

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Kathlyn Majerkowski

**A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA NA TUTELA INIBITÓRIA:
Importante Instrumento para a Defesa Contra o Ilícito e na Tutela dos
Direitos**

Porto Alegre

2012

Kathlyn Majerkowski

**A Tutela Antecipatória na Tutela Inibitória:
Importante Instrumento para a Defesa Contra o Ilícito e na Tutela dos
Direitos**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2012

Kathlyn Majerkowski

A Tutela Antecipada na Tutela Inibitória:

**Importante Instrumento para a Defesa Contra o Ilícito e na Tutela dos
Direitos**

Monografia apresentada ao Departamento
de Direito Privado e Processo Civil da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Porto Alegre, ____ de _____ de 2012.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Orientador

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares, pelo amor incondicional, em especial a minha tia, Rosângela, pelo apoio e pela motivação, as minhas avó, Matilde e Carmen Lila, pela preocupação e carinho, ao meu irmão Luiz Felipe, pela amizade e apoio e à minha mãe, Nara, pelos importantes ensinamentos ao longo da minha vida.

Agradeço aos meus colegas de faculdade, pela amizade que perdurará por muito além do término da faculdade, pelas discussões jurídicas intermináveis nos intervalos e por tornarem as manhãs de estudo sempre acolhedoras.

Agradeço, por fim, meu orientador, Professor Daniel Mitidiero, pela grande orientação nesse trabalho e pelas aulas por ele ministradas, de grande valor para a minha formação.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a figura da tutela inibitória, instrumento de grande importância na tutela dos direitos não patrimoniais, na prevenção da prática de um ato ilícito, ou de sua continuação ou repetição. Para tanto, será abordada inicialmente uma evolução histórica dos sistemas processuais à luz da tutela dos direitos e de sua preocupação com o direito material, bem como a influência da Escola Sistemática no processo civil brasileiro, trazida da Europa por Enrico Tullio Liebman. Diante dessa exposição, busca-se contrapor esse modelo processual com o surgimento de direitos não patrimoniais e explicitar a sua insuficiência diante da sociedade contemporânea mais complexa e conflituosa. Ressalta-se ainda a exigência de mecanismos de efetivação da tutela inibitória, tais como a antecipação da tutela. Para esse estudo, foi percorrido sobre questões pertinentes ao tema tais como requisitos de concessão da tutela antecipatória, diferenciação entre tutela cautelar e tutela antecipatória, momento da concessão da medida, e instrumentos para a sua efetivação, todos inseridos no contexto da tutela inibitória.

Palavras-chave: Tutela inibitória – Prevenção – Ato Ilícito – Direito Material – Direitos não Patrimoniais – Antecipação de Tutela – Tutela Antecipatória.

ABSTRACT

This study analyzes the inhibitory injunction, an instrument of great value regarding the protection of non-property rights, in preventing the commission of a tort, or its continuation or repetition. Thus, will be addressed initially a historical evolution of procedural systems considering the protection of rights and its concern with substantive law, as well as the influence of Systematic School in Brazilian civil procedure, brought from Europe by Enrico Tullio Liebman. Given this exposure, we seek to counteract this procedural system with the emergence of non-property rights and to explain its failure before the more complex and conflicted contemporary society. We also emphasize the need for effective mechanisms of inhibitory protection, such as the preliminary injunction. For this study, we discoursed on relevant matters such as requirements for the grant of anticipatory protection, the time of granting the measure, differentiation between preliminary injunction and interim remedy, and the instruments of effecting such injunction, all within the context of inhibitory injunction.

