inibitório, deve ser revelada com a demonstração de que o réu tenha realizado ou está realizando atos que indicam, de forma razoável, uma futura violação do direito do autor, sejam atos anteriormente praticados e cuja probabilidade de continuação ou repetição é evidenciável¹⁰¹.

A verdade é que, quando se pretende a cessação de atos lesivos continuados ou repetitivos que já se iniciaram, a demonstração de uma ameaça concreta da continuidade ou repetição é mais fácil, já que pode ser inferida, com alto grau de correção, tomando-se

⁹⁸ MAJO, Adolfo Di. *La tutela civile dei diritti*, 2.^a Ed., Milano: Giuffrè. 1993. p. 149, com fundamento na doutrina e jurisprudência alemã; FRIGNANI, Aldo. *Azione in cessazione. Novissimo digesto italiano*, Torino: Utet. 1979. p. 654; FRIGNANI, Aldo. *L'Injunction nella common law e l'inibitria nel diritto italiano*, Milano: Giuffrè Editore. 1974, p. 407.

⁹⁹ FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 8, t. III, Rio de Janeiro: Editora Forense. 1980. p. 284; SILVA, Ovídio Baptista da; MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Aide. 1993. p. 125.

¹⁰⁰ MICHELI, Gian Antonio. *La acción preventiva. Derecho procesal civil*, vol. 4, Buenos Aires: EJE. 1970. p. 413.

¹⁰¹ Manifestou o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua 1^a Turma, entendimento no seguinte sentido: “Processual Civil – Mandado de Segurança Preventivo impetrado com o objetivo de que a autoridade se abstivesse de praticar eventuais medidas administrativas. Não configurado ato concreto ou preparatório, lesivo de direito líquido e certo, nem ameaça de prática de ato abusivo da autoridade coatora. Incabimento. I – No mandado de segurança, mesmo quando impetrado preventivamente, não basta a suposição da existência de risco de lesão a direito líquido e certo, com base apenas no julgamento subjetivo do impetrante. Impõe-se que a ameaça a esse direito se caracterize por atos concretos ou preparatórios de parte da autoridade impetrada, ou ao menos indícios de que a ação ou omissão virá a atingir o patrimônio jurídico da parte. II – Não existindo ato concreto, ou preparatório, que configure lesão a direito líquido e certo, nem ameaça evidente de ato abusivo praticado pela autoridade coatora, descabe, in casu, concessão da segurança, para que se abstenha a autoridade fazendária de adotar qualquer medida administrativa, relacionada com a exigência de recolhimento do ICMS na operação de transporte de madeira, a exemplo do auto de infração, multa, apreensão ou retenção de mercadoria. III – Recurso a que se nega provimento. Decisão Unânime”. – RSM 8.920/PA, rel. Min. Democrático Reinaldo, j. 20.11.1997, DJU 16.02.1998, p. 28. No sentido do Acórdão, cf. JUNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, verbete “MS preventivo” contido na nota 4 ao art. 1º da Lei 1.533/1951, 4^a edição, São Paulo: RT. 2008. p. 2.422.

em consideração a mobilidade e a natureza dos atos já praticados¹⁰², podendo-se até mesmo considerar ínsito o perigo da prática futura nas lesões já verificadas¹⁰³.

Problema mais delicado se apresenta quando a ação inibitória é proposta antes mesmo de iniciada a prática lesiva, isto é, quando ela ainda não está aperfeiçoada, mas apenas foram praticados atos preparatórios da conduta ilegal futura. Aqui, a prova da ameaça é mais difícil já que, como bem pondera Aldo Frignani, é extremamente árduo dar uma valoração *ex ante* da idoneidade dos meios colocados em ato para perpetrar a violação do direito afirmada pelo autor em juízo. Todavia, uma vez demonstrada e reconhecida esta idoneidade dos meios preparatórios, deverá o juiz conceder o provimento inibitório pleiteado¹⁰⁴.

Vale ressaltar que, para a concessão da tutela inibitória em sentença, não é necessário que o perigo seja iminente. A iminência da lesão, a brevidade da prática do ato lesivo ameaçado, é requisito, isso sim, para a concessão da medida liminar da tutela inibitória antecipada e provisória. No que diz respeito à tutela inibitória definitiva, concedida em decisão final, basta a atualidade da concreta ameaça da violação ou a probabilidade – e não a mera possibilidade – de o ato ser, no futuro, praticado¹⁰⁵.

Assim, no caso do ato ilegal já tiver sido consumado, não terá cabimento a concessão da tutela inibitória. Um provimento inibitório só tem razão de ser enquanto se mostrar possível a prevenção do ato violador do direito, o impedimento da sua prática, seja ele instantâneo, continuado ou repetitivo. Se não mais existe a possibilidade da sua prática futura por já estar definitivamente efetivado, o autor terá o seu pedido julgado improcedente, em face da inexistência do requisito da ação inibitória¹⁰⁶.

Não mais existindo a ameaça de lesão, mas lesão efetivada, ao titular do direito lesado só restará pleitear a indenização pelos prejuízos causados ou ainda requerer a reintegração em forma específica desse direito, ambas espécies de tutela repressiva. Não caberá mais lugar à tutela preventiva pela simples razão de que a prevenção tem por objeto atos futuros e não atos passados consumados definitivamente¹⁰⁷.

¹⁰² FRIGNANI, Aldo. *L'Injunction nella common...*, cit., p. 429.

¹⁰³ MAJO, Adolfo Di. *La tutela civile...*, cit., p. 142.

¹⁰⁴ FRIGNANI, Aldo. *L'Injunction nella common...*, cit., p. 430.

¹⁰⁵ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela...*, cit., pp. 136-137.

¹⁰⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., pp. 52-53.

¹⁰⁷ Neste sentido, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas, Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva.1980. pp. 34-35.

Importante frisar nesse contexto, que a possibilidade de a consumação da lesão se efetivar depois de ajuizada a ação inibitória, isto é, no decurso do processo tendente a analisar a pretensão preventiva, não induz, necessariamente, à sua extinção. Para tanto, deve ser levada em consideração a distinção entre atos lesivos e a consumação instantânea daqueles atos continuados ou repetitivos.

Em se tratando de violação instantânea, é intuitivo que, acaso praticados no decurso do processo, a concessão de uma ulterior tutela inibitória ficará irremediavelmente prejudicada. Nestas situações, o magistrado deverá julgar improcedente o pedido inibitório, já que não mais persistirá a ameaça que lhe serve de pressuposto. Deverá o juiz reconhecer a superveniência de fato extintivo do direito do autor (art. 462 do atual CPC/BR), já que a concretização da lesão torna impossível o cumprimento específico da obrigação, extinguindo o direito à inibição da lesão¹⁰⁸. Entretanto, os ônus da sucumbência devem ficar a cargo do réu, em consequência da aplicação do princípio da causalidade¹⁰⁹.

Mas se a hipótese for de violações continuadas ou repetitivas, mesmo que sejam praticados atos no transcorrer do processo, ainda assim, poderá ser concedida a tutela inibitória. Porém, deverá ser evidenciada a probabilidade de que os atos voltem a ser praticados após o provimento, isto é, de que, embora já tenham sido em parte praticados, eles ainda o serão no futuro¹¹⁰.

Evidentemente, com relação ao que já se consumou, a tutela inibitória será indevida, podendo o autor pleitear a indenização, acaso os danos tenham decorrido do incumprimento do dever previsto na lei ou no contrato e, ainda, o pagamento da multa cominatória, nos casos em tenha sido proferida anteriormente uma decisão antecipatória. Entretanto, com relação aos atos lesivos ainda não praticados e cuja ameaça de efetivação persiste concretamente, deverá o órgão jurisdicional proferir provimento que possa, de forma adequada e tempestiva, preveni-los, concedendo a tutela inibitória do direito afirmado em juízo¹¹¹.

¹⁰⁸ Nelson mery Junior entende que o julgamento deve ser improcedente, em face do fato extintivo do direito *Vide* JUNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil Comentado...*, cit., p. 824.

¹⁰⁹ No que diz respeito à aplicação do princípio da causalidade na imputação da responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, *vide* JUNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil Comentado...*, cit., art. 20, p. 434; CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*, 3ª ed., São Paulo: RT. 1997. pp. 38-44.

¹¹⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 54.

¹¹¹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 55.

1.3.2 Elementos que compõem a ação inibitória

Para maiores esclarecimentos, faz-se necessário o delineamento sobre quem serão as partes que poderão ingressar em juízo solicitando o provimento apto a impedir a prática de um ato ilícito.

Na tutela inibitória individual, a parte legítima, no polo ativo, é o próprio ofendido, o qual possui um grande receio de ser ameaçado. No caso do ofendido não possuir capacidade processual poderá ser representado ou assistido pelos pais, tutores ou curadores, consoante demonstra o artigo 8º do atual Código de Processo Civil¹¹². Poderão. Ainda, figurar no polo ativo, as pessoas jurídicas estampadas no artigo 12 do vigente Código de Processo Civil¹¹³.

Por seu turno, na tutela inibitória coletiva serão legitimados todos aqueles que se encontram elencados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁴.

Lembrando que ambas as partes devem possuir *legitimidade “ad causam”* (condição da ação) – que representa a pertinência subjetiva da relação jurídica do direito material da qual decorre o litígio – e que o autor demonstre a sua legitimidade processual (pressuposto processual de validade) – que pode ser ordinária, extraordinária ou autônoma – representativa do direito de agir em juízo para a tutela do afirmado interesse, próprio ou alheio.

¹¹² Artigo 8º CPC/BR: “os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil”.

¹¹³ Artigo 12 CPC/BR: “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II - o Município, por seu Prefeito ou procurador; III - a massa falida, pelo síndico; IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador; V - o espólio, pelo inventariante; VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores; VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único); IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico. § 1º Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte.

§ 2º - As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição”.

¹¹⁴ Artigo 82 CDC/BR: “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II- a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

Conforme salienta Spadoni¹¹⁵, poderão, ainda, figurar no polo passivo da demanda inibitória as pessoas físicas, as pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas jurídicas de direito público, bem como os entes indicados nos incisos VII, VIII e IX do artigo 12 do atual CPC.

No tocante à causa de pedir¹¹⁶, observa-se que a mesma se caracteriza por ser o fundamento, o motivo do pedido, sendo composta pela situação fática e jurídica. Assim, na tutela inibitória, é necessária a demonstração de forma inequívoca da ameaça de lesão ao direito¹¹⁷.

Na ação inibitória, o que interessa fundamentalmente para a integração de sua causa de pedir próxima é a demonstração da ameaça da prática do ato violador de direito. Os fatos que rendem ensejo à sua propositura são aqueles que caracterizam a ameaça de violação do direito do autor. É a situação fática atual da qual exsurge o receio de que um ato será praticado em violação do interesse juridicamente protegido da parte¹¹⁸¹¹⁹.

Por sua vez, a causa de pedir remota da ação inibitória é consubstanciada no direito de prevenção do autor a ser revelado pela demonstração da existência de um direito substancial seu, cuja integridade está ameaçada e ao qual o réu deve respeito.

Assim, é necessário que o demandante demonstre que possui um determinado interesse que é juridicamente protegido, cuja proteção jurídica impede que o réu o viole. Sob outro prisma, deve ser demonstrado o dever jurídico do demandado de se comportar

¹¹⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p.55.

¹¹⁶ A causa de pedir é expressão significativa das razões pelas quais o demandante vem a juízo requerer a tutela jurisdicional especificada no seu pedido. É o fundamento, o porquê de o autor recorrer ao Tribunal pra requerer uma determinada providência. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Forense. 2002. p. 15.

¹¹⁷ A causa de pedir pode ser dividida em *próxima* e *remota*. A Causa de pedir próxima é composta pelos fundamentos de fato dos quais decorre o interesse da parte de vir a juízo. É a situação fática, os acontecimentos da vida que autorizam o autor a deduzir pedido ao órgão jurisdicional. Mais propriamente, é “o complexo de fatos, objeto de incidência na regra jurídica, e do qual o autor retira a conclusão substanciada no pedido”. Já a causa de pedir remota, consiste nos fundamentos jurídicos invocados pelo autor para obter a procedência de seu pedido. Estes fundamentos representam a afirmada consequência jurídica gerada pelos fatos demonstrados na causa de pedir próxima, e que ligam estes ao pedido. Cf. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, São Paulo: RT. 1998. pp. 138; 146-147.

¹¹⁸ Afirmando que a situação fática que sustenta o pedido de tutela preventiva é a ameaça de lesão, ver FRIGNANI, Aldo. *Inibitoria*, Enciclopedia del diritto, vol 21, p. 560 e 562; Milano: Giuffrè. 1971. p. 560; FRIGNANI, Aldo. *L'Injunction nella common...*, cit., pp. 428-431; RAPSARDA, Cristina. *Profili della tutela...*, cit., pp. 90-96; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, Temas de direito processual civil, (2º série), São Paulo: Saraiva. 1980. p. 25.

¹¹⁹ É, por exemplo, a impressão de uma notícia inverídica e lesiva à honra do autor num jornal diário que será veiculado em dia posterior. É a fabricação de produtos patenteados, sem a autorização do proprietário da patente. É o início da veiculação de uma campanha publicitária que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde. São todos esses fatos que representam a ameaça da prática de uma violação futura ou sua continuação ou sua repetição.

de determinada forma, não lesando o direito do autor. A causa de pedir remota, entendida como consequência jurídica advinda dos fatos é, então, na ação inibitória, o direito do autor sobre determinado bem jurídico e a correlata obrigação do réu de não violar este direito.

Nesse sentido, a causa de pedir da ação inibitória consiste na demonstração da ameaça do ato tido como antijurídico e na demonstração do dever do réu de não praticá-lo, em respeito ao direito do autor. É a ameaça do ato e a caracterização deste como contrário a ordem jurídica que fundamentam o pedido da tutela inibitória.

Por fim, o pedido representa a solicitação feita pelo autor. Podendo ser *imediato*, quando se referir ao provimento solicitado, ou seja, a ordem, a execução, a aplicação de multa, etc; ou *mediato*, quando se referir ao próprio bem a ser protegido.

O objeto imediato do pedido é a espécie de providência jurisdicional solicitada pelo autor. Representa aquilo que diretamente se deseja do Poder Judiciário e que constitui a emanção do provimento jurisdicional especificamente solicitado. É a condenação, a constituição, a ordem, a execução¹²⁰, sendo também denominado de objeto processual do pedido¹²¹¹²².

O objeto mediato do pedido representa, por sua vez, o bem da vida, o bem jurídico material, cuja tutela é pretendida pelo autor, em detrimento do interesse do réu¹²³. O seu alcance é consequência do atendimento do pedido imediato¹²⁴.

Uma peculiaridade assumida pelo pedido imediato da ação inibitória é que o autor da demanda, quando invocada a atividade jurisdicional, requer a emanção de um provimento que tenha a potencialidade de inibir a prática do ato lesivo ameaçado, sendo este, basicamente, o pleito de emanção de ordem dirigida ao réu, para que cumpra o quanto estabelecido na decisão. Entretanto, este provimento, possui duas eficácias, que podem atuar conjuntamente ou de forma separada, de acordo com as particularidades do caso concreto.

¹²⁰ ARRUDA, Alvim. *Manual de direito processual civil*, 7ªed., São Paulo: RT. 2000. p. 233.

¹²¹ PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*, editore: JOVENE Edizione. 2014. p. 61.

¹²² No que concerne ao pedido imediato da ação inibitória, a prestação jurisdicional invocada pelo autor deve ser a expedição de uma ordem conduta positiva ou negativa para que a tutela se efetua de forma específica. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela preventiva...*, cit., p. 263.

¹²³ ARRUDA, Alvim. *Manual de direito processual civil...*, cit., p. 237.

¹²⁴ Utilizando a expressão de Proto Pisani que o identifica como o objeto material do pedido, é o “*diritto fatto valere in giudizio*”. Cf. PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto...*, cit., p. 61.

A decisão do acolhimento da pretensão inibitória é, em um só tempo, um provimento mandamental e um provimento executivo *lato sensu*, no qual autorizam o magistrado, na efetivação da tutela inibitória, a utilizar-se de medidas coercitivas que façam com que o devedor cumpra o que fora estabelecido na decisão ou nos meios sub-rogatórios, ou de ambos conjuntamente.

Assim, quando a parte ajuíza uma ação inibitória, no seu pedido imediato sempre está contido o requerimento de prolação de um provimento que lhe conceda o bem da vida almejado pela imposição de ordem ao réu, ou pela adoção de meios sub-rogatórios, ou de ambos conjuntamente¹²⁵.

Mesmo requerendo expressamente apenas a prolação de ordem ao réu para que faça ou deixe de fazer determinado ato, explicitando no seu pedido imediato apenas o pleito de provimento mandamental, o requerimento de adoção de medidas sub-rogatórias estará sempre contido nesse pedido. Ou seja, o pedido de provimento executivo *lato sensu*, embora não esteja formulado, nestes casos, de maneira expressa, estará presente como pedido implícito¹²⁶.

1.3.3 Os Limites da Aplicação da Tutela Inibitória

Diferente das tutelas cautelares e antecipada, voltadas à preservação de um direito processual, garantindo a eficácia do provimento final, conforme já mencionado, a tutela inibitória procura impedir a violação do próprio direito material. Constitui, pois, forma de proteção específica de direitos, em especial aqueles de caráter extrapatrimonial, cuja violação não é adequadamente reparada pela via indenizatória – diante da impossibilidade de se mensurar economicamente sentimentos e emoções – assumindo propósito meramente consolatório, de compensar a vítima pelo sofrimento comportado.

¹²⁵ Mesmo requerendo expressamente apenas a prolação de ordem ao réu para que faça ou deixe de fazer determinado ato, explicitando no seu pedido imediato apenas o pleito do provimento mandamental, o requerimento de adoção de medidas sub-rogatórias sempre estará nele contido. Ou seja, o pedido de provimento executivo *lato sensu*, embora no esteja formulado, nestes casos, de maneira expressa, estará presente como pedido implícito. Cf. ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer, Aspectos polêmicos e atuais da antecipação de tutela*, São Paulo: RT. 1997. p. 465.

¹²⁶ *Idem Ibidem*.

No entanto, para o deferimento desta tutela, exige-se um cuidado em particular, sendo imprescindível que se demonstre a presença de um risco concreto de violação do direito, evidenciando a existência de circunstâncias que apontem, com alto grau de segurança, para a provável prática futura de ato antijurídico.

Ademais, deve haver certeza quanto à viabilidade de se exigir do réu o cumprimento específico da obrigação correlata ao direito, sob pena de se impor um dever impossível de ser alcançado.

Por fim, ainda que sejam alcançados os requisitos anteriores, ou seja, que se demonstre o risco efetivo de um ilícito futuro, bem como a possibilidade de se exigir do réu o cumprimento específico da obrigação, a tutela inibitória não deve ser deferida nas hipóteses em que causar um dano excessivo.¹²⁷

Luis Guilherme Marinoni anota que a tutela inibitória deve ser solicitada dentro dos limites adequados a cada situação concreta, evitando-se a imposição de um fazer ou não fazer que possa provocar na esfera jurídica do réu uma interferência que ele se revele excessiva em face da necessidade concreta de tutela.¹²⁸

Diante disso, o cabimento ou não da tutela inibitória deve ser feito casuisticamente, levando-se em conta “a proteção jurídica conferida a um interesse no plano do direito material”¹²⁹.

1.4 O Dano e o ilícito

A tutela inibitória preocupa-se apenas com a antijuridicidade do ato¹³⁰, entendida como a reprovação da conduta do agente no plano geral e abstrato em que a lei se coloca,

¹²⁷ Nesse sentido um único julgado do Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 1.388.994 – SP(2013/0110749-5) Relatora: Nancy Andrighi.

¹²⁸ MARINONI, Luis Guilherme, Tutela Inibitória, pg. 127.

¹²⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória. Pg. 34.

¹³⁰ O ato antijurídico é apenas um comportamento contrário ao direito, isto é, é um ato que contraria a vedação legal, sem a necessidade de que este seja danoso ou praticado com culpa ou dolo. Importante para a sua caracterização é que viole uma obrigação, específica ou genérica, imposta pelas normas jurídicas, sendo este descumprimento do dever jurídico o elemento nuclear de seu conceito. O que ocorre é que o dano pode ser um sintoma sensível do ato antijurídico; do dano se observa a violação porque, muitas vezes, ele o demonstra, ou seja, é prova da violação efetivada. Também a culpa não pode ser considerada como elemento constituinte do ato antijurídico, para fins de tutela inibitória. Assim, a culpa e o dano são absolutamente irrelevantes, seja em sentença, seja em decisão liminar. Nesse ponto, a doutrina é praticamente unânime. Cf. FRIGNANI, Aldo, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, pg. 410; RAPISARDA,

numa primeira aproximação da realidade. Reporta-se ao fato do agente, à sua atuação, não ao efeito que dele emana¹³¹ ou ainda às razões subjetivas da conduta praticada.

Até recentemente, o direito civil esteve vinculado à ideia de que o processo só poderia prestar amparo ao direito violado que gerasse um dano, sendo que o dano consistiria na materialização da ilicitude e tornaria justificável a prestação jurisdicional¹³².

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

Devemos entender por ilícito, segundo uma visão apresentada por Kelsen¹³³, como sendo o descumprimento do dever jurídico¹³⁴. Ao descumpri-lo (violar a norma hipotética), ocorre a ilicitude que, para Kelsen, deve gerar uma sanção por meio da imputação.

Da prática do ato ilícito, seja penal ou civil, costuma ocorrer algum dano jurídico, que implica uma tutela. É incorreto, porém, para a ciência processual moderna, fazer uma vinculação absoluta entre dano e ilícito, pois se caminha na atualidade para identificar a possibilidade de que exista também a tutela especificamente contra o ato ilícito, sem questionamento acerca da ocorrência ou não de dano. Essa, em verdade, traduz-se na tutela preventiva contra o ilícito, também denominada de tutela inibitória. Tal constatação é também partilhada pela doutrina italiana, mais precisamente, nas palavras de Filippo Danovi¹³⁵: “*É possibile pertanto affermare che l’elemento “danno” rappresenti un*

Cristina, *Profili della tutela civile inibitoria*, pg. 88; SILVA, João Calvão, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 148; MARINONI, Luis Guilherme, *Tutela inibitoria*, pg. 36.