Key-words: Inhibitory injunction – non-property rights – tort – prevention – substantive law – interim remedy – preliminary injunction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I. A TUTELA INIBITÓRIA	12
1.1 O Código Buzaid e a sua Concentração na Tutela Individual, Repressiva e Patrimonialista. A Crise do Processo Civil Tradicional fundado sobre o Dano.....	12
1.2 A Superação do Modelo Tutela Ressarcitória mediante Condenação e Execução Forçada. A Necessidade de Individualização do Ilícito como Categoria Autônoma e da Tutela Inibitória como Tutela Preventiva	24
II. A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA COMO MEIO PARA REALIZAÇÃO PROVISÓRIA DO DIREITO À TUTELA INIBITÓRIA	42
2.1 Da Tutela Cautelar à Antecipação da Tutela e a Necessidade da Tutela dos Direitos.	42
2.2 A Técnica Antecipatória fundada na Urgência e a Prestação da Tutela Inibitória. Requisitos para Concessão.....	57
CONCLUSÕES	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85
LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS	87

INTRODUÇÃO

O direito processual civil, durante muito tempo, foi pensado através da ótica do direito material, sendo concebido exclusivamente como um ramo dependente deste. Foi com o grande doutrinador Oskar Bülow que o processo tomou contornos de ciência, porquanto houve a tentativa de separação total entre processo e direito material. Foi buscado, para tanto, uma ciência processual pura, em que a influência do direito material é negada.

Esta processualística alemã acabou por influenciar posteriormente outros modelos processuais, como o italiano, com Giuseppe Chiovenda, e o brasileiro, trazido pelo estudioso Tullio Liebmann, o qual influenciou fortemente o Código Buzaid.

Embora essa linha doutrinária tenha trazido inúmeras contribuições para a ciência processual da época, houve, entretanto, a criação de um direito processual que desconsiderava completamente o direito material.

Como consequência dessa despreocupação com o direito material, foi entendido que o legislador era proibido de estabelecer tratamento diverso entre os cidadãos. Havia, assim, a ideia de abstração de pessoas e bens, entendendo-se que eles não deveriam ter tratamento individualizado.

Nessa esteira, em razão da equivalência dos bens, era majoritário o entendimento de que os bens buscados em juízos poderiam ser facilmente substituídos pela tutela do ressarcimento em pecúnia.

Consequentemente, houve uma uniformização procedimental, havendo a possibilidade de um único procedimento atender a grande parte dos casos concretos postos em juízo. Nesse sentido, havia apenas a figura das tutelas declaratória, constitutiva e condenatória.

É facilmente compreensível esse posicionamento da doutrina da época, tendo em vista que vivia-se em um momento de liberalismo econômico, cuja

lógica era voltada exclusivamente para o valor econômico da tutela, não havendo motivo para existir uma tutela específica dos direitos.

Para assegurar o ideal de liberdade – conceito amplamente afirmado pelos doutrinadores dessa época, influenciados por esse modelo liberalista vigente –, o Estado deveria interferir minimamente na esfera jurídica dos particulares, somente possibilitando a eles que pudessem buscar em juízo uma eventual pretensão.

Esse sistema processual, entretanto, mostrou-se inadequado com o surgimento dos direitos não patrimoniais ou “novos direitos”, em função da neutralidade do antigo sistema em relação ao direito material.

O surgimento dos referidos “novos direitos”, causado pela transformação da sociedade – mais complexa –, fez surgir a necessidade de um sistema preocupado com o direito material, e não apenas que resguardava o direito formal dos cidadãos perante à lei.

A abstração de bens e pessoas não poderia ter lugar nessa nova sociedade, tendo em vista a sua diversidade, sendo necessário, desta forma, ser cada caso tratado de maneira individual.

A tutela específica dos direitos, em especial a preventiva, encontra-se como um mecanismo deveras importante na tutela desses “novos direitos”. O modelo condenatório não era mais adequado a atender essa espécie de situação, tendo em vista a grande necessidade de prevenção de lesão a esses direitos para haver sua efetiva fruição. A figura do dano não era imprescindível para gerar o direito à tutela; apenas a lesão ao direito já ensejava a necessidade da tutela preventiva.

Uma grande contribuição da doutrina moderna para a tutela específica foi a separação das figuras da responsabilidade civil e do ato ilícito. Desta forma, surge a ideia de que a o ressarcimento não se dá somente através do equivalente em pecúnia.

Destarte, entende-se que o modelo processual anterior, por garantir apenas uma tutela ressarcitória em pecúnia, não se mostrava compatível com a existência dos referidos direitos emergentes.

A ação inibitória, nesse sentido, mostrou-se de grande importância na tutela dos direitos não patrimoniais. A existência de uma tutela preventiva, nessa linha, consagra-se como um mecanismo de efetividade desses direitos, pois tem como objeto prevenir a violação de direito, ou a sua repetição ou continuação.

Outrossim, por ser a tutela inibitória contra o ilícito – em oposição à tutela condenatória, que se configura como uma tutela contra o dano –, ela engloba situações que merecem ser tuteladas, apesar de não haver a consolidação da figura do dano, elemento eventual, não exigido para a concessão de tutela preventiva.

Desta forma, em razão de prevenir a ocorrência de lesão a direitos não patrimoniais – como direito ambiental, direito à livre concorrência, direito de personalidade, etc. –, essa forma de tutela resguarda a efetividade dos referidos direitos, porquanto só podem ser usufruídos em sua forma específica.

É unânime que apenas a existência de normas que prevejam direitos não resguarda a efetividade destes. É preciso que o Direito disponibilize mecanismos para a sua efetivação – principalmente os ditos “novos direitos”, importantíssimos para a ordem normativa brasileira –, que impeçam a sua lesão.

Para que haja uma tutela adequada e efetiva dos direitos, nesse sentido, é necessário – além da existência da tutela inibitória –, que existam meios para que essa tutela seja concedida de forma devida, promovendo utilidade do processo ao vencedor da lide.

Através de mecanismos como a antecipação de tutela, insculpida no art. 5º, XXXV, da CRFB e nos arts. 273 e 461, do CPC, a tutela inibitória pode promover uma ação que garanta a efetividade dos direitos pretendidos na lide.

Nesse sentido, em razão de haver um perigo de ineficácia do provimento final, faz-se necessária, muitas vezes, a figura da tutela antecipatória nas ações inibitórias. Haverá, nesse caso, para a concessão da figura da antecipação de tutela, a probabilidade de que o ilícito – do qual busca-se prevenção ao final da demanda – seja praticado antes do provimento final do processo de conhecimento.

No presente trabalho, será abordada a figura da tutela inibitória como meio de consagração e efetividade dos direitos não patrimoniais.

Para tanto, será feita uma abordagem histórica da formação da ciência processual civil, iniciando-se na Escola Sistemática, com a exposição das teses do grande doutrinador Oskar Bülow, na Alemanha, e Giuseppe Chiovenda, na Itália, e a sua influência no direito processual civil brasileira, influenciado sobremaneira pelos ensinamentos do importante pesquisador Tullio Liebmann, principalmente na elaboração do Código Buzaid, marcado pela tutela individual, repressiva e patrimonialista, e fundado exclusivamente na figura do dano.

Em seguida, será tratado do surgimento dos “novos direitos” e a insuficiência do antigo modelo de tutela ressarcitória mediante condenação e execução forçada. A importância da existência de um modelo de tutela preventiva será abordada, sendo necessária a exposição de suas características, fundamentos e requisitos. Será exposta, ademais, a necessidade de individualização do ilícito como categoria autônoma e a sua diferenciação com a categoria de responsabilidade civil.

Após, o mecanismo da técnica antecipatória como instrumento essencial da tutela dos direitos será estudado, sendo necessário fazer uma distinção entre tutela antecipatória e tutela cautelar, em relação aos seus requisitos para concessão e a satisfatividade ou não satisfatividade do provimento. Será necessário discorrer brevemente sobre questões históricas das referidas tutelas e sobre a técnica antecipatória em outros ordenamentos jurídicos, como o anglo-americano, o francês, o alemão e o italiano. Nesse mesmo item, será abordada a figura da ação cautelar inominada, utilizada durante muito tempo

como um meio de obtenção de tutela preventiva, em razão da inexistência de outro mecanismo específico para assegurá-la.

Por fim, será tratada a figura da antecipação de tutela inserida na tutela inibitória, através de seus fundamentos, requisitos para concessão, momento de concessão e mecanismos de efetivação. Para um melhor embasamento do tema, serão analisadas decisões jurisprudenciais e direito comparado.