¹³¹ VARELA, Antunes; MATOS, João de. *Das obrigações em geral*, vol. 1, Coimbra, Coimbra: Almedina. 1994. pp. 540-561.

¹³² MARIONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., p. 50.

¹³³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Macedo, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes. 1998. pp. 89-91.

¹³⁴ “A conduta de um indivíduo prescrita por uma ordem social é aquela a que o indivíduo está obrigado. Por outras palavras: um indivíduo tem o dever de se conduzir de determinada maneira quando esta conduta é prescritiva pela ordem social. Dizer que uma conduta é prescritiva e que um indivíduo é obrigado a uma conduta, que é seu dever conduzir-se de certa maneira, são expressões sinônimas. Visto a ordem jurídica ser uma ordem social, a conduta a que um indivíduo é juridicamente obrigado é uma conduta que – imediata ou mediadamente – tem de ser realizada em face do outro indivíduo”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Macedo, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes. 1998. pp. 128-129.

¹³⁵ DAVONI, Filippo. *L’azione inibitoria in materia...*, cit., p. 1061. “*É possível, portanto, afirmar que o elemento dano representa um requisito indispensável para a obrigação de ressarcimento, mas não para o aperfeiçoamento da fattispecie ilícita através da qual é concedida a tutela inibitoria*”.

requisito indispensabile per la sola obbligazione di risarcimento, ma non per il perfezionamento della fattispecie illecita avverso la quale è concessa la tutela inibitória”.

De forma lúcida, nos ensina Antunes Varela¹³⁶, fazendo clara distinção dos conceitos, que a ilicitude (no seu sentido objetivo, aqui chamada de antijuridicidade) considera a conduta do autor do fato jurídico objetivamente, como negação dos valores tutelados pela ordem jurídica. Já a culpa (artigo 487¹³⁷, do Código Civil Português), considerando todos os aspectos circunstanciais que interessam à maior ou menor censurabilidade da conduta do agente, atende ao lado individual subjetivo, do ato praticado. A culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo. É um juízo que assenta nonexo existente entre o fato e a vontade do autor, e pode revestir de duas formas distintas: o dolo e a negligência ou mera culpa¹³⁸. O dolo aparece como a modalidade ‘mais grave’ da culpa. Há dolo quando o agente atuou de forma a aceitar, a admitir, as consequências lícitas da sua conduta. Diz-se dolosa a conduta quando o agente, não tendo previsto as consequências danosas e ilícitas que do seu ato iriam resultar, não fez nada para afastá-las, por que as admitiu. Também quando o agente quis diretamente realizar o fato ilícito. Desta forma tem-se que além do nexos (que constitui o elemento volitivo ou emocional do dolo) entre o fato ilícito e a vontade do lesante, é essencial o conhecimento das circunstâncias de fato que integram a violação do direito ou da norma tuteladora dos interesses alheios e a consciência da ilicitude do fato¹³⁹. Salienta ainda Antunes Varela¹⁴⁰ que não é essencial ao dolo a intenção de causar o dano a outrem (o *animus nocendi*, próprio do chamado *dolus malus*); basta a consciência do prejuízo, do caráter danoso do fato. Há mera culpa quando o agente atuou levemente, imponderadamente, sem cuidado ou sem atenção, quando o agente numa palavra, não empregou a diligência que o bom pai de família a teria empregado. O autor prevê a

¹³⁶ VARELA, Antunes; MATOS, João de. *Das obrigações em geral...*, cit., p. 596. Nesse sentido, ainda, chama o autor à atenção para a disposição do art. 483, nº 1, do Código Civil Português, que distingue expressamente um e outro.

¹³⁷ Artigo 487, CC/PT: “1. É ao lesado que incumpe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa. 2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”.

¹³⁸ Conforme disposto, o dolo (direto, necessário e eventual) e a negligência aparecem como modalidades de culpa (art. 483, nº 1, do CC). VARELA, Antunes; MATOS, João de. *Das obrigações em geral...*, cit., p. 567.

¹³⁹ VARELA, Antunes; MATOS, João de. *Das obrigações em geral...*, cit., p. 572-573.

¹⁴⁰ *Idem Ibidem*.

produção do fato ilícito como possível, mas por desleixo, por precipitação crê na sua não, e só por isso não toma as devidas providências para o evitar¹⁴¹.

O dever de indenizar pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. Pode-se, então, dizer que a culpa do agente será reprovada ou censurada quando, ante circunstâncias concretas, se verificar que ele poderia e deveria ter agido de modo diferente.

O processo civil moderno não se contenta com análises sobre a reparação de danos, mas sim com o compromisso de efetividade no âmbito da prevenção dos direitos ameaçados de lesão, discernimento que conclui pela autonomia do ilícito frente ao dano, e pela necessidade de prestar uma tutela também com olhos fixados na possibilidade da prática do ilícito¹⁴².

O cerne da atuação da tutela preventiva depende, por tudo, da exata distinção entre o dano e o ilícito, bem como da possibilidade de coexistir com a clássica tutela contra o dano, a nova tutela contra o ilícito¹⁴³¹⁴⁴.

¹⁴¹ *Idem Ibidem.*

¹⁴² Alerta o professor Aldo Frignani que: “*Si trata dello strumento di tutela preventiva destinato ad operare in quelle situazioni di fatto nelle quali la tutela risarcitoria (intervendo necessariamente a posteriori) è inadeguata. L’azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni “fuori da coro” di un civilista)*”. Cf. FRIGNANI, Aldo. *L’azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni “fuori da coro” di un civilista)*, in: *Rivista di diritto processuale*. Volume LII (II Serie), anno 1997. P. 999.

¹⁴³ O Autor José Carlos Barbosa Moreira afirma que: “Entre essas “novas” categorias jurídicas, que assomam ao prosaíco, ameaçando ofuscar figuras de tradição ilustre, mas um tanto fatigada, ocupa lugar de relevo o chamado direito à preservação da intimidade. Recente como objeto de pesquisa científica individualizada, não é de estranhar que permaneçam parcialmente imersos em uma bruma a sua natureza e seus contornos. Encaixam-nos os estudiosos no quadro dos ‘direitos da personalidade’; mas, em tal contexto, não se chegou por enquanto a traçar-lhe o perfil com linha nítida, em ordem a estremá-lo à perfeição de congêneres como o direito à liberdade, o direito à integridade física e psíquica, o direito ao nome, o direito à própria imagem e sobretudo o direito à honra, do qual entretanto parece haver inteira conveniência em mantê-lo distinto. Embora talvez ainda não se tenha cunhado fórmula exata para conceituá-lo, não se andará longe da verdade se lhe identificar a essência no poder atribuído à pessoa de excluir o conhecimento alheio, em seu maior ou menor grau, quanto a fatos com ela relacionados e atributos do seu próprio ser”. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade*, In *Temas de Direito Processual: Segunda Série*, 2.ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 4.

¹⁴⁴ Esse poder vem sendo reconhecido como digno, em si mesmo, de tutela jurídica, independentemente de considerações sobre as possíveis consequências da intromissão indébita e não consentida de outrem na “esfera “intima” do indivíduo. Faz-se abstração de eventuais danos externos, quer de ordem material, quer até de ordem moral; isto é: prescinde-se da capacidade, que porventura tenha ingerência, de prejudicar a pessoa no seu patrimônio, ou mesmo na estima de outros membros da comunidade social. A integridade da ‘esfera íntima’ vê-se considerada como bem autônomo, tutelável per se, nas múltiplas facetas que a circunscrevem, tão numerosas quanto possam mostrar-se os desdobramentos do interesse de alguém em guardar só pra si, ou para o estreito círculo de pessoas a quem livremente queira comunicá-los, os variadíssimos aspectos de sua vida pessoal: convicções religiosas, filosóficas, políticas ou científicas, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, estado de saúde, atividades profissionais, situação econômico-financeira e assim por diante”. Cf. *Idem*.

Para evidenciar a diferença dos pressupostos das tutelas (contra o dano e contra o ilícito), pode-se dizer que a configuração da tutela do dano depende de i) ato ilícito praticado; e ii) que cause prejuízo. Com tais elementos, configura-se o interesse processual de agir com a consolidação do ato ilícito, sendo que a tutela depende de produção de provas sobre o prejuízo (dano). Com grande precisão, salienta Aldo Frignani¹⁴⁵ que: “*L’azione inibitória è caratterizzata dalla presenza di tre condizioni: una positiva (pericolo di un pregiudizio futuro) e due negative (si prescinde dal danno e si prescinde dalla colpa)*”¹⁴⁶. Assim, conforme temos explanado ao longo deste estudo, o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito¹⁴⁷.

O dano – consistente numa afetação prejudicial, temporária ou definitiva, de um bem juridicamente reconhecido a determinado titular¹⁴⁸ - pode ser efeito de um ato ilegal, mas dele não faz parte, isto é, não é um dos seus elementos constitutivos. É mera consequência eventual e não necessária do ato que viola um dever legal¹⁴⁹¹⁵⁰.

Portanto, podemos afirmar que o dano não pode estar entre os pressupostos da tutela inibitória.

A possibilidade do dano futuro decorrente da ameaça da violação do direito, pode ser invocada, em determinados casos, apenas como reforço de argumentação, como forma de se demonstrar, com mais evidência, a necessidade da tutela inibitória. Não obstante, essa demonstração não pode ser exigida pelo magistrado para a concessão dessa espécie de tutela preventiva.

Poderíamos argumentar que, sem a demonstração da possibilidade de dano advindo da violação do direito, o autor careceria de ação, em virtude de lhe faltar interesse processual para requerer a tutela inibitória¹⁵¹. A atividade jurisdicional seria desprovida de relevância prática, sendo a sua utilidade por parte do autor, duvidosa.

¹⁴⁵ FRIGNANI, Aldo. *L’azione inibitória contro le...*, cit., p. 413.

¹⁴⁶ FRIGNANI, Aldo. *L’azione inibitória contro le...*, cit., p. 1000.

¹⁴⁷ FRIGNANI, Aldo. *L’azione inibitória contro le...*, cit., p. 413.

¹⁴⁸ Sobre o conceito de dano, Vide

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Coimbra: Almedina. 1995, pp. 381-384.

¹⁴⁹ FRIGNANI, Aldo. *L’Injunction nella common...*, cit., p. 414.

¹⁵⁰ SILVA, Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Coimbra: Almedina. 1987. p. 152.

¹⁵¹ BENUCCI, Edoardo Bonasi. *Atto illecito e concorrenza sleale*, In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè. 1957. p. 582.

Na ação inibitória a utilidade do provimento está justamente no fato de se criarem condições para que o direito seja considerado tal como se encontra previsto. O principal interesse (material) de um titular do direito é ver a obrigação adimplida especificamente, possibilitando a fruição do bem *in natura*. A tutela inibitória tem, justamente, essa função, advindo daí a utilidade do provimento jurisdicional, configuradora do interesse processual da parte autora¹⁵².

Nesse contexto, inclusive, se faz necessário salientar sobre tudo o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei n. 13.105/2015, no seu artigo 497, especialmente o parágrafo único no qual foi adotada, integralmente, a tese do Professor italiano já mencionado diversas vezes nesse trabalho, o Doutor Aldo Frignani, no sentido de que: “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”¹⁵³.

A diferenciação entre ilícito e dano não só evidencia que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, como também permite a configuração de uma tutela genuinamente preventiva, que nada tem a ver com a probabilidade do dano, mas apenas com a probabilidade do ato contrário ao direito (ilícito).

É certo que a probabilidade do ilícito é, com frequência, a probabilidade do dano, já que, muitas vezes, é impossível separar, cronologicamente, o ilícito e o dano. Contudo, para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro,

¹⁵² “Tomemos um exemplo para melhor demonstrar a irrelevância da potencialidade danosa do ato violador do direito para a inibitória. Imaginemos a hipótese de uma revista de grande circulação começar a preparar uma edição em que será veiculada a foto de um advogado, com o título “o melhor advogado do País”. Nos parece que essa divulgação não acarretaria nenhum dano a esta pessoa. Pelo contrário, traria vantagens em decorrência dos elogios feitos à sua prática profissional. Entretanto, se a foto for veiculada sem a sua expressa autorização, estar-se-á diante de uma inegável violação do direito à imagem, que é, inclusive, constitucionalmente garantido (art. 5, X, da CRFB). Este direito consiste, justamente, na possibilidade de seu titular dispor de sua aparência como bem entender, autorizando ou não a captação e difusão da mesma quando lhe aprouver”. Cf. ARAÚJO, Luis Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*, Belo Horizonte: Del Rey. 1996. p. 41 e ss. Ainda, que a pessoa deseje que a sua imagem seja veiculada, o órgão de imprensa não pode veiculá-la, mesmo que a matéria na qual se insere a foto seja totalmente vantajosa à pessoa retratada. E, acaso a revista insista na veiculação da imagem sem o consentimento da pessoa, poderá ser concedida tutela inibitória que impeça a futura violação do direito de personalidade constitucionalmente assegurado, mesmo que dessa violação não advenha nenhum dano. Cf. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 62.

¹⁵³ Cássio Scarpinella Bueno afirma que: “O Parágrafo Único é novidade na perspectiva textual, espelhando segura e correta orientação doutrinária ao evidenciar a desnecessidade de ocorrência de dano, culpa ou dolo nos casos em que a tutela específica é dirigida a inibir a prática, reiteração ou a continuação de ilícito”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo civil anotado*, São Paulo: Saraiva. 2015. p.331.

embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória¹⁵⁴.

Quanto ao elemento da ‘culpa’, convém novamente salientar que, dentro da noção de ilícito, não há razão para se cogitar sobre a culpa ou dolo¹⁵⁵. Colocando de lado a responsabilidade objetiva, o ato do homem é fonte de obrigação de ressarcir quando se revela como sendo um ato culposo ou doloso. A culpa e o dolo estão estritamente relacionados com a responsabilidade pelo dano¹⁵⁶.

Afirma a doutrina italiana, ainda que ligando a tutela inibitória à probabilidade de dano, que *“la colpa è imposta per il risarcimento del danno attuale, non per la sua prevenzione”*¹⁵⁷.

A tutela inibitória não pune quem pode praticar o ilícito, mas apenas impede que o ilícito seja praticado. Se alguém, ainda que sem culpa¹⁵⁸, está na iminência de praticar um ilícito, é cabível a ação inibitória¹⁵⁹.

Nessa perspectiva, o dano e a culpa não integram a demanda preventiva, o que significa dizer que não fazem parte da cognição do juiz e que, assim, estão, obviamente, fora da atividade probatória relacionada à inibitória, qualquer necessidade de demonstração de dolo e culpa.

¹⁵⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual e Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. P. 41.

¹⁵⁵ A inibitória é uma tutela genuinamente preventiva, não tendo por finalidade impor sanções aos danos causados por uma conduta moralmente reprovável. O principal fundamento, na atualidade, de que a ação inibitória prescinde de demonstração da culpa e do dano no ato da violação do direito, encontra-se na própria lei que a disciplina, isto é, no artigo 461, do CPC/BR, no qual diz que a tutela inibitória terá lugar apenas quando demonstrada a culpa na prática do ato lesivo e o dano dele consequente. Não se afirma que, acaso o devedor demonstre que do não cumprimento da obrigação não advirá um dano ou que o inadimplemento se dará sem sua culpa, este ficará livre de cumprir com o seu dever. Assim, estabelece o dispositivo que, uma vez reconhecido o direito ao cumprimento específico da obrigação e sendo vislumbrada a possibilidade do adimplemento ou de obtenção de resultado prático equivalente, o direito afirmado em juízo deverá ser tutelado de forma que o seu titular possa dele usufruir *in natura*, na forma específica tal qual prevista no contrato. Alvim Neto em comentários ao art. 84, do CDC, expressa posição semelhante, ao afirmar que o pressuposto da tutela específica é o ilícito, entendido como o inadimplemento do fornecedor. ALVIM, José Manoel de Arruda Neto. *Código do Consumidor Comentado*, 2.^a Ed., São Paulo: RT. 1995. p. 394.

¹⁵⁶ *“Parlando di presupposti della inibitoria, dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel rilevante che essa prescinde dal dolo o dalla colpa dell’agente e dall’essersi verificato un danno nel patrimonio del soggetto passivo”*. SPOLIDORO, Marco Saverio. *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano: Giuffrè. 1982. pp. 161-163.

¹⁵⁷ BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano: Giuffrè. 1964. p. 431.

¹⁵⁸ Segundo Rapisarda, a ação inibitória, por ser voltada para o futuro, exclui a possibilidade objetiva de se valorar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro. Cf. RAPISARDA, Cristina. *Inibitoria, Digesto delle discipline private*, vol. 9, Pádova: Cedam. 1993. p. 469.

¹⁵⁹ Remo Franceschelli, estudando a tutela contra a concorrência desleal, observa que a tutela que tem por fim inibir a continuação do ilícito, ao contrário da tutela ressarcitória, prescinde da culpa. Cf. FRANCESCHELLI, Remo. *Studi sulla concorrenza sleale – La fattispecie*, Rivista di Diritto Industriale. 1963. P. 273.

1.5 Tutela Inibitória Típica e Tutela Inibitória Atípica

Marcus Firmino¹⁶⁰ afirma que a tutela inibitória se caracteriza como uma atuação jurisdicional que tem por escopo: “(...) prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o *passado*, como a tradicional tutela ressarcitória”, o que se coaduna com o propósito de assegurar a integridade do direito subjetivo, impedindo que venha a ser lesionado. A atuação ressarcitória, por seu turno: “(...) na maioria das vezes, substitui o direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano verificado e, nesse sentido, tem por escopo apenas garantir a integridade patrimonial dos direitos (...)”.

Nesse sentido, afirma Marinoni¹⁶¹: “enquanto a ação ressarcitória pelo equivalente tem origem patrimonialista e individualista, a ação inibitória, ao contrário, mostra preocupação com os direitos não patrimoniais e com normas que estabelecem comportamentos fundamentais para o adequado desenvolvimento da vida social”.

A doutrina italiana¹⁶² chegou a afirmar expressamente que a tutela inibitória antecedente a qualquer ilícito – denominada de “tutela puramente preventiva” – seria a mais energética, mas também seria a mais preocupante das formas de prevenção, pois, estaria limitando indevidamente a autonomia humana.

Apesar da pouca produção acadêmica sobre a tutela inibitória no direito brasileiro, para a prevenção do cometimento de ato ilícito, esse sistema jurídico não encontrou qualquer dificuldade para que fosse concedida a tutela inibitória atípica, conforme vamos verificar na jurisprudência dos tribunais superiores, pois os cidadãos devem ter à sua disposição instrumentos processuais adequados para a tutela dos seus direitos.

¹⁶⁰ FIRMINO, Marcus. *Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional*. Artigo publicado no site: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcus%20Firmino%20Santiago-formatado.pdf> Acesso em 05.05. 2015.

¹⁶¹ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória individual e coletiva*. 5.^a Edição, Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 227.

¹⁶² BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano: Giuffrè. 1964. p. 428. Sobre a tutela inibitória, este autor diz que: “*certamente la più enérgica*”, mas também “*la più preoccupante, come è di tutte le prevenzioni che possono eccessivamente limitare l’umana autonomia*”.

A tutela inibitória só estava prevista no ordenamento jurídico na forma típica, principalmente através do interdito proibitório (artigo 932, CPC¹⁶³) e nos casos de nunciação de obra nova (artigo 934, CPC¹⁶⁴), ambas de caráter possessório¹⁶⁵.

O direito italiano conhece hipóteses típicas de tutela inibitória¹⁶⁶, mas há na doutrina italiana uma fundada dúvida acerca da existência da tutela inibitória atípica¹⁶⁷. Tal deve-se ao fato de o direito italiano não ter consagrado a atipicidade das sentenças que possam impor um dever de fazer ou de não fazer, sob pena de multa.

No Brasil já não há este problema, pois com o advento da redação dos artigos 461 do CPC e 84 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁸ – que tratam das obrigações de fazer

¹⁶³ Nos termos do artigo 932, CPC/BR: “o possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”.

¹⁶⁴ Artigo 934, CPC/BR: “Compete esta ação: I - ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado; II - ao condômino, para impedir que o co-proprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum; III - ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura”.

¹⁶⁵ Outras leis preveem expressamente a possibilidade a tutela da prevenção do ilícito, mas proceduralmente se regem pelas normas gerais da tutela inibitória atípica. Neste sentido: “Ademais, o artigo 24, inciso V, 2ª parte da Lei 8.884 prevê tutela inibitória de cessação de atividades infringentes aos princípios da ordem econômica, oportunidade em que, coadjuvada pela lei da ação civil, determina o fazer que conjuga prática *abusiva*”. Vide Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 677.585 - RS (2004/0126889-8) RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX. E, ainda: a possibilidade de concessão da tutela inibitória para impedir a violação aos direitos autorais de seus titulares, (art. 105 da Lei 9.610/98), está prevista de forma ampla na norma, não havendo distinção entre os direitos morais e patrimoniais de autor. Vide Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.841 - SC (2010/0075383-3) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI E, por fim, “(...) os embargos de terceiro são cabíveis de forma preventiva, quando o terceiro estiver na ameaça iminente de apreensão judicial do bem de sua propriedade. É que os embargos de terceiro na forma preventiva guarda relação com o instrumento da tutela inibitória, já consagrada por nosso ordenamento jurídico (...)”. Vide RECURSO ESPECIAL Nº 1.019.314 - RS (2007/0307980-6) RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX.

¹⁶⁶ Hipóteses de tutela inibitória previstas no direito italiano: 1) a tutela dos direitos da personalidade – artigos 7º e 8º, CC italiano; 2) a tutela da propriedade, da servidão e da posse – artigo 949, CC italiano; 3) a tutela contra a concorrência desleal – artigos 2.599 e 2.600, CC italiano; 4) tutela da marca, da invenção, do modelo e do desenho – artigos 2.569 e 2.584, CC italiano; 5) tutela da firma e da insígnia – artigo 2.568, CC italiano; 6) tutela do direito do autor - artigo 156 da Lei sobre o Direito do Autor; 7) tutela da liberdade sindical e da paridade dos sexos nas relações e trabalho – artigo 28 do Estatuto do Trabalhador; e 8) tutela do consumidor mediante a inibição do uso de cláusulas gerais abusivas – artigo 669, bis e ss, do CPC italiano. Afirma Andrea Proto Pisani, que a inibitória sempre foi predisposta em benefício da propriedade e da empresa, exceção feita as recentes hipóteses e àquelas previstas nos artigos 7º, 8º, 9º e 10 do CC e na Lei sobre o direito do autor. Cf. PISANI, Andrea Proto Pisani. *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumeni e tecniche di tutela*. Foro Italiano. 1990. p. 80.

¹⁶⁷ FRIGNANI, Aldo. *L'Injunction nella common...*, cit., p. 1 e ss; FRIGNANI, Aldo. *Azione in cessazione...*, cit., pp. 559 e ss; RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela...*, cit., 68; RAPISARDA, Cristina. *Inibitoria, Digesto delle discipline...*, cit. p. 475 e ss.; RAPISARDI, Cristina; TARUFFO, Michele Taruffo, *Inibitoria. Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 17, p. 1 e ss.

¹⁶⁸ Ver artigo 84, CDC: “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”.

e de não fazer, abrem oportunidades às sentenças mandamental e executiva, sem qualquer alusão à uma específica situação de direito substancial¹⁶⁹.

Importantíssimo ressaltar que com o advento do novo CPC brasileiro, Lei 13.105/2015, não existirão mais ações inibitórias típicas neste ordenamento, devendo ser realizada a proteção dos bens jurídicos ameaçados por ato ilícito futuro com fundamento no artigo 497, *caput*¹⁷⁰. Perceba-se que a redação dada ao dispositivo é precisa e atende aos contornos jurídicos desenhados pelos civilistas especialistas nesta matéria, já a partir do Italiano Doutor Aldo Frignani¹⁷¹.

A redação do artigo 497 do Novo CPC, no seu parágrafo único, prevê três modalidades de ações preventivas possíveis, consideradas ou classificadas a partir do tipo de ato ilícito a que se contrapõem ou, pelo menos, de acordo com o tempo de surgimento dos mesmo. Tais ações são, designadamente: o ato futuro puro (que nunca ocorreu, mas vai ocorrer), o ato futuro que é uma repetição de um ato que já ocorreu e a continuação (logicamente para o futuro) do ilícito que está ocorrendo.

¹⁶⁹ A teoria Quinária de Pontes de Miranda, segundo Luciano Vianna Araújo teve como objetivo romper com a Teoria Clássica do Processo Civil que classifica as sentenças em apenas três espécies: declaratórias, constitutivas e condenatórias. Para a classificação Quinária acrescenta-se a sentença mandamental e a executiva *lato sensu*. A teoria Quinária diferencia a sentença condenatória, a mandamental e a executiva *lato sensu*, sob o ponto de vista do cumprimento de cada uma delas. A primeira, deve ser cumprida posteriormente pelo réu. A segunda e a terceira, devem ser cumpridas imediatamente, sendo a diferença definida pela voluntariedade do réu, presente apenas na sentença mandamental. Sob esse prisma a sentença executiva *lato sensu* é possível apenas em razão da força estatal. Cf. ARAÚJO, Luciano Vianna. *A teoria Quinária da ação*, Editora JusPodium. 2010. p. 70. Ainda, Luis Guilherme Marinoni também concorda com a classificação da teoria Quinária, ressaltando que: “na época da formação do processo civil, as sentenças eram apenas três – declaratória, constitutiva e condenatória – porque assim bastava ao Estado Liberal e exigiam os seus valores. Com o passar do tempo, e o surgimento de novos direitos, passaram a ser necessárias novas técnicas para a tutela dos direitos, quando apareceram a sentença mandamental e executiva, delineadas com base nas expressões normativas constantes dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC”. Cf. MARINONI, Luis Guilherme. *Processo de Conhecimento*, 6.^a Edição, Editora Revista dos Tribunais, Volume 2. 2007. pp. 414-420.

¹⁷⁰ Artigo 497 – “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou não fazer, o juiz, se precedente o pedido, condenará a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. E Parágrafo único: Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

¹⁷¹ FRIGNANI, Aldo. *L’Injunction nella common...*, cit., p. 410.

1.6 O pedido na tutela inibitória. Cumulação de Pedidos.

De acordo com o artigo 290 do CPC/BR: “quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação”.

A doutrina ao interpretar a primeira parte do art. 290 distinguiu as prestações vencidas das vincendas, dizendo que nas obrigações de caráter periódico o devedor fica desincumbido de pedir, expressamente, o adimplemento das prestações vincendas¹⁷².

Importante destacar que a condenação para o futuro constitui condenação anterior à violação, tendo o objetivo de criar antecipadamente o título executivo. A condenação é solicitada com base no argumento de que a violação acontecerá, porém, é preciso criar desde logo o título executivo, para que a realização do direito, posterior à violação, possa ocorrer de maneira mais rápida. A condenação para o futuro não pretende impedir a violação do direito, pelo contrário, aquele que requer a condenação para o futuro sustenta que a violação ocorrerá. A sua finalidade não é a prevenção, mas apenas uma maior tempestividade da tutela repressiva¹⁷³.

Deixa-se claro, assim, que a condenação para o futuro não é idônea para prevenir o ilícito. Aliás, a “condenação”¹⁷⁴ constitui um meio processual completamente incapaz de propiciar verdadeira tutela preventiva.

No entanto, imperioso ressaltar que ao autor não basta formular o pedido. Ele tem também que indicar a causa de pedir, isto é, de alegar os fatos constitutivos da situação jurídica que quer fazer valer ou negar (ou integrantes do fato cuja existência ou inexistência afirma).

Discutiu-se durante algum tempo na doutrina se essa indicação da causa de pedir era necessária¹⁷⁵. A lei, define a causa de pedir como o fato jurídico constitutivo do efeito

¹⁷² Nesse sentido, PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3, 1.ª ed., Ed. For., p. 177 e ss.; ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações...*, cit., p. 227; SOARES, Fernando Luso. *Processo Civil de Declaração*, Coimbra, Coimbra: Almedina. 1985. pp. 579-581.

¹⁷³ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., pp. 145.

¹⁷⁴ Como explica Fernando Luso Soares, “a condenação em prestações futuras não significa que o réu seja condenado a pagar todas as prestações. O que se admite é que, vencida no futuro mais uma prestação, o autor pode invocar a sentença que antes obteve, e executar. Nesta hipótese, de prestações periódicas de trato sucessivo, exigindo uma prestação já vencida, o autor pede, ao mesmo tempo, que o réu seja condenado em todas as futuras ainda não vencidas”. Cfr. SOARES, Fernando Luso. *Processo Civil...*, cit., p. 580.

pretendido pelo autor (art. 581-4, CPC/PT), como tal contraposto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse mesmo efeito.

Ao tratar da tutela inibitória, é possível engendrar inúmeras hipóteses em que a violação de um dever pode ocorrer em diversos momentos. Assim, por exemplo, se uma indústria tem o dever de inserir nas propagandas de um de seus produtos determinado aviso aos consumidores, não há dúvida de que esta indústria poderá violar este dever em diferentes momentos¹⁷⁶.

Torna-se necessário procedermos à distinção entre prestações vencidas das vincendas, sendo que, nas obrigações de caráter periódico, o devedor fica desincumbido de pedir, expressamente, o adimplemento das obrigações vincendas¹⁷⁷.

Importante a ressalva feita por Ovídio Baptista da Silva¹⁷⁸ de que a imutabilidade da coisa julgada se projeta para o futuro, alcançando todas as situações que tenham identidade com a que foi objeto da decisão. Assim, veda-se ao réu que volte a praticar um ato com o mesmo conteúdo do reconhecido ilícito na sentença que produziu a coisa julgada

¹⁷⁵ Para a teoria da individualização, bastava ao autor indicar o pedido, com o que todas as possíveis causas de pedir podiam ser consideradas no processo, de tal modo que, ao responder, afirmativa ou negativamente, à pretensão, a sentença decidida em absoluto sobre a existência ou inexistência da situação jurídica afirmada pelo autor. Assim, por exemplo, afirmada a titularidade do direito de propriedade, todas as causas possíveis de aquisição do direito, podiam ser consideradas no processo, com a consequência, no caso de absolvição do pedido, de não poder o autor, propor nova ação em que alegasse uma causa de pedir que não tivesse sido efetivamente considerada no processo anterior. Para a teoria da substanciação, ao invés, a afirmação da situação jurídica, tem de ser fundada em fatos que, ao mesmo tempo que integram, tal como os outros fatos alegados pelas partes, a matéria fática da causa, exercem a função de individualizar a pretensão para o efeito da conformação do objeto do processo. FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à luz do Novo Código*. 3ª Edição. Coimbra Editora, 2013, pg. 64.

¹⁷⁶ Se houver hipótese dessa natureza, torna-se adequada, em vez da condenação para o futuro, a tutela inibitória, que apenas redundantemente poderia ser chamada de “inibitória para o futuro”. Isto porque se deseja meio processual idôneo para a inibição do ilícito. Note-se, por exemplo, que se já houve violação, ou seja, se a indústria já deixou de fazer constar o referido aviso aos consumidores em uma de suas propagandas na televisão, tal fato não importa em termos de tutela inibitória, uma vez que esta terá como objetivo apenas o de impedir a repetição do ilícito. Nestes casos, percebeu Proto Pisani que, “*per essere praticamente efficace, la condanna non deve limitarsi ad eliminare gli effetti della violazione già effettuata, ma deve ordinare Che – rebus sic stantibus – la violazione non sai ripetuta in futuro: per questa parte la condanna potrà trovare attuazione unicamente tramite Il ricorso Allá técnica delle misure coercitive*”. Cf. PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale...*, cit., p. 168.

Se o Ministério Público pede, através de uma ação coletiva inibitória, à indústria que já praticou o ilícito que não volte a praticá-lo, não é preciso que se deixem expressas as hipóteses em que a indústria deva inserir, nas suas publicidades, o aviso aos consumidores, bastando que se peça que a indústria ré introduza tal aviso nas suas futuras propagandas (já que ela tem o dever de sempre agir desta forma).

¹⁷⁷ Deste modo, não se deve confundir a pretensão de recebimento dos valores devidos a ser obtida por meio da tutela condenatória e executiva com a pretensão inibitória que visa cessar ou impedir novas violações aos direitos autorais. Ao mesmo tempo, há que se frisar que uma não exclui a outra. Cf. Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.841 - SC (2010/0075383-3) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI.

¹⁷⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, São Paulo: RT. 1996. p. 192 e ss.

material. Logo, surgindo circunstâncias semelhantes às aquelas que justificaram a decisão que já produziu coisa julgada material, bastará solicitar ao juiz ordem para que o novo ato temido não venha a ser praticado, não tendo cabimento exigir que o juiz decida, novamente, sobre a licitude ou ilicitude do ato.

Tal como considera Sergio Arenhart¹⁷⁹: “a sentença gera efeitos futuros imodificáveis – e, em princípio, eternos – seja em termos de ação reparatória, seja em termos de ação inibitória. A ordem emanada de uma ação como esta vigorará ad eternum, ao menos enquanto perdurarem existentes os motivos que ensejaram tal decisão judicial, da mesma forma que vigerá ilimitadamente a imutabilidade da declaração da ocorrência do ilícito”.

Um ato temido, cuja substância não é nova, mas já foi considerada ilícita por sentença que produziu coisa julgada material, não justifica outra ação. É a alteração da substância do ato, ou seja, um outro ato que abre ensejo à uma nova ação.

Marinoni¹⁸⁰ alerta para um problema prático referente à cumulação dos pedidos da tutela inibitória com a tutela ressarcitória. Sucede que a tutela ressarcitória pode exigir mais tempo para que o processo tenha fim. Havendo cumulação de tutela inibitória com a tutela ressarcitória, é possível que o pedido de tutela inibitória torne-se “maduro” para o julgamento antes do pedido ressarcitório.

Nesse caso, é possível admitir, por meio da tutela antecipatória, o julgamento antecipado do pedido inibitório, aguardando-se o desenrolar do procedimento para a definição do pedido ressarcitório¹⁸¹.

Vale lembrar, ainda, que a tutela antecipada pode ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Se um dos pedidos cumulados (ou a parcela do pedido) está “maduro” para julgamento no decorrer do processo, é porque deve haver cognição exauriente, não existindo a necessidade de produção de outras provas em relação a ele¹⁸².

¹⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória coletiva*, São Paulo: RT. 2003. p. 288.

¹⁸⁰ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., p.146.

¹⁸¹ Devem ser respeitados os requisitos da Tutela Antecipada, conforme disposto no artigo 273, CPC: “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”.

¹⁸² Um exemplo dado por Marinoni, desta feita, tomando-se em consideração a hipótese em que o autor cumula dois pedidos, postulando, no primeiro, que o réu seja inibido a não usar mais a sua marca comercial e, no segundo, que ele seja condenado a pagar perdas e danos. O autor possui provas documentais do registro da marca em seu nome e de que o réu está utilizando-a nas suas embalagens (tais provas estão anexas à petição inicial), mas necessita de prova pericial para demonstrar o seu direito a perdas e danos. Na audiência

Outra questão significativa é apontada pelo Código Civil Italiano, nos arts. 2.599 e 2.600, que evidenciam a possibilidade de cumulação das tutelas inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória em face da prática de atos de concorrência desleal. Prevê o primeiro desses artigos que: *“la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti”*.

Assim sendo, é possível a concessão: i) da tutela inibitória, para que o réu cesse a prática dos atos de concorrência desleal; ii) da tutela de remoção do ilícito, para que sejam eliminados ou destruídos os objetos que configurem a concorrência desleal; e iii) da tutela ressarcitória, para que o autor seja ressarcido pelos danos que lhe foram causados.

Desta forma, por exemplo, no caso em que os atos da concorrência desleal são praticados mediante a divulgação de cartazes publicitários, torna-se possível a cumulação das tutelas inibitória de remoção do ilícito e ressarcitória. As tutelas inibitórias para remoção do ilícito para evitar que outros atos não sejam praticados no futuro e a tutela ressarcitória para que o autor seja devidamente indenizado pelos danos.

Conforme alega Luigi Mosco¹⁸³, a sorte da ação de remoção é independente do resultado das demandas inibitória e ressarcitória. Poderá ser repelida a demanda inibitória por inexistência de perigo e, eventualmente, também rejeitada a ação ressarcitória por falta de danos efetivos. Todavia, a ação de remoção deverá ser acolhida. Assim sendo, cada uma destas tutelas têm pressupostos próprios.

preliminar, o pedido inibitório estará “maduro” para julgamento, abrindo oportunidade para uma decisão fundada em cognição exauriente – por não existir necessidade de outras provas em relação a ele -, mas o pedido relativo às perdas e danos exigirá mais tempo da “justiça”, obrigando a produção de prova pericial. Questiona Marionini se: “É justo obrigar o autor a esperar o tempo para a produção de prova pericial para poder obter a tutela que impeça o uso de sua marca comercial? É evidente que NÃO. Mas se não couber a tutela antecipatória mediante o julgamento do pedido cumulado, e não houver “perigo de dano” (que abre ensejo para a tutela antecipatória), o que fazer? A resposta é simples: Nada!” .Se ninguém duvida que é cabível a tutela baseada na aparência do direito, é completamente equivocado supor que não cabe tutela do direito evidenciado. Alguns poderão dizer que a primeira exige “fundado receio de dano”, ao passo que a não concessão da segunda não ocasionará prejuízo algum. Pensar assim é desconsiderar o direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional e admitir que o procedimento pode estar estruturado em desatenção às garantias de justiça contidas na Constituição, o que certamente é um absurdo. Não tem qualquer lógica pensar que o princípio da economia processual pode colocar em segundo plano o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. Cf. MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., pp. 149-150.

¹⁸³ Mosco, Luigi. *La concorrenza*, Napoli: Joveni. 1956. pp. 277.

Capítulo II

2. A tutela inibitória e as cláusulas abusivas no contrato do direito do consumidor

2.1 É necessário que preventivamente se limitem as cláusulas contratuais a fim de evitar o ilícito?

A formação da sociedade em massa tornou evidente que a liberdade contratual, em grande número de casos, se limitava afinal à liberdade formal de celebrar ou não o contrato: porque uma das partes contratuais mais não podia fazer do que aceitar tal qual um consulado que lhe era apresentado *ne varietur* ou renunciar obter o bem ou serviço que a outra parte contratual lhe poderia proporcionar. Na maior parte dos casos, a essa liberdade jurídica de celebração não correspondia sequer uma liberdade econômica de celebração do contrato, pois estavam em causa bens ou serviços de que não se poderia prescindir¹⁸⁴.

A Defesa ao Consumidor é uma determinação do constituinte originário imposta ao Estado como um dever e consagrada ao indivíduo como direito fundamental (art. 5, inciso XXXII, CRFB), ademais, também é um princípio a ser observado obrigatoriamente na ordem econômica (art. 170, inciso V, CRFB)¹⁸⁵.

A ordem jurídica, enquanto conjunto de regras e princípios, é formada por normas que se situam em diversos estratos formadores do conhecimento jurídico, sob uma estrutura hierarquizada, de acordo com um maior ou menor grau de abstração ou concreção¹⁸⁶.

A ideia de organização, no ordenamento jurídico, de uma rede de proteção ao consumidor surge, de forma mais perceptível, em razão da identificação da sua

¹⁸⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-Fé*. Artigo publicado em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CCGOA.pdf Acesso em 10.0.2015.

¹⁸⁵ Artigo 5, XXXII, CRFB: “O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor”; e Art. 170, V, CRFB: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: v) defesa do consumidor”.

¹⁸⁶ FILHO, Willis Santiago Guerra. *Processual Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos. 1999. pp. 52-53.

vulnerabilidade nas relações de consumo, com a inserção de novos direitos, contrapondo-se a sua situação de fragilidade, nitidamente em favor do consumidor¹⁸⁷¹⁸⁸.

No tratamento dos direitos metaindividuais, o que importa fundamentalmente é *evitar a ocorrência da lesão*, daí o caráter preventivo que deve assumir, preferencialmente, a tutela jurisdicional, o que hoje é viabilizado pelo art. 84, do CDC, assim considerada como tutela preventiva definitiva de qualquer *direito difuso, coletivo ou individual homogêneo*¹⁸⁹.

Como mecanismos de prevenção, importante mencionar aqui os deveres de comunicação e informação ao consumidor¹⁹⁰, promovendo-se a correta informação ao aderente, procurando dar-lhe a faculdade de escolher entre as várias alternativas que o mercado lhe oferece, com a pretensão de, no âmbito do contrato de adesão, compensar-lhe em parte a falta de liberdade contratual e de cumprir o dever de transparência.

No ordenamento jurídico português, a tutela inibitória consumerista está consagrada nos artigos 10 e 11 da Lei 24/96¹⁹¹¹⁹².

¹⁸⁷ Nesse sentido, foi enviada uma mensagem ao Congresso pelo Presidente John Kennedy, em 15 de Março de 1962, com o seguinte teor: “os bens e serviços colocados no mercado devem ser sadios e seguros para o uso; promovidos e apresentados de maneira que permitam ao consumidor fazer a escolha satisfatória; que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que determina o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado; tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições e serviços; e, ainda, o direito a preços justos”. Cf. ROSA, Josimar Santos. *Relações de Consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores*. São Paulo: Atlas. 1995. P. 19.

¹⁸⁸ A própria legislação consumerista se encarregou de conceituar no seu artigo 2º, *caput*, do CDC/BR, como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final”. Também positivado no artigo 2º do CDC Português como: “1. Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade econômica que vise a obtenção de benefícios”.

¹⁸⁹ MARIONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., pp. 79-80.

¹⁹⁰ Art. 6º, III, do CDC/BR; Art. 3º, “d”, do CDC/Portugal; e Art. 2º, 2, “c”, no Codice Del Consumo.

¹⁹¹ Especificamente sobre os contratos-tipo em Portugal, o Decreto-Lei n. 466/85 - alterado pelo Decreto-Lei n. 220/95 - já havia consagrado a ação inibitória para proibir a utilização de cláusulas contratuais gerais abusivas.

¹⁹² Ver Artigo 10º e 11º, respectivamente, do CDC Português: “Direito à prevenção é ação inibitória: 1. É assegurado o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente: a) Atentem contra a sua saúde e segurança física; b) se traduzem no uso de cláusulas gerais proibidas; c) consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei; e 2. A sentença proferida em ação inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829-A, do Código Civil, sem prejuízo da indenização a que houver lugar”. E, “1. A ação inibitória tem o valor equivalente ao da alçada da Relação mais 0,01€, segue os termos do processo sumário e está isenta de custas; 2. “A decisão específica o âmbito da abstenção ou correção, designadamente, através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de situações a que se reporta; 3. Transitada em julgado, a decisão condenatória é publicada a expensas do infrator, nos termos fixados pelo juiz, e é registrada em serviço a designar nos termos da legislação regulamentar da presente lei; 4. Quando se tratar de cláusulas contratuais gerais, aplica-se ainda o disposto nos artigos 31 e 32 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 220/95, de 31 de agosto, 249/99, de 07 de julho e 323/2001, de 17 de dezembro”.

Dos dispositivos citados, vislumbra-se que a ação inibitória tem por objeto a condenação na realização de uma prestação positiva ou negativa – *para prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas ao direito do consumidor* – e na indenização dos danos individualmente sofridos e resultantes da atitude do demandado¹⁹³.

A Lei de Defesa do Consumidor veio concretizar uma ampliação do modelo de ação inibitória criado pela aplicação do diploma relativo às cláusulas contratuais gerais e sua generalização às ofensas aos direitos dos consumidores.

A proteção do consumidor perante cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos na defesa do consumidor, em razão da multiplicidade dos contratos de adesão¹⁹⁴.

Especificamente quanto aos contratos de adesão, a sua implementação de contratação em massa, conforme já mencionado, trazem consigo as chamadas cláusulas gerais dos contratos, que têm sido largamente utilizadas em contratos bancários, de seguros, planos de saúde, consórcios, operadoras de telefonia, etc. Estas cláusulas, conforme entendimento do Professor Nelson Nery Júnior¹⁹⁵, “são marcadas pela “abstração”, o que significa que tem por fim permitir que qualquer pessoa possa a ela aderir, de modo que a contratação possa realmente se dar em larga escala”.

Em que pese a praticidade e economicidade de tal instituto, deve-se notar que estas cláusulas, por serem preestabelecidas pelo estipulante para que o consumidor¹⁹⁶ as aceite sem prévia discussão, podem ser abusivas e, portanto, consideradas lesivas aos seus direitos¹⁹⁷¹⁹⁸.