Para a fundamentação do presente trabalho, será utilizado material doutrinário, livros, periódicos e jurisprudência, em especial publicações do Professor Doutor Guilherme Marinoni, importante pesquisador no tema da tutela inibitória, além de doutrina de Sérgio Cruz Arenhart, grande estudioso de temas como a tutela inibitória individual e coletiva.

I. A TUTELA INIBITÓRIA

1.1 O Código Buzaid e a sua Concentração na Tutela Individual, Repressiva e Patrimonialista. A Crise do Processo Civil Tradicional fundado sobre o Dano

O Processo Civil surgiu como ciência, no final do século XIX, na Alemanha, tendo como grande ícone Oskar Bülow, com a publicação da clássica obra *Die Lehre Von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, em 1868, a respeito de exceções e pressupostos processuais.¹

Nessa obra, que tem por base o direito romano clássico, Bülow procura o rompimento da ideia de processo dependente do direito material, considerado, anteriormente, como um simples apêndice desse. Para tanto, o autor fundamenta a existência de requisitos de formação e desenvolvimento válido exclusivos do processo, os chamados pressupostos processuais.² A ciência processual moderna aponta essa obra de Bülow como uma “certidão de nascimento da ciência processual”.³

Dessa independência do processo em relação ao direito material, surgiria a máxima: “Pode existir o processo ainda que não exista o direito material posto em juízo; pode existir o direito material posto em juízo ainda que não exista processo”.⁴

Importante destacar que o referido autor claramente sofreu influências da cultura da época – a pandectística alemã do século XIX –, que objetivava a

1 MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p. 167.

2 MITIDIERO, *loc. cit.*

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições do Direito Processual Civil. Vol. I**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 256.

4 MITIDIERO. *op. cit.*, p. 167.

purificação do Direito, em oposição ao jusnaturalismo francês, dominante na cultura jurídica até então.⁵

Buscava-se construir, nesse sentido, uma ciência processual atemporal, separada de qualquer elemento que não fosse estritamente jurídico. Há aqui um rompimento total com o direito material, negando-se a sua influência sobre o processo.⁶

Houve, para tanto, uma sistematização do direito, buscando um método próprio, desvinculado do direito material, com seus próprios institutos – processo, jurisdição, ação e defesa.⁷

O que interessava à nova ciência é o estudo da relação processual, enquanto tal, através do exame das condições que lhe determinavam o nascimento e das regras sob as quais a *relação jurídica de direito público* desenvolve-se, independente dos conteúdos concretos e, muito especialmente, abstraindo das *individualidades procedimentais*, determinadas pelas exigências, porventura impostas pelo direito litigioso. Em última análise, o estudo da *relação processual*, agora transformada em objeto da nova ciência, introduzia-lhe aquela tendência, a que já fizemos menção, de distanciamento do direito da realidade social e da história. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 146)

Posteriormente, a influência do processualismo alemão alcançou a ciência jurídica italiana, que tratou de desenvolver esta ciência, tendo em Giuseppe Chiovenda um elo entre essas duas culturas. Surge, desta forma, a Escola Histórico-Dogmática, método já praticado largamente pela doutrina alemã.⁸

⁵ MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p. 168.

⁶ *Ibidem*, p. 169.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições do Direito Processual Civil. Vol. I**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 253 – 254.

⁸ MITIDIERO. *op. cit.*, p. 170.

Chiovenda busca fundamentar seus trabalhos a partir do direito romano clássico, tendo em vista construir conceitos processuais extremamente precisos e puros.⁹

Essa nova escola processual italiana, também denominada de Sistemática, preocupou-se em desvincular o direito processual civil do direito material, além de afirmar a natureza pública do processo.¹⁰

Por meio da “publicização” do processo civil, a escola sistemática afirmou a autoridade do Estado, exprimida dentro do processo. A partir de então, foi abandonada a ideia de que o processo serviria somente aos particulares para resolverem eventuais conflitos. O processo, nessa linha, passa a ser concebido como um “direito autônomo de natureza pública”.¹¹