¹⁹³ Artigo 12, do CDC Português: “Direito à reparação de danos: 1- O consumidor tem direito à indenização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes de fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos; 2 – O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei”.

¹⁹⁴ Define-se o contrato de adesão como o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos da relação sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para construir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas. O contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja pré-constituído por uma das partes, eliminada a livre discussão que procede normalmente à formação dos contratos. PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *Cláusulas abusivas no contrato de adesão*. Jus Navegandi, Teresina, ano V, n. 47, Nov. 2000, Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/708>. Acesso em 05.05.2015

¹⁹⁵ JUNIOR, Nelson Nery. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 290.

¹⁹⁶ Segundo António Pinto Monteiro, entende-se por direito do consumidor “*como o conjunto de princípios e regras destinadas à proteção do consumidor*”. Cf. MONTEIRO, António Pinto. *Estudos do Direito do consumidor N.º 4*, Coimbra: Centro de Direito do Consumo. 2002. p. 121.

¹⁹⁷ Em 26 de Julho de 1996, entrou em vigor, na Alemanha, a lei aprovada em 19 de julho deste mesmo ano, que modificou a célere AGB-Gesetz, de 09 de Dezembro de 1976, dando um enorme passo ao prever um conjunto de cláusulas proibidas. A adoção desta medida prendeu-se com a necessidade de estabelecer uma

No ordenamento brasileiro, o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, enumera, exemplificativamente, uma série de cláusulas abusivas, declarando-as nulas de pleno direito, até mesmo porque, o próprio artigo 51, *caput*, alude a outras cláusulas que podem ser abusivas, mas também, porque o seu inciso XV fala expressamente em cláusulas que “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”¹⁹⁹.

Ainda conforme disposto no CDC/BR, o artigo 6, IV, constitui o direito do consumidor à proteção contra “práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”²⁰⁰, prevendo, assim, a tutela deste direito de forma preventiva, através da tutela inibitória coletiva.

Comparando com o ordenamento jurídico português, temos que as cláusulas contratuais gerais ²⁰¹ são denominadas de “posições destinadas à inserção numa

forma de controle preventivo, atuando sobre o próprio conteúdo do contrato, e teve por base os problemas levantados por este tipo de contrato, ao longo de décadas, nos tribunais alemães. Mais do que a posição de aderente, a lei alemã destinou-se a assegurar o próprio tráfego jurídico. O ponto de partida foi o conteúdo do contrato e o conhecimento do mesmo tornou-se elemento determinante da vontade do aderente. Ficou, também, consagrada a boa-fé como critério geral. Já era esta a posição da jurisprudência alemã, tendo o legislador optado pela boa-fé em detrimento de um critério geral assente nos bons costumes. Essa lei serviu anos mais tarde de inspiração ao legislador português.

¹⁹⁸ O contrato de adesão, conforme artigo 54 do CDC/BR, é utilizado quando o público-alvo do fornecedor é um ente desconhecido, indeterminado, mas determinável. É um contrato que visa a contratação em massa, não se referindo a um indivíduo específico, mas a todos aqueles que se interessarem pelo produto comercializado pelo fornecedor. Podemos verificar cinco características deste tipo de contrato: i) preestabelecimento (estipulações feitas antes do início da contratação); ii) unilateralidade (somente o fornecedor elabora as cláusulas); iii) uniformidade (mesmas cláusulas valem para o setor inteiro do mercado); iv) abstração (as cláusulas são estipuladas tendo em referência uma relação jurídica abstrata, que só será concretizada a partir da aquisição do produto pelo consumidor); e v) rigidez (o aderente é obrigado a aceitar as cláusulas sem poder discutir o conteúdo do contrato). Quanto aos efeitos das nulidades, temos que as nulidades relativas sempre dizem respeito à um interesse privado, assim, o vício pode ser sanado. Ao passo que a nulidade absoluta é reservada a matéria de ordem pública podendo ser declarada de ofício pelo Juiz e o Estado não aceita disposição a seu respeito.

¹⁹⁹ Artigo 51, XV, do Código de Defesa do Consumidor/BR: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VX – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”.

²⁰⁰ Artigo 6 IV, do Código de Defesa do Consumidor/BR: “São direitos básicos do consumidor: IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

²⁰¹ ALVES, João. “*Algumas notas sobre a tramitação da Ação Inibitória de Cláusulas Contratuais Gerais*”, publicado na Revista do CEJ (Centro de Estudos Judiciários), 1º Semestre 2007/Número 6. Lisboa, p. 76 e ss. Segundo este autor: “Os contratos de adesão formados através das cláusulas contratuais gerais são instrumentos necessários de racionalização do comércio, celeridade, redução de custos e eficácia. Em si mesmas, não prejudicam os consumidores, tal só se verifica com a introdução de cláusulas abusivas pelo proponente que está em condições de as impor”. Importante ressaltar que o Novo CPC/BR, Lei 13.105/2015, inova ao expor que matérias de ordem pública, tais como, as condições da ação, pressupostos processuais, prescrição e decadência, devem respeitar o *Princípio do Contraditório*, com a obrigatória e prévia oitiva das partes. Conforme disposto nos artigos, 7, 8 e 9 do Novo Códex.

multiplicidade de contratos, na totalidade dos quais se prevê a participação como contraente da entidade que, para esse efeito, as pré elaborou ou adotou”²⁰²²⁰³.

A Diretiva Comunitária de 91/13/CEE (“cláusulas abusivas”), do Conselho Europeu, de 05 de Abril de 1993, proíbe as cláusulas abusivas nos contratos de adesão celebrados com os consumidores. É importante, também, pelas implicações que tem na teoria geral dos contratos, além do reconhecimento e reforço do estatuto do consumidor como sujeito carecido de uma proteção especial. Sem contar que ela constitui um meio importante para a harmonização do chamado “direito europeu dos contratos”.

O Decreto-Lei n.º 446/85 (anterior à Diretiva), introduziu a matéria pelo prisma das cláusulas gerais. Na sua formulação atual²⁰⁴, o artigo 1, n.º 1, indica como o seu objeto “as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes e destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar (...)”. Este decreto-lei, ignorou assim, as cláusulas abusivas inseridas em negócios individualizados, regulando apenas as cláusulas gerais²⁰⁵.

Pode-se afirmar que a Lei Portuguesa ultrapassa a Diretiva, pois regula todos os contratos individualizados com os consumidores. Mas ir além da Directiva não significa que esteja a violá-la, sendo o legislador livre para determinar o âmbito de aplicação do regime.

A ação inibitória, neste contexto, possibilita uma tutela específica, destinada a assegurar, não um sucedâneo para um direito ou interesse violado, mas o gozo do próprio direito. Quanto as finalidades, na ação inibitória repressiva, pretende-se fazer cessar a violação de um interesse difuso e o seu objetivo é a abstenção dessa violação e na ação inibitória preventiva, procura-se prevenir a violação de um interesse difuso e o seu objetivo é a abstenção dessa violação. Em qualquer ação inibitória, pretende-se obter a omissão de

²⁰² ALMEIDA, Carlos Costa. *Direito das obrigações*, 11.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora. 2013. p. 118.

²⁰³ Na estruturação do regime das cláusulas contratuais gerais proibidas, o DL 446/85 de 25/10 apresenta uma distinção entre cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas. As cláusulas absolutamente proibidas são aquelas que não podem, em qualquer circunstância, constar de contratos realizados por adesão. Essas proibições atuam independentemente dos esquemas negociais em que se incluam (art. 18º e 21º). Por sua vez, as cláusulas relativamente proibitivas são aquelas que são susceptíveis de serem válidas para certos contratos e não para os outros. A sua validade ou não depende de um juízo de valorativo face ao tipo negocial concreto (art. 19º e 22º).

²⁰⁴ Fruto do Decreto-Lei n. 220/95, de 31 de agosto e alterado já pelo Dec.-Lei n. 249/99. O motivo dessa alteração foi a transposição da Diretiva 93/13/CEE.

²⁰⁵ RIBEIRO, J. J. Souza. *O Problema do Contrato*, Coimbra: Almedina. 1999. pp. 662-663.

uma conduta. Na ação repressiva, essa conduta já é efetiva e, na ação preventiva²⁰⁶, ela é apenas eventual, pois, a cláusula abusiva pode ainda não ter sido utilizada²⁰⁷.

Assim, a ação inibitória concentra-se na prevenção e cessação do ilícito, situação ainda não totalmente interiorizada pelos operadores judiciários. E este também o entendimento da jurisprudência portuguesa²⁰⁸, que considera que: “A ação inibitória visa proibir cláusulas contratuais gerais elaboradas para utilização, e não impedir, antes da verificação da situação concreta nelas prevista, que alguém as possa imaginar ou perspectivar”.

As ações inibitórias não têm por fim reintegrar ou reparar o direito violado, logo, não se exige que haja ocorrência de prejuízos. Tais ações visam, somente, evitar que o ato ilícito venha a ocorrer, continue a ser cometido ou se repita.

No tocante a ação inibitória da utilização de cláusulas gerais para utilização futura, há decisão no Supremo Tribunal de Justiça²⁰⁹ no sentido de esta é independente da inclusão efetiva das cláusulas nos contratos singulares, visando impor ao demandado a obrigação de se abster ou de recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objeto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado.

Ressalta-se mais uma vez que, em matéria de defesa do consumidor, é comum a proibição de ações e condutas, pois tal convicção tem na sua gênese que tal conduta pode provocar prejuízos, pelo que, discutir prejuízo é o mesmo que negar a própria proibição legal.

Ao nível de conteúdo, a sua fiscalização consagra o recurso a uma cláusula geral de controlo - o princípio da boa-fé²¹⁰ (art. 15 DL 446/85), eixo central do sistema, surgindo a enumeração das cláusulas proibidas como simples concretização, exemplificativas da

²⁰⁶ Análise no âmbito da Diretiva 93/13/CEE, processo C-372/99, N° Celex: 61999C0372, nas conclusões do Advogado-geral Alber apresentadas em 20 de setembro de 2001. Comissão das Comunidades Europeias contra a República Italiana, *apud* ALVES, João. “*Algumas notas sobre a tramitação...*”, cit., p. 76 e ss.

²⁰⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lex. 2003. p.70.

²⁰⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça/STJ, Proc. 01A3417, Relator Dr. Alípio Calheiros, em 05/10/2001.

²⁰⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça/STJ, Proc. 2475/10, julgado pela 7° Secção, Relator Dr. Salazar Casanova, em 11/13/2014.

²¹⁰ O que está em causa é o desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, que leva à qualificação da cláusula como abusiva – ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé*, Revista da Ordem dos Advogados, vol. II, 2000. p. 585.

valoração desse princípio. A consequência jurídica da sua inobservância é a nulidade (art. 12)²¹¹.

O controle das cláusulas, o designado controle abstrato (ou preventivo), é levado a cabo independentemente da sua inclusão nos contratos singulares. Trata-se do recurso à ação inibitória²¹², em que se pretende que os utilizadores das cláusulas contratuais gerais sejam condenados a abster-se do seu uso. O controlo efetua-se abstratamente e não em concreto, tendo em conta as cláusulas em si próprias, no seu conjunto e segundo os padrões em voga, e não isoladamente ou em função do caso concreto²¹³²¹⁴.

O direito italiano exalta a tutela inibitória contra o uso das cláusulas gerais abusivas²¹⁵. Em observância também da Diretiva 93/13, do Conselho Europeu, “concernentes às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores”, foi publicada a alteração do Código Civil italiano que mandou inserir – depois do capítulo XIV do título II do livro quatro do Código Civil -, entre outras, a seguinte norma: “*Art. 1469 – sexies – (Azione inibitória) – Le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l’associazione di professionisti Che utilizzano*

²¹¹ O juiz no Acórdão do STJ de 15/3/05, CJ, STJ, I, 2005, p. 146, entendeu que as violações ao artigo 8º do DL 446/85 são cominadas com nulidade, argumentando tal nulidade com exigências de transparência, equilíbrio das prestações, interesse público.

²¹² ALVES, João. *Direito dos Consumidores – Textos e Peças Processuais*, Coimbra, Coimbra Editora. 2006. pp. 214-216.

²¹³ Se no âmbito de uma ação inibitória a sentença decidir não proibir a cláusula Y, isso não significa que não possa mais tarde vir a ser proibida, se for incluída num contrato. “É que pode não se justificar, *a priori* e em termos gerais, a proibição de certas cláusulas, mas justificar-se já, no entanto, a sua proibição em determinado contrato concreto, por força das circunstâncias desse caso concreto” – MONTEIRO, António Pinto. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, ROA, ano 62. 2002. pp. 127-128. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3346. Acesso em 15.05.2015.

²¹⁴ Nesse sentido, MONTEIRO, António Pinto: “Um controlo eficaz terá de atuar em três direções: pela consagração de medidas destinadas a obter, em cada contrato que se venha a concluir um efetivo e real acordo sobre todos os aspectos da regulamentação contratual; pela proibição de cláusulas abusivas; e pela atribuição de legitimidade processual ativa a certas instituições (como o Ministério Público) ou organizações (como as associações de defesa do consumidor) para desencadear um controlo preventivo (que além de permitir superar a habitual inércia do aderente se mostra bem mais adequado à generalidade e indeterminação que caracteriza esse processo negocial), isto é, um controlo sobre as “condições gerais” antes e independentemente de já haver sido celebrado um qualquer contrato”. MONTEIRO, António Pinto. *O Novo Regime Jurídico nos Contratos...*, cit., que serviu de apoio à Conferência proferida em 28 de setembro de 2000, a convite do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, e que corresponde quase integralmente ao trabalho redigido para os Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, intitulado “Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções.

²¹⁵ “*Sono infatti qualificate come vessatorie (la direttiva comunitaria le definiva come abusive) le clausole inserite in contratti conclusi tra il consumatore e il professionista ed aventi ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi Che (malgrado la buona fede) “determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 1469 bis, 1. ° co., c.c.)”*. Cf. DAVONI, Filippo. *L’azione inibitória in materia...*, cit., p. 1407.

condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sai accertata l'abusività ai sensi del presente capo (...)". A tutela inibitória, neste caso, pode ser usada pelos legitimados coletivos²¹⁶, ou seja, pelas associações representativas e pelas câmaras de comércio, de indústria, de artesanato e de agricultura²¹⁷.

A tutela tem por escopo evitar a difusão das cláusulas gerais reputadas como abusivas ou impedir que as cláusulas abusivas, antes mesmo de sua concreta utilização em contratos pactuados com os consumidores, sejam postas em circulação. Conforme explica o Professor Filippo Danovi²¹⁸, "a conduta ilícita, que pode ser inibida, não deve necessariamente ter como consequência um dano atual para o consumidor. A tutela inibitória é prevista com base em uma avaliação prognóstica realizada pelo legislador, dirigida a impedir a conduta ilícita (a difusão das cláusulas vexatórias) enquanto tal, independentemente dos seus efeitos concretos sobre o mundo material".

Neste ordenamento, tem-se ainda que a tutela inibitória, quando apresente um "*giusti motivi di urgenza*", pode ser concedida antecipadamente, ao abrigo dos artigos 669-bis e ss. do CPC²¹⁹.

Em ambos os ordenamentos mencionados, resta claro que a tutela inibitória destina-se a impedir que "os utilizadores de condições gerais desrazoáveis ou injustas sejam condenados a abster-se do seu uso ou que as organizações de interesses que recomendem tais condições aos seus membros ou associados sejam condenadas a abandonar essa recomendação"²²⁰. Assim: "a ação dirige-se contra o risco de proliferação não contrariada de cláusulas ilícitas"²²¹.

²¹⁶ DAVONI, Filippo. *L'azlone inibitória in matéria...*, cit., p. 1407. p. 1064. "*La previsione riveste particolare importanza in quanto costituisce un ulteriore riconoscimento della legittimazione ad agire in sede civile in capo a organi collettivi, secondo un modello ancora poco utilizzato nel nostro sistema, nel quale all'interesse suscitato in dottrina dalla tematica degli interessi collettivi e diffusi há fatto ricontra sino ad oggi un'applicazione del tutto limitata nel diritto positivo*". Ver, também, artigo 37 na íntegra, do CDC Italiano (Codice del Consume, Decreto Legislativo 06 settembre 2005, n. 206)

²¹⁷ Giuseppe Tarzia, *La tutela inibitória contro le clausole vessatorie*, *Rivista de Diritto Processuale*, 1997, p. 635 e ss.

²¹⁸ Filippo Davoni. *L'azione inibitória in matéria di clausole vessatorie*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, p. 1.057.

²¹⁹ TARZIA, Giuseppe. *Per la revisione del Codice di Procedura Civile – Relazione*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1996. p. 644 e ss. Ver, também, o artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor Italiano (Codice dei Consume).

²²⁰ SÁ, Almeno de. *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Editora Almedina. 2005. pp. 40 e 41.

²²¹ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Coimbra Editora. 2007. p. 494.

A finalidade da ação inibitória, neste aspecto, é a de impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, “procurando assim, o legislador superar os inconvenientes de um controlo apenas *a posteriori*, com efeitos circunscritos ao caso concreto, sub judice, e dependente apenas da iniciativa processual do lesado, e qual é vítima, frequentemente, da sua própria inércia e da falta de meios para enfrentar, sozinho, um contraente poderoso”²²².

Interessante é a solução aplicada pelo direito português, que conforme disposto no art. 26 do Dec.-Lei n.º 446/85, compete ao poder judicial e não a um órgão administrativo a fiscalização preventiva das cláusulas contratuais gerais. Solução esta que traz consigo a vantagem da imparcialidade e independência garantida aos Tribunais. Porém, no nosso ver, esta solução acarreta consigo, por sua vez, o inconveniente típico normalmente associado aos processos judiciais: a morosidade processual. Por este motivo, têm ganhado especial importância na resolução de conflitos emergentes de contratos de adesão, os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, que consideramos ser uma forma de limitação às cláusulas contratuais que passa por um rigoroso controlo do poder judiciário, resguardando o lado positivo que seria igualar as partes nessa relação (equilíbrio das partes) e fazer valer o direito almejado.

Uma desvantagem da tutela inibitória neste ordenamento reside na sua eficácia bem reduzida, produzindo os seus efeitos meramente *ultra partes* e não *erga omnes*²²³.

Neste aspecto, o direito brasileiro, que teve essa matéria oriunda do direito italiano²²⁴, estabelece que sendo o direito difuso, indivisível e de titulares indeterminados (art. 81, parágrafo único, I, do CDC), a eficácia da decisão também será difusa, com efeitos *erga omnes* nos termos da lei, beneficiando todos esses titulares indeterminados, de modo

²²² MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares”, *Studia Iuridica*, 61, “Ad Honorem” 1, Coimbra. 2001. p. 1116.

²²³ Isso significa que a decisão proferida pelo tribunal que julgou determinada cláusula proibida apenas pode ser oposta contra a empresa que tenha sido sujeito passivo na ação inibitória e não contra qualquer outra empresa, ainda que do mesmo setor ou ramo de atividade, que utilize cláusulas iguais ou similares nos seus contratos de adesão. Ou seja, a eficácia *ultra partes* da sentença só pode ser invocada por qualquer pessoa que venha a concluir um contrato com a empresa condenada; tão só e apenas contra esta empresa, independentemente da proliferação do uso de cláusula igual ou similar no mercado por quaisquer outras empresas. Essa “lacuna” abre caminho para que outras empresas que não tenham sido demandadas possam, efetivamente, continuar a utilizar livremente as cláusulas julgadas proibidas e, portanto, abusivas. Para amenizar essa deficiência é que existe no regime o “controlo das cláusulas contratuais gerais.”

²²⁴ Nessa linha de pesquisa, quanto à disciplina dos efeitos subjetivos da sentença, das pessoas que são por ela alcançados, deve, necessariamente, acompanhar o tipo de situação jurídica que se trata de tutelar, ou seja, a natureza e o conteúdo do direito agitado no processo. Cf. TARUFFO, Michelle. *Intervento, Le azione a tutela di interessi collettivi* – Atti del convegno di Studio, Padova: Cedam. 1976. p. 336.

indivisível. Sendo o direito coletivo, que também é indivisível, mas de titularidade de determinado grupo, categoria ou classe ligada entre si ou com a parte contrária por relação jurídica-base, a eficácia da decisão será *ultra partes*, ou seja, não se estenderá a toda a sociedade, mas apenas àquela parte limitada e determinada. Tratando-se de uma ação inibitória coletiva, a decisão estenderá a sua eficácia, de forma indivisível, para a toda a sociedade ou grupo, sendo ela atuada, também, por uma única ordem ou ato sub-rogatório, que realizará o único direito reconhecido, difuso ou coletivo.

O CDC, ao disciplinar o regime de cláusulas abusivas, previu a sua aplicação a qualquer modalidade do contrato de consumo, ou seja, individual (com termos negociados entre as partes), ou por adesão (predisposição unilateral dos termos), impondo ainda, como sanção principal à cláusula abusiva, a sua nulidade, passível até mesmo de reconhecimento judicial *ex officio*. Por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser requerida à qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição.

Fica evidente, portanto, que também neste ordenamento há um controle, pois a repressão aberta às cláusulas abusivas constitui uma forma nítida de intervenção do Estado para controlar o poder econômico e, conforme já mencionado, para evitar o desequilíbrio contratual entre as partes (criado pela atuação preponderante das grandes empresas), que mediante estipulação unilateral de cláusulas, colocam os consumidores numa posição absolutamente desvantajosa.

Assim, resta evidente que se faz necessário um controle tanto preventivo, conforme os argumentos analisados, como um controle em qualquer momento, para que se possa garantir o equilíbrio entre as partes e a proteção do direito.

Prevalece o princípio básico do direito privado na sua máxima, ou seja, tudo o que não é proibido é permitido. E, dentro do direito privado, o dirigismo contratual, para atuar de forma eficaz, precisa estabelecer vedações, nulidades, leis de ordem pública, que ocupem o espaço antes reservado à autonomia da vontade, a fim de evitar o já tão mencionado “*desequilíbrio contratual*”.

2.2 Das Cláusulas Gerais do Contrato

As cláusulas contratuais gerais e o contrato de adesão, conforme mencionado anteriormente, não mais são do que expressão do princípio da liberdade contratual e da autonomia da vontade, aplicados às necessidades quotidianas de uma sociedade massificada, dadas as particularidades características deste tipo de contrato²²⁵.

Com efeito, o fenômeno das cláusulas contratuais surge associado à proliferação do comércio jurídico e à necessidade de lhe dar respostas através de um mecanismo célere e eficaz²²⁶.

Neste contexto de sociedade de massa, a negociação individualizada do contrato, a celeridade e a eficácia relativos a bens ou ao mais banal dos serviços, tornou-se bastante difícil, até mesmo impraticável na maioria dos casos, pelo que, por “razões de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia, levam as empresas a recorrer a este modo de contratar, eliminando ou esvaziando, consideravelmente às negociações prévias entre as partes; A verdade é que tais contratos apresentam especificidades várias em face do contrato tradicional ou negociado, que o legislador pressupôs. Especificidades essas que não podem deixar de ser tidas em conta e que consistem na inclusão, no contrato, de cláusulas prévias e unilateralmente redigidas, que não foram negociadas, antes elaboradas

²²⁵ No Brasil, tais cláusulas são conhecidas como condições gerais do contrato, embora seja considerada uma improbidade técnica: “A expressão condições gerais do contrato padece de improbidade técnica, tanto no emprego substantivo, quanto no adjetivo. O termo técnico para designar qualquer proposição contratual é cláusula. Na terminologia jurídica, o vocábulo “condição” tem significado peculiar, que não se compadece com a acepção em que se acha empregado para nomear o fenômeno da preconstituição unilateral do esquema do contrato”. Neste sistema, as cláusulas contratuais gerais apresentam quatro características essenciais para a sua delimitação: i) a predisposição (ou preconstituição); ii) a uniformidade; iii) a abstração; e iv) a rigidez”. Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Editora Forense. 1972. p. 7.

O desenvolvimento dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais no direito brasileiro começou a verificar-se, somente, a partir da década de 1960, por influência do Direito Econômico, avançando mais no final do século passado e início deste século, visto que o Código Civil de 1916 não tratou da matéria, embora a contratação de massa já fosse, na primeira metade do século XX, um fenômeno marcante da vida econômica. Ainda hoje há poucas normas de direito positivo à respeito dos contratos de adesão, sendo a principal fonte normativa o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/90), que tratou dos contratos de adesão nos seguintes termos: art. 54: “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. Cf. SIDOU, José Maria Othon. *Resolução Judicial dos Contratos (Cláusula Rebus Sic Stantibus) e Contratos de Adesão*. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 151.

²²⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Contratos de Adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida econômica*, in: Revista de Direito e Estudos Sociais, XX (1973), pp. 119-124.

por outrem, para um número múltiplo ou indeterminado de contratos a celebrar no futuro”²²⁷.

Trata-se de um modo de contratar bastante típico, “funcionalmente ajustado às atuais estruturas de produção econômica e à distribuição de bens e serviços”²²⁸.

Se é certo que o consumidor tem o direito de ser protegido contra as cláusulas abusivas, não há dúvidas que ele também tenha direito à uma tutela preventiva²²⁹. Lembrando que os contratos de adesão dizem respeito, em regra, a produtos e serviços essenciais, o que lhes confere uma ampla relevância social²³⁰. Pensemos, por exemplo, nos “planos de saúde”, aos quais, em face da falência da previdência social, o consumidor é praticamente obrigado a aderir. Não tem cabimento supor que o consumidor que necessite de efetuar um plano de saúde, tenha que se submeter a uma cláusula abusiva para apenas depois ter a oportunidade de discuti-la em juízo, sendo óbvio que a tutela repressiva não é adequada a estes casos.

A proteção contra as cláusulas abusivas é um dos importantes instrumentos de defesa do consumidor, importância que avulta em razão da multiplicidade dos contratos de adesão com base nas cláusulas contratuais gerais²³¹. Não é muito eficaz, porém, tutelar o consumidor após a aplicação da cláusula abusiva, já que, neste caso, o direito já terá sido violado. Além disso, a abusividade pode fazer com que o consumidor que necessite satisfazer um interesse que não possa ser atendido de outro modo, seja obrigado a aceitar “sem resistência” a impossibilidade de usufruir dos produtos e serviços essenciais para a sua vida.

²²⁷ PINTO, Carlos da Mota. *Contratos de adesão...*, cit., pp. 119 e ss.

²²⁸ MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de adesão...*, cit., p. 1105.

²²⁹ Nesse contexto, ficou difícil entender a razão pela qual o parágrafo único do art. 83 do CDC foi vetado. Esse parágrafo admitia expressamente a “ação visando o controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais”. “O parágrafo continha uma norma até redundante, pois o caput do 83, com a amplitude acima indicada, já possibilitava a propositura da ação ali mencionada. O que se procurou deixar claro é que, relativamente às cláusulas contratuais gerais, cabe a tutela jurisdicional preventiva, na linha do princípio da efetiva prevenção de danos afirmado no inc. VI do art. 6º do Código. Talvez o uso da expressão ‘controle abstrato’ tenha assustado o Executivo. A expressão completa é “controle abstrato preventivo”, o que significa que a tutela processual preventiva somente poderá ser postulada em relação a determinado contrato que um fornecedor esteja em vias de ofertar ou mesmo tenha já ofertado ao público. O escopo do processo preventivo será a proteção de todos os consumidores coletivamente considerados e que ainda não tenham concluído qualquer contrato com o fornecedor. A tutela prevista no §3º (nova numeração, em razão do veto do parágrafo anterior) do art. 51 do Código é de natureza repressiva, e que diz respeito aos consumidores que já celebraram o contrato, portanto não consagra a mesma proteção do dispositivo vetado”. Cf. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 161 e ss.

²³⁰ *Ministério Público*, Direito do Consumidor, vol. 6, São Paulo: Revista de Direito do Consumidor. 2009. p. 158.

²³¹ Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 296.

Pouco adianta tratar das cláusulas abusivas sem pensar numa tutela coletiva inibitória capaz de impedir a sua difusão. Uma das questões mais importantes em termos de tutela jurisdicional, nos países da União Europeia, é justamente a da tutela que tem por fim inibir o uso de cláusulas gerais reputadas abusivas ao público consumidor.

De acordo com a doutrina italiana, o conteúdo específico do provimento inibitório consiste na proibição da futura utilização da cláusula geral abusiva²³². Apesar de o Conselho das União Europeia ter aconselhado o uso da *astreint* para a efetividade da tutela jurisdicional inibitória, o legislador italiano não se manifestou acerca da forma de execução do provimento²³³, o que apenas reafirma a necessidade de o CPC Italiano ser alterado para que nele seja introduzido uma norma que possibilite, à semelhança do que ocorre no direito brasileiro, o uso da multa²³⁴.

No direito Brasileiro, felizmente este problema não existe, pois o art. 84, deixa claro a possibilidade de o juiz impor a multa para dar efetividade à tutela inibitória, seja ela final ou antecipatória. A ação inibitória, portanto, também no campo das relações de consumo, é um instrumento fulcral para a efetividade dos direitos do cidadão.

Conforme já tivemos a oportunidade de nos referir neste estudo, o regime jurídico português das cláusulas contratuais gerais foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, diploma esse que se encontra ainda em vigor com todas as alterações subsequentes que sofreu²³⁵.

Até a sua publicação, as cláusulas contratuais gerais, bem como o próprio contrato de adesão, eram somente encarados como fenômenos decorrentes do princípio da

²³² DAVONI, Filippo. *L'azlone inibitória in matéria...*, cit., p. 1048.

²³³ TARZIA, Giuseppe. *La tutela inibitória contro le clausole vessatorie*, Rivista de Diritto Processuale. 1997, p. 643.

²³⁴ TARZIA, Giuseppe. *Per la revisione del Codice...*, cit., pp. 993-994.

²³⁵ Nomeadamente as alterações impostas pelo Dec.-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, Rect. n.º 114-B/95, de 31 de agosto, Dec.-Lei n.º 249/99, de 7 de julho e Dec.-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro.

Alterações estas que foram motivadas, na sua maioria, pela Diretiva Comunitária 93/13/CEE, já mencionada em outra oportunidade, sobre as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. A diretiva, apesar de apenas abranger as relações de consumo, aplica-se a todas as cláusulas pré-formuladas, tenham elas aplicação geral ou concreta. Os objetivos da Diretiva foram claros: a criação de mecanismos que permitam erradicar o uso de cláusulas contratuais abusivas em contratos celebrados com consumidores por profissionais. Apesar das novidades trazidas pela Diretiva, o legislador nacional já tinha se adiantado e previsto anos antes alguns dos mecanismos que esta recomendou aos estados-membros. O Dec.-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, foi o responsável pela transposição da diretiva para o ordenamento jurídico português, apesar de as novidades introduzidas pelo mesmo não se limitarem àquela. Apesar da Diretiva se focar na figura do consumidor e ter por base as relações de consumo, o Dec.-Lei 446/85 não deixou de tutelar as relações contratuais entre empresários ou entidades equiparadas, isto é, o legislador português no sentiu necessidade de autonomizar, através de diplomas distintos, os dois tipos de relação.

Liberdade Contratual, legalmente previsto no art. 405, nº 1 do Código Civil e, como tal, o seu controle estava apenas sujeito ao regime geral previsto por esse diploma.

Não se tratou de conceder resposta a um problema sentido essencialmente pela jurisprudência, como aconteceu na Alemanha²³⁶, mas sim, de uma “*oportunidade de intervenção legislativa*”²³⁷, com vista a autonomizar este setor do direito dos contratos em relação à um regime geral que atuava de forma deficitária.

Apesar de se encontrarem intrinsecamente ligadas, existe diferença entre o contrato de adesão e as cláusulas contratuais gerais. Os contratos de adesão são compostos por um consulado unicamente redigido e sem qualquer hipótese de negociação do conteúdo do mesmo pelo aderente (contratos de adesão em sentido estrito²³⁸).

Assim, identifica-se três principais características do contrato de adesão: i) a pré-disposição: as cláusulas são elaboradas previamente; ii) a unilateralidade: apenas o predisponente redige as cláusulas que propõe; e iii) a rigidez: o aderente não pode negociar o conteúdo das cláusulas predispostas.

Via de regra, as normas contidas num contrato de adesão destinam-se à uma generalidade de casos e vão ser aplicadas uma infinidade de vezes no futuro. Por esse motivo, aponta-se às cláusulas contratuais gerais mais duas características: iv) generalidade; e v) indeterminação. Surge assim, a figura das “cláusulas contratuais gerais” associadas ao “contrato de adesão”.

Nada impede, no entanto, que as partes negociem, eventualmente, determinados aspectos dos contratos, como por exemplo, as taxas de juros aplicáveis, prêmios de seguros, os números das prestações, entre outros.

Os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais devem ser compreendidos como figuras jurídicas que inserem um novo conceito de autonomia privada, devendo cumprir, também, uma função social.

Função social esta que diz respeito à otimização das relações contratuais no seio da economia de massa, qualificando-se como uma técnica ou metódica de ampliação da concretização das relações contratuais e de redução de tempo e de custos, a partir da

²³⁶ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Cláusulas Contratuais Gerais...*, cit., p. 19.

²³⁷ MACHADO, Miguel NunoPedrosa. *Sobre Cláusulas Contratuais Gerais e Conceito de Risco*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Lisboa. 1998. p.19.

²³⁸ MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de adesão...*, cit., pp. 1106-1110.

adesão de um contratante à um esquema abstrato e preconstituído de cláusulas uniformes, que irão orientar a consecução do contrato²³⁹.

Assim, se faz necessário a intervenção do Estado na relação contratual, reduzindo-lhe a liberdade de contratar, pois, ao mesmo tempo em que o contrato de adesão cumpre uma função de otimização e ampliação das relações contratuais, com eliminação total ou majoritária das negociações, acaba por reduzir o espaço da negociabilidade em favor de uma parte e detrimento de outra, o que gera a necessidade de contraposição de garantias que tornam o negócio jurídico mais equitativo, como um ônus a ser suportado pelo empresário, que deverá ter a sua liberdade de contratar contrabalanceada mediante garantias do sistema jurídico, supervisionadas pela fiscalização do Poder Público, de forma que a função do contrato seja cumprida sem a anulação completa de uma das partes dentro da relação contratual.

²³⁹ No Brasil, o problema da interpretação das cláusulas dos contratos de adesão vem preocupando há muito tempo a doutrina, levando a formulações que procuram estabelecer a defesa do aderente ou do contratante mais fraco, pois: “impõe-se então, ao contrato de adesão, campo extremamente fértil para que proliferem as cláusulas obscuras, duvidosas, ambíguas, leoninas, vexatórias e abusivas, métodos específicos para a sua interpretação (...) assim, tem a doutrina (...) adotado regras específicas para a interpretação dos contratos de adesão (...) no que tange à cláusulas duvidosas ou ambíguas, de difícil interpretação, sempre deverão ser interpretadas a favor daquele que apenas aderiu e não daqueles que a elaborou (...) dever-se-á, ocorrendo divergência entre as cláusulas gerais e as especiais, fazer com que essas últimas prevaleçam sobre as primeiras. Presume-se que as cláusulas especiais, aquelas que foram elaboradas de forma particular para determinado contrato (...) foram possivelmente discutidas, ou, pelo menos, a possibilidade de uma discussão prévia é indubitavelmente maior nessas do que naquelas em que o utente se limitou a aderir”. Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Os Contratos de Adesão e o Controle das Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva. 1991. pp. 74-76.

Capítulo III

3. Da Sentença

3.1 A Natureza da Sentença Inibitória

Partindo-se de uma análise da sentença na seara da tutela inibitória, faz-se necessário destacar que a sentença é apenas uma técnica elaborada pelo legislador e proferida pelo juiz ao designar o direito a ser aplicado no caso concreto, fundamentando a sua decisão, para que se propicie a proteção a quem tenha o seu direito ferido ou se sinta ameaçado na garantia dos seus direitos. Vale dizer, visa garantir o direito que regula a sociedade e o Estado.

A sentença é: “conceitual e historicamente o ato jurisdicional por excelência, aquele em que se exprime da maneira mais característica a essência da *jurisdictio*: o ato de julgar”²⁴⁰. Deste modo, a sentença é o ato final do processo, onde o juiz busca pôr termo ao conflito de interesses existentes, dando exaurimento à sua cognição. É o ato pelo qual o juiz decide a causa principal²⁴¹.

No que diz respeito à sentença inibitória, podemos afirmar que esta é uma sentença de prevenção, podendo ser conceituada como o ato em que o juiz, por meio de um processo de cognição, julga expressando a vontade do Estado, que é a da resolução de um conflito entre as partes, determinando um provimento mandamental positivo (de fazer) ou negativo (não fazer), que servirá como base de sustentação para a efetividade do processo. A tutela inibitória permite que haja a sumarização da cognição no plano vertical, exigindo-se uma cognição plena e exauriente para o julgamento da demanda e, assim, por se ligar a ideia de sentença, pode-se dizer que irá exaurir a análise do contexto probatório, tornando-se apta a produzir os efeitos da definitividade.

No direito brasileiro, a sentença inibitória, consiste, basicamente, numa ordem de cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de uma coisa dirigida ao réu, sob pena de submissão à efetivação das sanções relacionadas às medidas coercitivas

²⁴⁰ LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 3.^a Ed., Rio de Janeiro, Forense. 1984. p. 150.

²⁴¹ Dá-se, ainda, o nome de sentença à decisão do incidente que apresente a configuração de uma causa. Cf. ANTUNES, Varela; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO; NORA. *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora Limitada. 1985. p. 663.

ou, ainda, a adoção de medidas sub-rogatórias que concedam ao autor resultado prático equivalente ao adimplemento.

Ao acolher um pedido inibitório, o juiz deve declarar a contrariedade à ordem jurídica do ato ameaçado e estabelecer a conduta devida pelo réu, devendo fazê-lo da forma mais clara e completa possível²⁴², de modo à que se possibilite ao demandado ter pleno conhecimento da qualidade e abrangência da obrigação que lhe está sendo imposta. Tal é imperioso para que seja assegurada não só a possibilidade de que seja dado fiel cumprimento à decisão judicial, como também, para que o réu possa tomar conhecimento em que medida a sua esfera jurídica está sendo afetada pelo ato judicial, para que possa impugná-la de maneira adequada²⁴³.

Uma vez bem estabelecida a contrariedade do ato à ordem jurídica e a conduta que é devida pelo demandado, o magistrado determina o cumprimento ou estabelece as medidas sub-rogatórias necessárias ao alcance de resultado prático equivalente ao adimplemento. Assim, a sentença inibe a prática do ato indevido ameaçado, dando resposta eficaz ao pedido de tutela preventiva feita pelo autor que teve o seu direito reconhecido em sentença.

Quanto à natureza dessa sentença inibitória, não podemos pensar somente na classificação trinária, na qual existiam apenas as ações declaratórias, constitutivas e condenatórias e a sentença previa apenas como dispositivo uma declaração, constituição ou condenação, mas numa classificação quinária, na qual ganham destaque as ações mandamentais e as executivas *lato sensu*, pois o que se pretenderá com a sentença inibitória, não será uma condenação, mas sim, a não ocorrência e, não sendo esta possível,

²⁴² LIBERTINI, Mario. *La tutela civile inibitória, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Nápoli: Joveni. 1989. p.117.

²⁴³ Entende-se que a tutela jurisdicional invocada pelo autor da ação inibitória é, por força legal, necessariamente dotada tanto da eficácia mandamental, quanto da eficácia executiva *lato sensu*. Pelo pedido imediato contido na ação se requer, explícita ou implicitamente, que o Estado-juiz emita um provimento jurisdicional que lhe entregue o bem da vida almejado, seja através da imposição de ordem ao réu, seja pela adoção de medidas sub-rogatórias que, atuando diretamente na relação jurídica posta em juízo, conceda-lhe resultado prático equivalente ao adimplemento espontâneo do demandado. Assim, mesmo que a parte requeira expressamente apenas uma das duas providências satisfativas, a outra sempre estará contida em seu pedido imediato, embora o esteja de forma implícita. Nesse sentido, quando o juiz, em seu ato decisório, determina a adoção de medidas sub-rogatórias que o autor haja requerido a aplicação de medidas coercitivas ou vice-versa, não existe violação ao princípio da congruência entre o pedido e o julgado. Pelo contrário, existe apenas o acolhimento e a efetivação da providência jurisdicional que estava implicitamente contida em seu plano inicial. O magistrado, assim atuando, não está agindo de maneira diversa daquela determinada pelo art. 460, primeira parte, porque profere decisão da exata natureza que foi pedida. Cf. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 123.

a remoção do ilícito, voltando-se, preferencialmente, ao estado *in natura* do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão²⁴⁴.

Assim, no que tange à natureza das sentenças, temos que a principal classificação, que possui aceitação universal, leva em conta o tipo de tutela jurisdicional que é veiculada pelo pedido *imediato*. O pedido que houver no bojo da ação é que irá determinar o tipo de ação em questão e de que tipo de sentença tratar-se-á. A eficácia específica e preponderante que o exercício do direito de ação almeja provocar por meio de atividade jurisdicional é que determina a natureza do provimento jurisdicional prolatado ao final do processo²⁴⁵.

Vislumbram-se, nesta classificação das sentenças proferidas no processo de conhecimento, três espécies: a declaratória, a constitutiva e a condenatória, conforme já mencionado.

A sentença declaratória é aquela que se limita a afirmar a existência, inexistência ou “modo de ser” de uma relação jurídica. Essa espécie de sentença nada mais faz, isto é, não condena, não constitui, não manda nem executa. O provimento jurisdicional consiste apenas em declarar se existe sentença, sendo, por isso, mais propriamente denominada de “meramente declaratória”²⁴⁶.

Nas sentenças condenatórias também se declara o direito, no entanto, é apenas no sentido de se afirmar a ocorrência da lesão e da antijuridicidade do ato. À isto se acresce o estabelecimento da sanção legal a ele correspondente. É o de escolher, determinar e dispôr as sanções que deverá sofrer o condenado em razão do ato antijurídico praticado²⁴⁷. A sentença condenatória estabelece a sanção correspondente à lesão já ocorrida, formando um título executivo judicial que permite ao credor o acesso à atividade jurisdicional

²⁴⁴ Importa salientar que o direito português não segue essa classificação das sentenças, no entanto, no caso especial de a obrigação ainda não ser exigível no momento em que a ação foi proposta, mas a ação houver de prosseguir ou tiver prosseguimento, pode bem suceder que a obrigação se não ache vencida, nem sequer no momento em que a obrigação se vencer. Por uma questão de economia processual, deve o juiz proferir uma sentença de condenação *in futurum*, ou seja, decisão condenando o réu a cumprir, mas so a partir do momento em que a obrigação se vencer. Cf. ANTUNES, Varela; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO; NORA. *Manual de Processo Civil...*, cit., p. 682.

²⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*, 4.^a ed, Vol. 1. n. 82, Milano: Giuffrè. 1980, p. 159; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 4.^a ed., São Paulo: RT. 1998. p. 82;

²⁴⁶ MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XIII, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 132.

²⁴⁷ LIEBMAN. *Processo de execução...*, cit., p. 17.

executiva, em que será alcançada a satisfação do direito reconhecido na sentença²⁴⁸. A sentença condenatória não tem o condão de entregar ao autor o bem da vida pleiteado nem ordena ao réu cumprir imediatamente a sanção declarada, mas apenas forma um título executivo que permite ao titular do direito reconhecido na decisão o acesso à um procedimento que possui tal finalidade satisfativa²⁴⁹.

Por sua vez, nas sentenças constitutivas não se impõe sanção alguma. O seu efeito precípuo é o de criar, alterar ou extinguir uma relação jurídica. Ela se caracteriza pela produção de um estado jurídico diferente do anterior. Para tanto, é necessário que se fixe, ainda que implicitamente, a partir de qual situação jurídica haverá esta modificação, vislumbrando-se aqui, também, um conteúdo declaratório nesta espécie de sentença. E assim, tal como na sentença declaratória, a sentença constitutiva não comporta uma execução ulterior ao término da fase de conhecimento²⁵⁰.

Deste modo, nota-se que toda sentença proferida no processo de conhecimento possui, necessariamente, conteúdo declaratório. O que as difere é o elemento a mais que as compõem, além da declaratividade²⁵¹. À diversidade de conteúdos, corresponde, naturalmente, a diversidade de suas eficácias²⁵².

Assim, nas sentenças condenatórias, o que as diferencia é a imposição de uma sanção e nas constitutivas é a modificação, criação ou extinção de uma relação jurídica²⁵³.

Deste modo, o ato decisório que acolhe uma mesma e única demanda pode conjugar em si mesma uma variedade de eficácias, sendo que aquela que se sobressair é a que determinará a natureza da sentença.

Ainda de acordo com a classificação quinária das sentenças, segundo o seu idealizador Pontes de Miranda²⁵⁴, o conceito de sentença mandamental apresenta-se como “aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz manda”. Nesta classe de sentenças, o que sobressai (a eficácia preponderante) é a

²⁴⁸ ALVIM, Arruda. *Sentença no processo civil- As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau*, RePro 2, São Paulo: RT. 1976. p. 58.

²⁴⁹ LIEBMAN. *Processo de execução...*, cit., p. 186.

²⁵⁰ ALVIM, Arruda. *Sentença no processo civil- As diversas formas de terminação...*, cit., p. 82.

²⁵¹ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, vol. 1, pg. 135; ARAGÃO, Egas Moniz de, *Sentença e Coisa Julgada*, p. 86

²⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, RePro 40, p. 7-12; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. 1, n. 84, p. 163.

²⁵³ Daí se revela o acerto de uma das importantes contribuições de Pontes de Miranda para a classificação das sentenças, através da demonstração de que elas são, geralmente, dotadas de uma multiplicidade de eficácias e o que determina a natureza do provimento é a sua eficácia preponderante.

²⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, São Paulo: RT. 2004. p. 3.

ordem para fazer ou não fazer dirigida a outro órgão do Estado ou a alguma pessoa física ou jurídica. É o mandamento para que se cumpra imediatamente o que fôra determinado no ato decisório²⁵⁵. No entanto, observarmos que o que torna uma sentença mandamental não é o verbo contido no comando jurisdicional. A mandamentalidade não reside apenas no simples fato de o juiz mandar e não simplesmente condenar. Reside na conjugação da declaração da conduta devida com a utilização de medidas coercitivas destinadas a forçar o réu a cumprir o comando judicial. A sentença só se torna uma ordem quando dotada de força coercitiva, caso contrário, é mera declaração de dever de conduta²⁵⁶.

Já a pretensão acolhida pela sentença executiva *lato sensu* não é apenas a de estabelecer uma sanção ao réu, mas também, a de estabelecer os meios necessários para torná-la efetiva, de realizá-la praticamente, a fim de que seja satisfeito, desde logo, o direito afirmado pelo autor e reconhecido no julgado. Dessa forma, o ato que julga procedente tal pedido não se limita a condenar, mas também, já determina, independentemente de novo pedido da parte, a adoção dos atos executivos necessários à satisfação do direito declarado na sentença, para o caso de não atendimento espontâneo do quanto estabelecido na decisão.

A implementação de atos de sub-rogação do adimplemento do devedor é determinada pela própria sentença e estes atos são efetivados de imediato, independentemente da instauração do procedimento executivo. Não há necessidade de novo pedido da parte voltado à satisfação do direito, nem se efetua uma nova intimação para cumprimento.

Esta é a característica marcante da sentença executiva *lato sensu*: determinar a imediata adoção dos meios sub-rogoratórios satisfativos do direito do autor a serem levados a efeito independentemente da instauração do procedimento executivo, com novo pedido do autor e nova intimação para cumprimento dirigida ao réu. No seu conteúdo existe não só a determinação da sanção, mas também o comando para que se inicie a atividade

²⁵⁵ Nesse sentido ainda, Ovídio Baptista da Silva: “a ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Neste tipo de sentença o juiz ordena, e não simplesmente condena. E nisto, reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento”. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 2, 3.^a Edição, São Paulo: RT. 1998. p. 33

²⁵⁶ Nesse sentido, Luis Guilherme Marinoni, “*Da mesma forma que a condenação só é condenção porque aplica a ‘sanção’, a sentença mandamental somente é mandamental porque há coerção*”. Cf. MARIONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., p. 356.

executiva²⁵⁷, acaso não haja o cumprimento espontâneo. A sua eficácia preponderante, consoante com o seu conteúdo, é a de autorizar a adoção de medidas sub-rogatórias satisfatórias, tornando, assim, eficaz o provimento²⁵⁸. Exemplos destas sentenças são as proferidas em ações de despejo, reintegração de posse e depósito, podendo também surgir na ação inibitória.

Diante dos fundamentos relatados, afirma Marinoni²⁵⁹, ao reconhecer a natureza mandamental da sentença inibitória, que estando o Estado obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a todos os casos conflituivos concretos, também está obrigado a usar os meios necessários para que as suas ordens (comandos) não fiquem à mercê do obrigado²⁶⁰. Por essa razão, abriu-se oportunidade para o provimento mandamental, permitindo-se a aplicação de medidas coercitivas para estimular o cumprimento do comando judicial.

No entanto, ganhou relevância na doutrina a parte final do *caput* do art. 461, bem como o seu §5, que dotam o processo de maior efetividade, mesmo diante da desobediência do réu à ordem judicial²⁶¹. Aqui, afirma-se que o juiz deverá, para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias para tanto²⁶².

Com isso, revela-se a adoção conjunta do provimento executivo *lato sensu*, que é caracterizado justamente pela sua aptidão de ensejar a adoção de medidas executivas, prescindindo-se do procedimento executivo propriamente dito.

Assim, a sentença que acolhe o pedido inibitório é dotada, desde logo, tanto de eficácia mandamental, quanto de eficácia executiva *lato sensu*. Pois, conforme disciplina

²⁵⁷ TALAMINI, Eduardo, *Tutelas Mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art.461§3º, do CPC*, Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, pg. 142-143.

²⁵⁸ Nesse aspecto, salienta Eduardo Talamini que: “o conceito de sentença executiva lato sensu não exige a transferência de patrimônio do demandado para o do autor caracterizá-la, mas apenas a adoção de medidas sub-rogatórias, de qualquer espécie, independentemente da instauração de um ulterior procedimento executivo no processo”. Cf. TALAMINI Eduardo. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: RT. 1997. pp. 141-142.

²⁵⁹ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória individual...*, cit., pp. 353-362.

²⁶⁰ MARIONI, Luis Guilherme. *Novas linhas do processo...*, cit., p. 88.

²⁶¹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., p. 115.

²⁶² A lei concede ao juiz amplos poderes para a adoção de medidas sub-rogatórias, a serem guiados pela adequação e necessidade. De acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, poderá determinar as medidas que melhor se adaptem e cumpram a finalidade de satisfazer o direito do autor.

este artigo, tanto pelo emprego de medidas coercitivas, quanto por meio do emprego de medidas sub-rogatórias, independentemente de um ulterior procedimento executivo²⁶³.

Por outro ângulo, temos que no direito português, as ações são classificadas como declarativas ou executivas. As ações declarativas subdividem-se em ações de simples apreciação, ações constitutivas e ações condenatórias. Esta última classificação é a que nos interessa.

As ações de condenação são as que tem por fim exigir a prestação de uma coisa ou de um fato, pressupondo ou prevendo a violação de um direito. As ações de condenação correspondem ao que o Código Civil denomina de ações de cumprimento (cf. art. 817 do CC), sendo que através delas não só se requer ao Tribunal a declaração do direito à uma prestação, como também, que o Tribunal faça seguir essa declaração de uma ordem dirigida ao réu para que este cumpra o estipulado na condenação. As ações de condenação podem ser ações *ex praeterito*, quando pressupõem a violação de um direito e visam obter a condenação do réu ao cumprimento de uma prestação no momento em que está vencida (cf. art.10, nº 3, alínea b). As ações de condenação *in futurum* são admissíveis nas condições previstas no art. 557, nº 1 (quanto a prestações periódicas) e nº 2 (quanto a prestações futuras).

Uma modalidade específica das ações condenatórias é constituída pelas ações inibitórias, que são aquelas através dos quais se exige a alguém a omissão da violação de um direito²⁶⁴.

Desta forma, temos classificações diferentes no sistema brasileiro e português.

Podemos concluir que, sendo o fim primordial da tutela jurisdicional inibitória (em ambos os sistemas) impedir a realização do ato antijurídico ameaçado, deve ser

²⁶³ Neste sentido, OVÍDIO, Baptista da Silva. *Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer*, in: Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães, p. 261-268; Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutelas Mandamental e executiva lato sensu e antecipação de tutela ex vi do art. 461, §3º, do CPC*, In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.) São Paulo: RT. 1997, p.30 e ss.

No sentido contrário a esse entendimento, Luis Guilherme Marinoni afirma que a tutela inibitória se limita a atuar sobre a vontade do réu, convencendo-o a praticar ou não praticar um ato, para que a violação à ordem jurídica no se verifique, não se repita ou não prossiga. A tutela inibitória seria, portanto, de natureza exclusivamente mandamental, não abrangendo atos executivos, os quais seriam integrantes da “tutela de remoção do ilícito”. Explica ainda que a tutela inibitória se diferencia da tutela de remoção do ilícito porque esta não atua sobre a vontade do réu, mas atua diretamente sobre a causa do ilícito, removendo-a ou eliminando-a. É o que ocorreria, por exemplo, nas hipóteses de retrada forçada do nome comercial indevidamente utilizado estampado na fachada de uma loja, na apreensão da mercadoria que foi produzida em desrespeito a uma patente de invenção, no de fechamento, sob força policial, de uma fábrica poluente, etc. Cf. MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., pp. 117-118.

²⁶⁴ MENDES, João de Castro. *Direito Processual...*, cit., p.20 e ss.

considerado que esse objetivo somente será adequadamente alcançado, em várias situações, se o órgão judicial atuar diretamente sobre a sua causa. É indubitável que, nesses casos, a assim denominada “tutela de remoção do ilícito” assumirá uma função inibitória, já que, ao incidir diretamente sobre a causa do ato lesivo, também impede a concretização da ameaçada violação futura do direito afirmado em juízo²⁶⁵.

Diante do exposto, temos que a tutela inibitória é efetivada por decisões que possuem tanto eficácia mandamental como eficácia executiva *lato sensu* e, assim, a denominada “tutela de remoção do ilícito”, consistente na adoção de meios sub-rogatórios do comportamento do réu, nela está contida, sendo, em determinados casos, imprescindível para a adequada inibição do ato contrário à ordem jurídica. Lembrando que, do conteúdo da sentença e de acordo com ele, decorre a sua eficácia, a sua aptidão para produzir os efeitos necessários para que o direito reconhecido na decisão seja realizado.

3.2 A Coisa Julgada na Sentença Inibitória

A coisa julgada material pode ser definida como a qualidade de imutabilidade que se agrega ao comando da sentença de mérito, não mais passível de recurso ou de remessa obrigatória. É a qualidade adquirida pelo conteúdo da sua parte dispositiva que impede que seja modificada no mesmo ou em outro processo, pelo mesmo ou por outro juiz ou tribunal²⁶⁶.

Na sentença inibitória, o que se torna imutável e indiscutível em decorrência do trânsito em julgado da decisão é o comando que disciplina a relação jurídica levada a juízo. Este comando pode ter por conteúdo o estabelecimento do dever de cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, a afirmação da obrigação de pôr fim imediatamente a uma atividade ilícita ou a proibição de colocá-la em prática²⁶⁷ e a imposição do dever de cumprimento da decisão judicial, bem como a possibilidade de serem adotadas as medidas

²⁶⁵ Nesse sentido, MAJO, Adolfo Di. *La tutela civile...*, cit., p. 135; FRIGNANI, Aldo. *L'Injunction nella common...*, cit., pp. 507-508; libertini, Mario. *La tutela civile inibitória, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, pp. 352-353.

²⁶⁶ Conforme JUNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil Comentado...*, cit., pp. 915-916; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 04, Rio de Janeiro: Editora Forense. 1982. p. 431; MOREIRA, Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, RePro 34, São Paulo: RT. 2010. p. 281.

²⁶⁷ MOREIRA, Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, RePro 34, São Paulo: RT. p. 320.

sub-rogatórias necessárias ao alcance do resultado prático equivalente, que previna a violação ameaçada. É este conteúdo decisório da sentença inibitória que acolhe ou rejeita a pretensão preventiva, que se torna imutável e indiscutível no mesmo e em outros processos, pelo mesmo ou por outro juiz ou tribunal. No entanto, quando a sentença estiver disciplinando a relação jurídica continuativa, a disciplina do caso por ela estabelecida poderá ser modificada, mesmo que a coisa julgada já tiver se formado. O que há nestes casos não é a rigidez da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que se protraí no tempo com conteúdo sujeito a variações, de modo que os fatos que sobrevenham podem sobre ela exercer influência, não só no sentido de extinguir a norma jurídica concreta anteriormente formulada, mas também no sentido de exigir a alteração do quanto antes estabelecido²⁶⁸²⁶⁹.

3.3 A Execução da Tutela Inibitória: A Questão da Fungibilidade da Obrigação

No âmbito da fungibilidade da obrigação, temos que se diz *fungível* a obrigação na qual a pessoa do devedor é irrelevante para se alcançar o seu fiel cumprimento, podendo a prestação ser realizada por pessoas diferentes do obrigado, sem prejuízo do interesse do credor. Por sua vez, *infungível* é a obrigação que só pode ser cumprida pelo próprio devedor, em virtude do caráter personalíssimo da obrigação. É aquela na qual o devedor não pode ser substituído por terceiro no cumprimento da prestação devida, pois não só o objeto desta prestação, mas também a conduta da pessoa do devedor, são do interesse do credor²⁷⁰²⁷¹.

²⁶⁸ LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença...*, cit., p. 26.

²⁶⁹ Exemplificando: numa sentença inibitória o magistrado proíbe que determinada empresa fornecedora de um produto alimentício o coloque em circulação porque este não trazia em seu rótulo todas as informações devidas para o fiel atendimento do seu dever legal, poderá a empresa, diante da alteração da situação fática que deu ensejo à decisão inibitória, requerer que seja proferida uma decisão que autorize a colocar os produtos em circulação, estabelecendo-se, assim, uma nova regra jurídica concreta para o caso.

²⁷⁰ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo...*, cit., pp. 87-88.

²⁷¹ Nesse ponto se faz necessário distinguir a infungibilidade *natural* da infungibilidade *jurídica*. A primeira é aquela onde não se pode obter a satisfação do direito do credor por outro modo, senão por ato do próprio obrigado. O conteúdo da obrigação estaria estritamente vinculado, pela sua natureza, às qualidades pessoais do devedor, como, por exemplo, na obrigação de renomado cantor realizar um “show” em determinada data. Não se pode ter a substituição de igual personalidade. Já a infungibilidade jurídica ocorre quando a exigência de seu cumprimento pessoal decorre não de característica especial do devedor, não da natureza da obrigação,

Deste modo, a questão da fungibilidade ou da infungibilidade da prestação se resolve, no aspecto pratico, pela possibilidade ou impossibilidade de ser alcançado o seu resultado por ato de pessoa diversa daquela do obrigado, sendo, assim, a satisfação do interesse do credor o critério decisivo na determinação dessa qualidade da obrigação²⁷².

Se tratando de obrigações infungíveis, a tutela inibitória só pode ser atuada por meio das técnicas coercitivas analisadas abaixo, já que o direito do autor só é satisfeito com a conduta do próprio obrigado. Mantendo-se o réu recalcitrante, desobedecendo a ordem inibitória, o direito do autor só poderá ser tutelado através do recurso aos meios sub-rogatórios.

3.3.1 Tutela Inibitória e Multa

Uma das principais técnicas utilizadas pelo legislador para permitir o alcance da efetividade das decisões inibitórias foi a da coerção ao cumprimento²⁷³.

A coerção ao cumprimento consiste numa ameaça de aplicação de sanção ao lesante em caso de violação da obrigação que lhe foi imposta, em uma ameaça de lesão ao seu interesse maior do que a vantagem obtida com o inadimplemento da obrigação. Pretende-se, com isso, influir sobre a vontade do lesante e induzi-lo a adimplir

mas sim, de imposição de lei ou de contrato. O resultado da obrigação pode ser alcançado por atos de outras pessoas, mas com previsão legal ou contratual determina que, a princípio, o seu cumprimento seja feito pela própria pessoa do obrigado. Deste modo, na infungibilidade prática, a tutela inibitória só poderá ser alcançada com a colaboração do devedor, com o ato de sua vontade dirigido ao cumprimento da sua obrigação. Sendo esta por natureza, insubstituível, e a ela se recusando o obrigado a dar cumprimento, mesmo que coagido a assim se comportar por meio da utilização de medidas coercitivas, a tutela específica do direito atuada pela inibitória, revela-se impossível, sendo que ao titular do direito violado não restará outra alternativa senão sofrer a violação do direito que era ameaçada e buscar a reparação pelas perdas e danos. Cf. SILVA, Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., pp. 204-205.

²⁷² SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., pp. 367-369.

²⁷³ Marinoni faz a divisão entre coerção direta, indireta e sub-rogação. A coerção indireta consiste em instrumento processual que visa forçar a parte a fazer ou não fazer alguma coisa. Deste modo, consiste num instrumento processual que visa forçar a parte a fazer ou não fazer alguma coisa. A coerção indireta atua na vontade da parte para convencê-la a adimplir. Enquadram-se nesse conceito a multa e a prisão, por exemplo. Já a coerção direta, consiste em instrumento processual que não atua sobre a vontade do devedor, uma vez que independe desta, mas sim, visa a realização do direito em virtude da atuação de um auxiliar do juiz ou de alguém que do juiz receba essa qualificação. Como exemplo, uma eventual decisão que determine a interdição de um estabelecimento ou a nomeação de um administrador provisório, entre outros. Ao lado das medidas de coerção direta e indireta, também tem as medidas de sub-rogação, as quais implicam um fazer que deve ser praticado por terceiro, não são medidas de coerção indireta, pois, não envolvem a vontade do demandado em adimplir, porém, também, não são medidas de coerção direta, pois determina-se um terceiro substitua o réu, fazendo aquilo que por ele já deveria ter sido feito. Cf. MARIONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., p. 231.

espontaneamente a obrigação a que está sujeito²⁷⁴²⁷⁵. Quando este se tornava ineficiente ou inadequado para dar efetivação às obrigações de fazer ou não fazer, autoriza-se a utilização dos meios coercitivos, de forma subsidiária, para constranger o devedor a cumprir sua obrigação²⁷⁶.

A bem da verdade, em determinadas hipóteses, a coerção ao cumprimento será o único meio de se alcançar a inibição do ato ilegal. São os casos em que a obrigação declarada na decisão inibitória for naturalmente infungível, ou seja, absolutamente insubstituível por ato de terceiro ou por medida que conduza a resultado prático equivalente. Nestas hipóteses, o ato jurídico só será inibido com a conduta do próprio réu, pois, somente o seu comportamento pode satisfazer o direito do lesado. A única maneira de se alcançar essa conduta será por através da utilização de meios executivos indiretos, sendo o principal deles a imposição de coerção²⁷⁷.

Assim sendo, podemos afirmar que existem no ordenamento jurídico não apenas sanções “sucessivas”, que atuam depois da violação ao direito ter ocorrido, como é o caso das medidas punitivas ou reparatórias, mas também sanções “preventivas”, que são aquelas utilizadas antes mesmo que a violação do direito seja praticada, como é o caso das medidas de controle e intimidação.

De todo o modo, tanto as “sanções sucessivas” como as “sanções preventivas” funcionam como medidas coercitivas ao cumprimento do preceito jurídico pelo obrigado²⁷⁸.

Entretanto, no que diz respeito à tutela inibitória, pode-se afirmar que a sanção de natureza preventiva utilizada como meio coercitivo é a multa cominatória, prevista no §4º, do artigo 461, do CPC/BR²⁷⁹. As sanções de natureza punitiva, que servem também de coerção ao cumprimento, são a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição,

²⁷⁴ PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale...*, cit., p. 176; SILVA, Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., p. 374.

²⁷⁵ Pensamos em sentido contrário, pois, uma vez que há qualquer forma de coação, a vontade está viciada, por isso, não consideramos espontânea, conforme mencionam os autores citados. No entanto, acreditamos que se não houver tal coação, certamente não ocorrerá o adimplemento da obrigação. Juridicamente a expressão vontade deve ser entendida como fruto de uma determinação livre e não forçada (o que não ocorre no caso, já que se tem a imposição de multa para o cumprimento da obrigação).

²⁷⁶ SILVA, Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., p. 376.

²⁷⁷ SILVA, Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., p. 374.

²⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Sanzione, Novissimo digesto italiano XVI*, Torino, Utet. 1969. p. 530.

²⁷⁹ O Artigo 461 do CPC – na mesma linha do artigo 84 do CDC – estabelece que o juiz poderá, na tutela antecipatória ou na sentença, “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

prevista no art. 14, V, e parágrafo único, do CPC, também de caráter processual, e a prisão por crime de desobediência, de caráter penal, prevista no art. 330 do CP. São estas sanções que servem como meio de coerção ao cumprimento da ordem inibitória²⁸⁰.

Na ação inibitória, um dos principais meios executivos é a multa diária²⁸¹.

Inspirada no modelo Francês das *astreintes*, representa um imponente meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que cumpra o mandamento jurisdicional²⁸².

Importa perceber que a *astreint*²⁸³ tem por finalidade forçar o réu a adimplir, enquanto o ressarcimento diz respeito ao dano²⁸⁴. Ficando evidente que a multa não tem qualquer relação com o dano, até porque, como acontece na tutela inibitória, pode não haver dano a ser indenizado²⁸⁵.

²⁸⁰ Por meio da multa diária, impõem-se ao sujeito passivo a ameaça de ser obrigado a pagar um valor pecuniário determinado, cumulável dia-a-dia, em caso de recalcitrância no cumprimento da ordem judicial. Cf. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., p. 393. A multa diária representa o principal, mas não o único, meio de atuação da decisão inibitória. A multa é característica essencial da tutela inibitória, não se podendo falar em inibição da violação do direito sem aplicação de tal técnica coercitiva. Cf. MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., pp. 166 e 173.

²⁸¹ Nesse sentido, Luis Guilherme Marinoni afirma que a multa diária representa o principal, mas não o único meio de atuação da decisão inibitória. Aduz, ainda, que a multa é característica essencial da tutela inibitória, não se podendo falar em inibição da violação do direito sem a aplicação de tal técnica coercitiva. Cf. *Idem Ibidem*. Completando esse pensamento, Arenhart indica que a multa, em momento certo, é a técnica ajustada, restando a sua continuidade depois do ilícito apenas se houver possibilidade de coagir o prosseguimento dele. Corroborando ainda este autor que em considerando o trato das *astreintes*, está na efetiva possibilidade de fixação da multa progressiva, segundo a resistência oferecida ao cumprimento da ordem. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, cit., p. 196.

²⁸² Ainda no que se refere aos mecanismos de coerção, Andrea Proto Pisani, identifica três medidas coercitivas: (i) o sistema Francês das *astreints*, no qual o juiz está autorizado a impor uma quantia de dinheiro que o obrigado deverá pagar ao credor por cada dia de atraso no cumprimento da ordem judicial cujo valor é destinado ao próprio credor e não ao Estado; (ii) o modelo previsto no direito alemão, no qual, à semelhança das *astreints*, há também a imposição de quantia de dinheiro ao obrigado, porém com a diferença de que a natureza dessa medida é pública, sendo o valor da multa devida ao Estado; e (iii) por fim, o terceiro sistema é o do *contempt of court*, no qual há aplicação de sanções não somente pecuniárias para cada ato de descumprimento de ordem judicial ou atos de desprezo da autoridade do juiz. PISANI, Andreia Pronto. *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in: Revista de Processo São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 37, n. 210. 2012. p. 177-178.

²⁸³ É a multa processual que pode ser dosada e modificada para melhor implementar a atividade jurisdicional e que não se confunde com reparação por danos. PISSANI, Andrea Proto. *Diritto Processuale Civile*, 4.ª ed., Napoli: Juvenc Editore. 2002. p. 161; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer...*, cit., p. 49.

²⁸⁴ Como bem diz João Calvão da Silva, “a sanção pecuniária compulsória não tem, pois, natureza indenizatória, sendo independente da existência e da extensão do dano resultante do não cumprimento pontual e do desrespeito ou do não respeito no tempo devido da condenação que reforça”. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória”. Cf. SILVA, Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., p. 410.

²⁸⁵ O caráter inibitório da multa avulta porque: “De qualquer modo, com o realce dado à multa ‘fixa’, quer-se reafirmar a relevância que por vezes assume a tutela em caráter preventivo ressaltando-se a necessidade de que a multa, em tais hipóteses, seja estabelecida em montante considerável, para que possa ser eficaz na sua incidência única”. Ainda: “Multa diária e tutela preventiva não são incompatíveis entre si. Basta que a violação ao devedor de fazer ou de não fazer, cuja ameaça justificará a prevenção, tenha caráter continuado

O que se quer dizer, quando se afirma que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”, é que a multa será devida independentemente de ser porventura igualmente devida a indenização pelo dano.

Se a multa não se mostrar suficiente para convencer o réu a adimplir, ela poderá ser cobrada independentemente do valor devido em face da prestação inadimplida e do eventual dano provocado pela falta do adimplemento na forma específica e no prazo convencionado. Se a ordem do juiz, apesar da multa, não é prontamente observada, mas conduz, ainda que depois de algum tempo, ao adimplemento, é possível cumular a multa com a indenização pelo eventual dano provocado pela mora do demandado²⁸⁶.

No caso da tutela inibitória não se concebe confusão entre multa e indenização. Se o réu não observa a ordem inibitória, praticando o ilícito temido, a multa é devida independentemente do eventual 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 nada tem a ver com a indenização relativa ao dano. Se não fosse assim, a tutela inibitória jamais teria alguma efetividade, pois o demandado, ainda que sem obedecer à ordem inibitória, responderia apenas pelo eventual dano que tivesse provocado (o que seria um absurdo).

Na verdade, sem a correta compreensão dos diferentes escopos da multa e da indenização, o caráter coercitivo da primeira não passaria de uma miragem ou mesmo de uma ilusão²⁸⁷. Faltar-lhe-ia, como bem diz João Calvão da Silva²⁸⁸, uma condição essencial da sua eficácia, isto é, da sua capacidade de realizar as finalidades que lhe são próprias – forçar o devedor a cumprir a obrigação e a respeitar a ordem do juiz-, porquanto a indenização respeita ao prejuízo que repara, mas não previne e não faz cessar o ilícito, fonte daquele que urge secar.

Deste modo, a multa objetiva pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, visando à prevenção do ilícito mediante o impedimento de sua prática, de sua repetição ou de sua continuação. E a tutela inibitória, justamente porque se vale desta imposição de multa, tem plena eficácia nos casos de direitos não patrimoniais, pois pode influir sobre a vontade do

(ex: fundado receio de que o empreiteiro não entregue a obra no dia previsto – desde que não existam peculiaridades concretas pelas quais qualquer atraso na finalização do serviço, elimine totalmente sua utilidade para o credor)”. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega da coisa*, 2.^a ed., São Paulo: RT. 2003. p. 243

²⁸⁶ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., p. 183.

²⁸⁷ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., p. 411.

²⁸⁸ *Idem*.

réu, convencendo-o a fazer ou a não fazer. É a forma mais econômica e eficaz de outorgar ao autor tudo aquilo que ele tem direito de obter. O que se pode admitir, na realidade, é que a multa não tem eficácia quando o réu não detém patrimônio, o que é algo absolutamente diferente.

Fazendo uma breve e sucinta comparação com os outros ordenamentos, temos que no sistema anglo-americano há uma figura semelhante, o chamado *contempt of court*, que, na sua implementação, se divide em *civil contempt*, que atua como medida coercitiva das obrigações de fazer e não fazer para que se assegure o cumprimento de ordem judicial, e em *criminal contempt*, que possui caráter repressivo contra condutas desrespeitosas à Corte²⁸⁹²⁹⁰.

O sistema alemão também é dotado de mecanismos de coerção, com caráter notadamente publicista, que, conforme faz questão de sublinhar Pisani²⁹¹, distingue-se de modelos tais como o da *astreint*, pelo motivo de que a multa reverte-se ao Estado e não ao credor particular.

Esses dois modelos exemplificam a experiência do direito comparado no uso de multas com o intuito de estimular o cumprimento de ordens judiciais até mesmo, nalguns casos, como o do direito anglo-americano, com a possibilidade de prisão.

Na medida do artigo 461, conforme já verificado, é admissível o uso de medidas coercitivas para que se facilite o cumprimento das decisões judiciais, havendo grande relevância no âmbito da prevenção.

²⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer...*, cit., p. 97.

²⁹⁰ O *Contempt of court* pode ser direto ou indireto. O *Contempt of court* direto ocorre na presença do tribunal, perante o juiz, gerando uma reação rápida sem a necessidade de procedimento prévio, tal como o falso testemunho, recusa na resposta a perguntas condutas inadequadas dos advogados, dentre outros. Já o indireto, ocorre fora da Corte, mas é um ato que possui o condão de impedir ou obstruir a devida administração da justiça, tal como a desobediência de uma ordem judicial. O procedimento, neste caso, não é sumário, uma vez que é mais complexo, tendo em vista a oportunidade dada para a defesa do réu. Outra classificação para o *Contempt of court* é a distinção entre o *Contempt of court* Criminal e o Civil. Será criminal quando aplicar uma medida punitiva, relacionado á administração da justiça, ou cível, quando visa compelir à obediência de uma ordem. A finalidade da medida é determinada em função da violação ter sido praticada dolosamente. Cf. BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; NETO, Francisco Vieira Lima. *Anotações acerca do Contempt of Court*, Revista de Processo, Procuradoria geral do Estado de Santa Catarina, v. 36 n. 192 fev. 2011.

²⁹¹ PISANI, Andrea Proto. *Diritto Processual...*, cit., p. 161.

3.3.2 Da Natureza Jurídica da Multa e Aspectos Relevantes

A multa diária é, por definição, um meio de constrangimento decretado pelo juiz, destinado a determinar o comportamento do réu no sentido de obedecer à ordem judicial²⁹².

A multa diária é instrumento de atuação das decisões judiciais. É técnica executiva, que usa de meio indireto – a coerção – para alcançar o cumprimento do comando jurisdicional e satisfazer o direito tutelado pela decisão.

Com a sua utilização, potencializa-se a efetividade das ordens do juiz, de modo que o seu poder de decidir o direito não seja apenas um poder teórico, ou melhor, um poder sem relevância prática, sem meios que tornem o direito declarado um direito vivo²⁹³.

A imposição da multa diária tem que, portanto, dar maior eficácia ao processo, de modo a possibilitar que a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado conceda ao cidadão tudo aquilo que ele tem direito de obter, além de preservar a autoridade do juiz e o prestígio da Justiça²⁹⁴.

Importante salientar que o interesse diretamente tutelado pela multa cominatória é o do Estado. É o interesse público na efetividade das decisões jurisdicionais e no respeito à autoridade dos tribunais que constitui o objeto imediatamente protegido pela imposição de ameaça de sanção pecuniária²⁹⁵.

Parece-nos conveniente chamar a atenção para o facto de que a multa, ainda que imediatamente tenha por fim tutelar o direito do autor, visa, precipuamente, garantir a efetividade das decisões do juiz. Sem a multa não seria possível ao Estado exercer plenamente a atividade jurisdicional, até porque a sentença mandamental apenas se constituiria em mera recomendação, a refletir a falta de capacidade do Estado para tutelar efetivamente os direitos. No direito Francês, é admissível que o juiz imponha a *astreinte* de

²⁹² Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Resp 1475157/SC, 3º Turma, em 18/09/2014: “Isto porque a natureza jurídica das *astreints* – medida coercitiva e intimidatória – não admite exegese que a faça assumir um caráter indenizatório, que conduza ao enriquecimento sem causa do credor. O *escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele*”.

²⁹³ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., p. 395.

²⁹⁴ Cândido Dinamarco afirma expressamente que “*todos os dispositivos que impõem a sanção de multa diária (astreints) têm a finalidade de promover a efetividade de alguma decisão judiciária*”. Cf. DINAMARCO, Cândido. *A reforma do código de Processo Civil*. 2.ª Ed., São Paulo: Malheiros. 1995. p. 157; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, São Paulo: RT. 1998. pp. 289-297.

²⁹⁵ DENTI, Vittorio. *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano: Giuffrè. 1973. p. 59.

ofício, sendo ilógico enriquecer o patrimônio de um particular em detrimento de sua vontade e em razão de um fim que lhe é estranho e exprime um interesse público²⁹⁶.

A cumulação das perdas e danos com a multa não espelha o direito do autor. O autor, no caso de direito patrimonial, deve ser indenizado por perdas e danos. Por outro lado, no caso de direito não patrimonial, não é o valor da multa que será capaz de remediar, já que, se a indenização é insuficiente para a tutela desses direitos, não será o valor da multa que compensará adequadamente o autor pela lesão sofrida.

Deste modo, a multa mesmo quando postulada pelo autor, serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, motivo pelo qual não parece razoável a ideia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório²⁹⁷.

O direito português, a partir dessa mesma preocupação (enriquecimento ilícito), chegou a uma solução intermediária, determinando que a soma relativa à “sanção pecuniária compulsória” reverte, em partes iguais, para o autor e para o Estado²⁹⁸. Com efeito, segundo o artigo 829-A, n° 3, do CC português²⁹⁹, “o montante da sanção pecuniária compulsória destina-se em partes iguais, ao credor e ao Estado”.

Totalmente contrário ao sistema português, o sistema alemão defende a impossibilidade desse sistema híbrido e, ainda, que a soma revirta apenas para o Estado. O que, no nosso ver, não é o correto, já que o credor está esperando o cumprimento da obrigação ser cumprida, ou seja, ele também merece ser ressarcido por essa espera.

No sistema brasileiro, tanto o Código de Processo Civil quanto às demais leis especiais que preveem a aplicação de multa cominatória para as situações de descumprimento da ordem judicial são silentes a esse respeito. Mesmo assim, a doutrina e

²⁹⁶ HEBRAUD, Piérre; RAYNAUD, Pierre. *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire prive*, Revue Trimestrielle de Droit Civil. 1968. p. 755.

²⁹⁷ A multa não se destina a dar ao autor um aumento indenizatório. O Seu único objetivo é apenas o de garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

²⁹⁸ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., p. 444.

²⁹⁹ Nesse sentido, o Julgado pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), Acórdão n. 630-A/ 1996.S1, 6° Secção, Relator Dr. Fonseca Ramos, Julgado em 14/07/2009 “A sanção pecuniária compulsória é a condenação pecuniária decretada pelo juiz para constranger e determinar o devedor recalcitrante a cumprir a sua obrigação, sob a ameaça ou compulsão de uma adequada sanção pecuniária, distinta e independente de indenização, suscetível de acarretar-lhe elevados prejuízos”. Cf. SILVA, Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit, p. 355. Continua o julgado: “A sanção pecuniária compulsória, baseada nas astéintes do direito francês, visa, proteger, o credor, contra os abusos do devedor, no cumprimento da prestação em que foi sentenciado, no que saem, reflexamente prestigiadas a Justiça e os Tribunais, pois se o devedor estiver de boa fé será lesto a cumprir, por ele impender uma sanção suplementar, constitui ainda, um meio de pressão para cumprir”. Cf. ALMEIDA, Carlos Costa. *Direito das obrigações*, 11.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora. 2013. p. 1068.

a jurisprudência são uníssonas em afirmar que cabem ao autor da demanda os valores resultantes da aplicação da multa cominatória³⁰⁰. O Novo Códex (Lei 13.105/2015) manteve o entendimento alegando que o valor da multa será devido ao seu exequente e não ao Estado. O sistema brasileiro deveria ter seguido a linha do sistema português, que a nosso ver, está mais avançado neste ponto³⁰¹.

Voltando à questão da multa cominatória, afirmamos ter essa caráter público e processual. Sendo ato de autoridade de Justiça³⁰², que deriva mais do *imperium* do juiz do que da sua *jurisdictio*³⁰³, tem por função assegurar a efetividade da decisão prolatada, sendo o direito da parte apenas reflexamente tutelado pela multa cominatória.

³⁰⁰ O fundamento desta posição é encontrado no §2º do art. 461, do CPC, o qual disciplina que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa. Por outras palavras, esse artigo determina que ao autor compete pleitear as perdas e danos cumulados, se for o caso, com os valores decorrentes da aplicação da multa cominatória. Neste sentido, BERMUDES, Sergio Bermudes. *A reforma do código de processo civil*, Rio de Janeiro, 1995, p. 53; MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., p. 178; ALVIM, Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, Belo Horizonte: Editora Del Rey. 1997. pp. 121 e 122.

³⁰¹ O novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 prevê, assim como o atual, o uso da medida de apoio à execução da sentença relativa às obrigações de fazer consistente em multa periódica (“*astreintes*”) pelo atraso no cumprimento da condenação. Prevê outrossim, que a sua aplicabilidade, independe do pedido da parte, (art. 536 (assim como no sistema português)), e ocorre tanto na fase de conhecimento, como fase da tutela antecipada e da sentença, como na execução dela. Sempre, porém, que seja compatível com a obrigação e que seja determinado “prazo razoável para o cumprimento do preceito”. Prevalece, a jurisprudência sumulada do STJ, no sentido de que “a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para cobrança de multa pelo descumprimento do preceito contido na decisão judicial, só será aplicável depois que a parte tiver sido intimada a cumprir a determinação e tiver deixado de fazê-lo no prazo que lhe foi assinado”. A multa é prevista pelo atraso no cumprimento de um preceito. É preciso, pois, que o prazo da intimação se esgote, uma vez que, somente depois de vencido o termo final daquele prazo é que começará a fluir o tempo de atraso justificador da aplicação da multa. a súmula que exigia a pessoalidade (Súmula 410-STJ) é antiga, mas vinha sendo cumprida até recentemente sem discussão. A 3ª Turma, todavia, passou a admitir que, a exemplo do que ocorria com a execução de sentença por quantia certa, também, nas de obrigação de fazer e não fazer, haveria de ser permitida a intimação do advogado do devedor (STJ, EAg 857.758/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, jul. 23. 02.2011. Dje 25.08.2011). Cumpre, ainda, destacar que não há contrariedade na sua execução definitiva e provisória. Cada uma cabe num momento processual distinto, da sorte que lhe é possível haver tanto execução provisória como execução definitiva de astreinte. O que é preciso, de fato, é a configuração do inadimplemento da obrigação, que sempre haverá de ser precedida de intimação da parte para dar cumprimento ao preceito judicial, para depois ser aplicada a multa, a partir do momento de escoamento do prazo assinado na respectiva intimação. Quanto à modificabilidade da multa diária, a jurisprudência atual do STJ é no sentido de permiti-la a qualquer momento, inclusive na fase de cumprimento da sentença, com o fundamento de que, se tratando de medida de apoio, a sua redução ou ampliação não ofendem a coisa julgada (“A multa prevista no artigo 461 do CPC não faz coisa julgada material e pode ser revista a qualquer tempo, quando se modificar a situação em que foi cominada”), ver STJ, 3ª Turma, Resp. 1.085.633/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 17.12.2010. Ainda: STJ, 5ª Turma, Resp. 708.290/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 06.08.2007).

³⁰² STARCK, Roland e Boyer. *Obligation – Régime general*, p. 271, apud GUERRA, Marcelo Lima, *Execução indireta...*, cit., p. 116.

³⁰³ *Idem Ibidem*, p. 119.

Quanto ao regime de aplicação da multa, temos que a imposição da multa diária consiste, basicamente, numa condenação para o futuro, de caráter pecuniário³⁰⁴.

É decisão condenatória para o futuro porque impõe ao réu, desde logo, sanção para o caso de futura violação da obrigação, ficando, assim, prevista e estabelecida a sanção correspondente, outorgando-se ao autor da demanda um título executivo, de natureza judicial, idôneo para exigir a cobrança dos valores referentes à multa³⁰⁵.

Quanto à exigibilidade da cobrança, temos que a imposição da multa cominatória tem por função precípua resguardar a efetividade do processo. É instrumento de direito público que busca realçar o *imperium* da ordem judicial expedida contra o réu e o revigoreamento do dever do mesmo em atendê-la fielmente.

Por fim, a multa cominatória tem eficácia a partir do momento em que o cumprimento do comando judicial, ao qual se relaciona, passa a ser devido. Em regra, este momento coincide com a intimação da medida liminar ou da sentença de procedência não submetida ao efeito suspensivo da apelação. Os valores da multa passam a ser devidos desde o momento em que for constatado o não cumprimento do preceito judicial pelo réu, podendo, desde logo, ser cobrados judicialmente, em execução definitiva, sem que haja a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da eventual sentença de procedência³⁰⁶³⁰⁷.

Outra ressalva se dá quanto ao trato das *astreintes*, na possibilidade de fixação de multa progressiva segundo a resistência oferecida face ao cumprimento da ordem. É certo que essa discussão tem muito mais interesse quando se está diante de obrigações de não fazer, pois, nestes casos, a multa progressiva somente terá interesse em evitar o prosseguimento do ilícito³⁰⁸.

³⁰⁴ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária...*, cit., p. 397. Kazuo Watanabe também reconhece a natureza condenatória da decisão impositiva da multa diária, sem afirmar, contudo, que se trata de condenação para o futuro. Cf. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 43. Pontes de Miranda afirma se tratar de uma “condenação eventual”, querendo, desta forma, expressar a mesma ideia de condenação para o futuro. Cf. MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil...*, cit., p. 325.

³⁰⁵ PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto...*, cit., pp. 181-182.

³⁰⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória...*, cit., pp. 190-191; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar...*, cit., p. 367.

³⁰⁷ Eduardo Talamini adota um sentido um pouco mais liberal, na nossa opinião, afirmando que o valor da multa é exigível a partir da eficácia da ordem judicial, mas que a execução deve ser provisória, tendo-se em vista a provisoriedade da decisão judicial que a impôs. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutelas Mandamental...*, cit., Pp. 158-159.

³⁰⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2000, pg 196.

Deste modo, tais premissas consistem, na realidade, em elementos importantes para considerar a multa como sendo um instrumento a ser utilizado de duas formas, quais sejam: (i) momento único com valor expressivo para inibir completamente o ilícito; (ii) caráter periódico se houver necessidade de impedir a repetição do ilícito.

3.4 Critérios da atividade executiva

A tutela inibitória deve preservar os direitos sem causar prejuízos indevidos ao demandado. Assim, a sua ética está em privilegiar o “equilíbrio” e a “justa medida” como critérios que devem iluminar a relação entre a sua efetividade e a necessidade de preservação da esfera jurídica do réu.

Significa isto, que a tutela do direito sempre deve ser prestada através de um meio mais adequado e idôneo possível, para que seja suficiente para a tutela do direito, e ao mesmo tempo, restrinja o menos possível ao demandado. O meio mais idôneo, assim, é aquele que, além de tutelar o direito, causa a menor restrição possível. Como por exemplo, se basta determinar a instalação de determinada tecnologia para que a poluição não prossiga, não há cabimento em se determinar a cessação das atividades produtivas.

Temos que quando se pensa numa forma adequada de execução, surge o conflito entre a efetividade da tutela jurisdicional e o direito do réu, a qual deve ser solucionado pelo juiz diante do caso concreto, mas não mais apenas tomando em consideração a idoneidade do conteúdo da providência a ser determinada, mas igualmente, a idoneidade da forma de execução para a implementação do conteúdo da providência. Ou seja, a forma de execução capaz de tutelar de forma efetiva o direito somente será idônea quando não implicar em “excesso” em face do réu. Ou melhor, a forma de execução deve configurar uma “justa medida” para a implementação do conteúdo da providência³⁰⁹.

Considerando a natureza da tutela inibitória e a necessidade de evitar que seja utilizada de modo arbitrário, esta deverá ser prestada, em princípio, através de ordem, sob pena de multa. Contudo, a coerção direta estará justificada nos casos em que seja possível supôr que a ameaça patrimonial não afetará o demandado ou quando não houver tempo

³⁰⁹ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, cit., p. 202.

para esperar a efetivação de ordem sob pena de multa, sendo preferível determinar que um auxiliar do juízo atue diretamente de modo a evitar a violação do direito.

Nesse sentido, podemos afirmar que o juiz não está apenas obrigado a utilizar o “meio idôneo” e a forma executiva que, tutelando o direito, cause a “menor restrição possível”, mas também, o dever de fundamentar as suas escolhas.

A “proibição de excesso”, que é uma das faces do princípio da proporcionalidade, remete às ideias de “justa-medida” e de “equilíbrio”, sendo o instrumento que permite o controle do poder do juiz na determinação da forma executiva. Se a prisão, como meio de coerção, somente pode ser admitida nos casos em que não houver necessidade de prestação que implique uma disposição de dinheiro, a sua utilização somente é possível nos casos em que se tema o cometimento de um ilícito³¹⁰.

Contudo, nessas hipóteses, o juiz somente poderá ordenar pena de prisão quando estiver em condições de justificar, racionalmente, a impossibilidade de efetivação da tutela mediante o emprego da multa e da coerção direta. Nestes casos, por existir “necessidade” do uso da prisão, é que se poderá concluir que o seu uso constitui medida necessária para que a tutela jurisdicional possa alcançar efetividade, podendo, então, o juiz aplicá-la com base nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC³¹¹.

Percebe-se que, a forma de viabilizar o exercício do poder e ao mesmo tempo controlá-lo é fundamental em face dos direitos da sociedade contemporânea, constituindo uma pura manifestação da crescente necessidade de se pensar o direito para o caso concreto.

O que é importante deixar claro é que o poder de execução do juiz está sujeito a controle por meio dos critérios antes delineados e que estes, somente, poderão ser precisamente testados diante dos casos concretos³¹².

³¹⁰ MARININI, Luis Guilherme, *Tutela Inibitória Individual...*, cit., pp. 202-203.

³¹¹ Nesse sentido, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta...*, cit., pp. 245-246; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória coletiva...*, cit., p. 259; CÂMARA, Alexandre. *Lineamentos do novo processo civil*, São Paulo: Saraiva. 1996. p. 75.

³¹² MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória Individual...*, p. 203.

Conclusões

1. O processo foi construído para assegurar os direitos materiais; entretanto, foi concebido nomeadamente para fazer a reparação de um dano após cometida a violação. Todavia, não podemos mais se valer dessa premissa, que se encontra totalmente em desacordo com a realidade da sociedade;

2. É garantia constitucional o direito de ação não apenas em face do direito já violado, mas, também, a proteção contra a ameaça do direito. O termo “ameaça” deve ser entendido em sentido amplo. Assim, as providências preventivas têm por finalidade repelir que a ameaça de lesão ao direito seja consumada. Desse modo, agir antecipadamente é buscar a proteção antes de o ato ilícito ocorrer, evitando qualquer necessidade de reparação de dano;

3. A tutela ressarcitória não tem aptidão para proteger o direito antes de ser violado, uma vez que tem como pressuposto a ocorrência de um dano;

4. A tutela preventiva, entendida como a tutela apta a impedir a ocorrência da lesão ao direito, pode apresentar-se no ordenamento jurídico sob três feições: a tutela cautelar, a tutela antecipatória e a tutela inibitória;

5. A tutela antecipatória, por sua vez, consiste em um provimento jurisdicional que antecipa os efeitos práticos do julgamento de procedência pretendido pelo autor, satisfazendo total ou parcialmente, num momento anterior ao regularmente pretendido, o direito por ele pleiteado em juízo. Assim como a tutela inibitória, visa proteger o direito material, mas diferencia-se desta por não ter caráter de definitividade, podendo ser revogada a qualquer momento;

6. A tutela cautelar tem como função primordial garantir a utilidade e a eficácia do processo, ou seja, tem índole instrumental. Tem como pressupostos a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Não se confunde com a tutela inibitória justamente porque esta fornece uma tutela definitiva e as cautelares fornecem uma tutela provisória (em regra);

7. O legislador português inovou nessa matéria ao introduzir no artigo 369, do CPC, a inversão do contencioso, que consiste na possibilidade de dispensar o autor cautelar da proposição da ação principal que, necessariamente, deveria seguir a ação cautelar, quando requerida por este e em face de o juiz ter decretado medida que resolve, de *per si*,

o conflito entre as parte. Nesta hipótese, não obstante seja denominanda “cautelar” a tutela se reveste de satisfatoriedade, e não mera instrumentalidade, indicando uma feição de natureza inibitória que, entretanto, só se aperfeiçoa *a posteriori* e não à partida;

8. A tutela inibitória tem por escopo a prevenção da prática, da repetição ou da continuação de ato ilícito futuro;

9. A tutela inibitória tem como pressuposto a ameaça de prática de ato ilícito futuro apto a violar direitos;

10. A tutela inibitória tem como limites a imprescindibilidade de demonstração da presença de um risco concreto de violação do direito, evidenciando a existência de circunstâncias que apontem, com alto grau de segurança, para a provável prática futura de ato antijurídico;

11. Em relação ao dano, podemos afirmar que este é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito. O dano pode ser efeito de um ato ilegal, mas dele não faz parte. É mera consequência necessária do ato ilícito;

12. Convém salientar que a mera culpa e o dolo estão estritamente relacionados com a responsabilidade pela ocorrência do dano e não integram, por conseguinte, o núcleo conceitual de tutela preventiva;

13. O pedido inibitório comporta a cumulação com o pedido ressarcitório, mas com ele não se confunde. Havendo esta cumulação, é possível que o pedido de tutela inibitória se torne “maduro” para o julgamento antes do pedido ressarcitório, o que, nesse caso, resulta na possibilidade de ser concedida a tutela antecipada em relação àquele;

14. Pode-se manejar a tutela inibitória para defesa do consumidor em razão da sua vulnerabilidade nas relações de consumo, principalmente no âmbito do contrato de adesão, a fim de compensar a parte a falta de liberdade contratual. Em Portugal, essa medida têm mais ênfase e evidência por ter a ação inibitória uma natureza de ação coletiva;

15. A sentença do pedido inibitório é dotada, desde logo, tanto de eficácia mandamental, quanto de eficácia executiva *lato sensu*, que é caracterizada justamente pela sua aptidão de ensejar a adoção de medidas executivas, prescindindo-se do procedimento executivo propriamente dito;

16. A sentença mandamental é aquela que tem por objetivo que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz mandar. É, pois, o mandamento para que se cumpra

imediatamente o que fora fôra determinado no ato decisório. A sentença mandamental só se torna uma ordem quando dotada de coercitividade, caso contrário é mera declaração de dever de conduta;

17. Na sentença inibitória, o que se torna imutável e indiscutível em decorrência do trânsito em julgado da decisão é o comando que disciplina a relação jurídica levada a juízo, fazendo deste modo, a coisa julgada. É esse conteúdo decisório que acolhe ou rejeita a pretensão preventiva, que se torna imutável e indiscutível no mesmo e em outros processos, pelo mesmo ou por outro juiz ou tribunal;

18. Na ação inibitória um dos principais meios executivos é a aplicação da multa-diária. A multa não tem qualquer relação com o dano, até porque pode não haver dano a ser indenizado; e

19. A tutela inibitória é necessária e de extrema importância em todo e qualquer ordenamento jurídico, devendo ser considerada como uma forma imprescindível de acesso à Justiça, porque, por um lado, evita a prática do ato ilícito, e mantém, assim, incólume a norma jurídica e o direito da parte; e, por outro lado, evita a ocorrência do dano propriamente dito e a necessidade de se manejar a ação ressarcitória. Conforme já dizia Chiovenda: “O processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I*, Coimbra: Almedina. 2000.

ALVES, João. “*Algumas notas sobre a tramitação da Ação Inibitória de Cláusulas Contratuais Gerais*”, publicado na Revista do CEJ (Centro de Estudos Judiciários), 1º Semestre 2007/Número 6, Lisboa.

ALVES, João. *Direito dos Consumidores – Textos e Peças Processuais*, Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 7ª ed., São Paulo: RT. 2000.

ALVIM, Arruda, *Tratado de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo: RT, 1990;

ALVIM, Arruda. *Sentença no processo civil- As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau*, RePro 2, São Paulo: RT. 1976.

ALVIM, Arruda. *Tutela antecipatória: algumas noções – Contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas*, In Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Liminares*. São Paulo: RT. 2000.

ALVIM, Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*, Belo Horizonte: Editora Del Rey. 1997.

ANDRADE, M. Domingos de. *Noções Elementares do Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, *Sentença e Coisa Julgada*, Aide Editora, 1992.

ARAÚJO, Lucioano Vianna. *A teoria Quinária da ação*, Editora JusPodium. 2010.

ARAÚJO, Luis Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*, Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

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

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.

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

ARRUDA, Teresa; WAMBIER, Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 4ª ed., São Paulo: RT. 1998.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé*, Revista da Ordem dos Advogados, vol. II, 2000.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, São Paulo: RT. 1998.

BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano: Giuffrè. 1964.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; NETO, Francisco Vieira Lima. *Anotações acerca do Contempt of Court*, Revista de Processo, Procuradoria geral do Estado de Santa Catarina, v. 36, n. 192 fev. 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumária e de urgência (tentativa e sistematização)*, 2ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

BELLELLI, Alessandra. *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, In Rivista di Diritto Civile, Padova: Cedam. Anno L, n. 4, lug/ago/2004.

BENUCCI, Edoardo Bonasi. *Atto illecito e concorrenza sleale*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè. 1957.

BERMUDES, Sergio. *A reforma do código de processo civil*, 3ªed., Rio de Janeiro: Editora Saraiva.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Contratos de Adesão e o Controle das Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva. 1991.

BOBBIO, Norberto. *Sanzione. Novissimo digesto italiano XVI*, Torino, Utet. 1969.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo civil anotado*, São Paulo: Saraiva. 2015.

BUENO. Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, Volume 1, 6º ed., São Paulo: Saraiva. 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*, 3ª ed., São Paulo: RT. 1997.

CÂMARA, Alexandre. *Lineamentos do novo processo civil*, Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital Martins, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3º Ed., Coimbra Editora, 1993.

CASTRO, Arthur Anselmo de. *Direito Processual Civil declaratório I*, Coimbra: Almedina. 1981.

- CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller. 1998.
- COSTA, Almeida. *Direito das obrigações*, 11ª edição, Coimbra: Coimbra Editora. 2013.
- DAVONI, Filippo. *L'azlone inibitória in matéria di clausole vessatorie*, Rivista di diritto processuale, Volume LI (II serie), anno 1996.
- DENTI, Vittorio. *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano: Giuffrè. 1973.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros. 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 1, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2005.
- DINAMARCO, Cândido. *A reforma do código de Processo Civil*, 2ª Ed., São Paulo: Malheiros. 1995.
- DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito processual civil*, Vol. 2, São Paulo: Saraiva. 1994.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 08, t. III, Rio de Janeiro: Editora Forense. 1980.
- FERNANDES, Elisabeth. *Um novo código de processo civil? Em busca das diferenças*. Porto: Editora Vida Econômica, 2015.
- FILHO, Willis Santiago Guerra. *Processual Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: Celso Bastos. 1999.
- FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao Estudo Sistemático da tutela cautelar no processo administrativo*, Coimbra: Almedina, 2002.
- FONSECA, Isabel Celeste M., “A urgência na reforma do contencioso administrativo”. In *Reforma do Contencioso Administrativo – O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios)*, vol. I, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, 2003.
- FRANCESCHELLI, Remo. *Studi sulla concorrenza sleale – La fattispecie*, In Rivista di Diritto Industriale. 1963.
- FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à luz do Novo Código*. 3ª Edição. Coimbra Editora, 2013.
- FREITAS, José Lebre de, “Repetição de providências e caso julgado em caso de desistência do pedido de providência cautelar”, in ROA, ano 57, Vol. I, Lisboa, Janeiro 1997.
- FRIGNANI, Aldo. *Azione in cessazione*, Novissimo digesto italiano, Torino: Utet, 1979.

- FRIGNANI, Aldo. *Enciclopedia del Diritto*, volume XXI, Giuffrè Editore. 2011.
- FRIGNANI, Aldo. *Inibitoria*, Enciclopedia del diritto, vol 2, Milano: Giuffrè. 1971.
- FRIGNANI, Aldo. *L'azione inibitória contro le clausole vessatori (considerazioni "fuori da coro" di um civilista)*, In *Rivista di diritto processuale*. Volume LII (II Serie), anno 1997.
- FRIGNANI, Aldo. *L'Injunction nella common law e l'inibitria nel diritto italiano*, Milano: Giuffrè Editore. 1974.
- GÁLVES, Juan Monroy Gálves; PALACIOS, Juzn Monroy. *Del mito del processo ordinário a la tutela diferenciada*, In *Revista de direito processual civil*, n° 109, ano 2003. Apuntes Iniciales.
- GOMES, Orlando. *Contratos*, Rio de Janeiro: Editora Forense. 1972.
- GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, Coimbra: Editora Almedina, 2015.
- GONZÁLES, Perez Jesus. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª Ed., Madrid: Civitas. 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdiccional das obrigações de fazer e no fazer, Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva. 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Araújo; ARAÚJO, Antônio Carlos de. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Editora Malheiros. 2004.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, São Paulo: RT. 1998.
- HEBRAUD, Piérre; RAYNAUD, Pierre. *Jurisprudence française em matière de droit judiciaire prive*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 1968.
- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina. 1995.
- JUNIOR, Antônio Pereira Gaio. *Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento e Recursos*, vol. 1, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey. 2009.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*, 16ª ed., São Paulo: Leud. 1995.

JUNIOR, Nelson NERY. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.

JUNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, verbete “MS preventivo” contido n nota 4 ao art. 1º da Lei 1.533/1951, 4ª edição, São Paulo: RT.

JUNIOR, Nelson Nery. *Procedimentos e tutela antecipatória*, Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo: RT. 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, (Tradução: João Baptista Macedo) 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LIBERTINI, Mario. *La tutela civile inibitória, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Nápoli: Joveni. 1989.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*, 4ª ed, n. 82, Vol. 1, Milano: Giuffrè. 1980.

LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense. 1984.

LIEBMAN. *Processo de execução*, São Paulo: Saraiva. 1968.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. *Sobre Cláusulas Contratuais Gerais e Conceito de Risco*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Lisboa. 1998.

MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*, 2ª Ed., Milano: Giuffrè. 1993.

MARININI, Luis Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros. 1996.

MARINONI, Luis Guilherme. *Processo de Conhecimento*, Vol. 2, 6ª Edição, Editora Revista dos Tribunais. 2007.

MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Individual e Coletiva*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MARQUES, João Paulo Remédio. *Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade human na revisão do processo civil de 2012*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 72, II/III – Lisboa, Abr.-Set. 2012

MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*, Lisboa: Associação Acadêmica. 1985 (I) e 1987 (II).

MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Direito Processual Civil*, Vol I, 1986, Vol. II, 1987, Lisboa, AAFDL.

MICHELI, Gian Antonio. *Derecho procesal civil. La acción preventiva*, Vol. 4, Buenos Aires: EJE. 1970.

MICHELI, Gian Antonio. *La acción preventiva*, Derecho procesal civil, vol. 4, Buenos Aires: EJE. 1970.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XIII. 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, São Paulo: RT. 2004.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, In “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares”, *Studia Iuridica*, 61, “Ad Honorem” 1, Coimbra. 2001.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Estudos do Direito do consumidor*, N.º. 4, Coimbra: Centro de Direito do Consumo. 2002.

MONTEIRO, Antônio. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, ROA, ano 62, 2002.

MOREIRA, Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, RePro 34, São Paulo: RT. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva. 1980 (2º Série).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, São Paulo: Editora Forense. 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade*, In Temas de Direito Processual: Segunda Série. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, RePro 40, São Paulo: RT, 1985.

MOSCO, Luigi. *La concorrenza*, Napoli: Joveni. 1956.

Nelson Nery Junior, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual civil em vigor*, São Paulo: RT. 2010.

NETO, Alvim; ARRUDA, José Manoel. *Código do Consumidor Comentado*, 2ª Ed., São Paulo: RT. 1995.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito Material, processo e tutela jurisdicional*, In Revista da Ajuris. Porto Alegre: Ajuris. ano XXXIII, n. 101, mar. 2006.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense. 2008.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3, Rio de Janeiro. 2004.
- PELLIGRINI, Ada. *A tutela preventiva das liberdades: “habeas corpus” e mandado de segurança*, Revista de Processo, nº 22, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. abr-jun. 1981.
- PÉREZ, Gonzales. *El derecho a la tutela jurisdicional*, 2ªed., Madrid: Civitas. 1989.
- PINTO, Carlos Alberto Mota. *Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, In “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Coimbra. 1973.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli: Jovene Editore. 1999.
- PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla Tutela di Condanna (trentacinque ani dopo)*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 37, n. 210, ago. 2012.
- PISANI, Andrea Proto. *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, Foro Italiano. 1990.
- RAPISARDA, Cristina. *Inibitoria*, Digesto delle discipline privatische, Vol. 9, Pádova: Cedam. 1993.
- RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitória*, Padova: Cedam. 1987.
- RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. *Inibitória (Azione)*, Enciclopedia giuridica Treccani, vol. 17.
- RAPISARDI, Cristina. *Inibitoria, Digesto delle discipline privatistiche*, vol. 9, Padóva: CEDAM. 1993.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Coimbra Editora. 2007.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O direito constitucional à jurisdição*, In Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo. Saraiva. 1993.
- ROSA, Josimar Santos. *Relações de Consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores*, São Paulo: Atlas. 1995.
- SÁ, Almeno de. *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Editora Almedina. 2005.

- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 04, Rio de Janeiro: Editora Forense. 1982.
- SARTÓRIO, Élvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória), nas obrigações de fazer e não fazer*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris. 2007.
- SIDOU, José Maria Othon. *Resolução Judicial dos Contratos (Cláusula Rebus Sic Stantibus) e Contratos de Adesão*, Rio de Janeiro: Forense. 2000.
- SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra: Almedina. 1987.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Racionalismo e tutela preventiva*, In *Sentença é coisa julgada*. 4ªed. revisada e ampliada., Rio de Janeiro: Forense. 2006.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*, 3ª Ed. ver. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*, 2ª ed., Rio de Janeiro:Aide. 1993.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer*, in *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro: Editora Forense. 1997.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 2, 3ª Edição, São Paulo: RT. 1998.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, São Paulo: RT. 1996.
- SOARES, Fernando Luso. *Processo Civil de Declaração*, Coimbra: Almedina. 1985.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lex Editora. 2003.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora. 1995.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória. A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*, 2ª ed., São Paulo: RT. 2007.
- SPOLIDORO, Marco Saverio. *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano: Giuffrè. 1982.
- STARK, Roland; Boyer. *Obligation – Régime general apud GUERRA*, Marcelo Lima. *Execução indireta*, São Paulo: RT. 1998.

- TALAMINI, Eduardo. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: RT. 1997.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega da coisa*, 2ª ed., São Paulo: RT. 2003.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutelas Mandamental e executiva lato sensu e antecipação de tutela ex vi do art. 461, §3º, do CPC*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) São Paulo: RT, 1997.
- TARUFFO, Michelle. *Intervento, Le azione a tutela di interessi collettivi – Atti del convegno di Studio*, Padova: Cedam. 1976.
- TARZIA, Giuseppe. *La tutela inibitória contro le clausole vessatorie*, Rivista de Diritto Processuale. 1997.
- TARZIA, Giuseppe. *Per la revisione del Codice di Procedura Civile – Relazione*, Rivista di Diritto Processuale. 1996.
- TOPAN, Luis Renato. *Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público*, Direito do Consumidor, vol. 6, São Paulo: Revista de Direito do Consumidor. 2009.
- TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.
- VANZETTI, Adriano; CATALDO, Vincenzo di. *Manuale di diritto industriale*, Milano: Giuffrè. 2012.
- VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO, NORA. *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Edirora. 1985.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, Vol. 1, 8ª ed., Coimbra: Almedina, 1994.
- WATNABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2ª ed., São Paulo: DPJ. 2006.
- ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer. Aspectos polêmicos e atuais da antecipação de tutela*, São Paulo: RT. 1997.
- ZAVASKI, Teori Albino. *Medidas Cautelares e Antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, RePro 82, São Paulo: RT. 1996.

Bibliografia consultada online:

FIRMINO, Marcus. *Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional*.

Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcus%20Firmino%20Santiago-formatado.pdf>

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *Cláusulas abusivas no contrato de adesão*, Jus

Navegandi, Teresina, ano V, n. 47, Nov. 2000, Disponível em:

<http://jus.com.br/artigos/708>.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *O Novo Regime Jurídico nos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais*. Disponível em:

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3346

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-Fé*. Disponível em:

http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CCGOA.pdf

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em:

http://www.academia.edu/5187428/M._TEIXEIRA_DE_SOUSA_Apontamento_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_gest%C3%A3o_processual_no_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil

Jurisprudência portuguesa

Acórdão do STJ de 15/3/05, CJ, STJ, I, 2005.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 854/10.2TJPRT.S1. Data do

Acórdão: 31/05/2011. 6 SECÇÃO. Relator: FONSECA RAMOS.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça/STJ, Proc. 01A3417, Relator Dr. Alípio Calheiros, em 05/10/2001 .

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça/STJ, Proc. 2475/10, julgado pela 7º Secção, Relator Dr. Salazar Casanova, em 11/13/2014.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n. 149/14.2YHLSB.L1.S1, 1º Secção, Relator Mario Mendes, de 06/02/2015.

Acórdão da Relação de Lisboa, processo n. 18645/10.9T2SNT.L1, Relator Henrique Antunes, de 27/10/2010.

Acórdão do Tribunal Constitucional, n. 223/95; DR, II, de 27/06/1995.

STJ, Acórdão n. 630-A/ 1996.S1, 6º Secção, Relator Dr. Fonseca Ramos, Julgado em 14/07/2009.

Supremo Tribunal de Justiça, de 1/06/1965 (B.M.J., 148, pág. 211) e de 23-05-1975 (B.M.J., 247, pg. 133) .

Jurisprudência brasileira

RECURSO ESPECIAL Nº 1.019.314 - RS (2007/0307980-6) RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX).

STJ, 3ª Turma, Resp. 1.085.633/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe (17.12.2010).

STJ, 5ª Turma, Resp. 708.290/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU (06.08.2007).

STJ, EAg 857.758/RS, Rel Min. Nancy Andrichi, 2ª Seção, jul. (23. 02.2011) Dje (25.08.2011).

Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Resp 1475157/SC, 3ª Turma (18/09/2014).

Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.841 - SC (2010/0075383-3)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI.

Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 677.585 - RS (2004/0126889-8)
RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX.

Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL Nº 1.388.994 - SP (2013/0110749-5)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI.

TJ-SC-Agravo de Instrumento: AG 20130408945 SC 2013.040894-5 (Acórdão). Relator
Júlio César Knoll, 05/11/2014.

Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 1.388.994 – SP(2013/0110749-5) Relatora: Nancy
Andrichi.

TJRS, 8º Câmara Civil, Acórdão: 70010772853, Relatora Desembargadora Walda Maria
Melo Pierro, julgado em 20.10.2005.