Em razão dos estudos de Chiovenda, juntamente com os de Calamandrei e de Liebman, ícones desse movimento, constrói-se uma processualística embasada unicamente em elementos e conceitos processuais, afastando-se bruscamente da ideia e da dependência do direito material.¹²

Pierro Calamandrei também fez a sua escola, em Florença, influenciando sobremaneira a ciência processual, tendo como discípulo Mauro Cappelletti, e seguindo fielmente os ensinamentos de Chiovenda.¹³

As obras dos referidos autores encontram-se indubitavelmente como fortes influências na formação do Código Buzaid, especialmente em termos de

⁹ MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p. 171.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 41.

¹¹ *Ibidem*, p. 41 – 42.

¹² MITIDIERO. *op. cit.*, p. 172.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume I**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 258.

tutela de direitos, processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.¹⁴

Apesar da grande contribuição da Escola Sistemática para o processualismo moderno, ao separar processo e direito material, dando contornos científicos ao direito processual civil, verificou-se que o método histórico-dogmático dessa escola acabou por exceder os limites dessa separação.¹⁵

Ocorre que, a busca dessa escola por um processo totalmente desvinculado com o direito material acabou por criar uma ciência totalmente distante da realidade. Nesse sentido, o direito processual civil desse modelo tornou-se uma ciência pouco voltada para a prática e “extremamente difícil de ser colocada em prática”.¹⁶

Uma das consequências mais óbvias dessa doutrina foi a uniformização do procedimento. Tendo em vista a total dissociação do processo com o direito material, surgiu a ideia de um único procedimento capaz de atender a diversas situações fáticas. Seria uma tentativa de isolamento do processo civil.¹⁷

Além disso, outra ideia trazida pelo direito liberal era a garantia de liberdade entre as pessoas. Sendo assim, para a sua concretização, o direito deveria interferir o mínimo possível na esfera dos particulares.¹⁸

Nesta época, existia a ideia de igualdade – formal – de todos perante a lei, sendo o legislador proibido de determinar tratamento diversificado às diferentes posições sociais.¹⁹

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p. 173.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42.

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil. Vol. I**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

¹⁷ MARINONI. *op. cit.*, p. 42-43.

¹⁸ *Ibidem*, p. 44.

Supunha-se que, com a impossibilidade de o Estado agir diante das necessidades sociais, estaria garantindo o bem mais supremo do homem, que seria a sua liberdade, pouco importando se ela não pudesse ser usufruída por todos, e assim não fosse entendida como uma liberdade concreta. Isso trouxe uma série de discriminações e injustiças. (MARIONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e Tutela dos Direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 44 -45)

Existia aqui apenas o dever do Estado de possibilitar que o cidadão pudesse buscar em juízo alguma eventual pretensão. Seria, desta forma, uma exigência do Estado de abstenção. Não havia, nesse sentido, o interesse de que o cidadão pudesse usufruir de seus direitos, expressos no ordenamento jurídico.

Mais profundamente, esse ideal de liberdade pregado pela Escola Sistemática trouxe a ideia da tutela pelo equivalente e os princípios da abstração das pessoas e dos bens.

Entendia-se, nessa esteira, que, sendo os bens equivalentes, não mereciam eles tratamento individualizado, podendo haver facilmente a transformação do bem em litígio em seu equivalente monetário. Esse pensamento estava fortemente relacionado com a lógica do sistema, cujo objetivo era apenas sancionar o faltoso, “reprimando os mecanismos do mercado”. Não existia, portanto, nenhum motivo para se pensar em tutela específica.²⁰

A lógica mercantil da época serviu de embasamento para esse pensamento. No mercado, pouco importavam as características de cada indivíduo ou bem. A tutela pecuniária, por expressar somente o valor econômico do dano, mantinha os mecanismos do mercado.²¹

¹⁹ MARIONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 44-45.

²⁰ *Ibidem*, p. 45 – 46.

²¹ *Ibidem*, p. 46.

Consequentemente, tendo em vista que o juiz não poderia dar um tratamento distinto às diferentes classes sociais, o mais lógico seria unificar a forma de tratamento, concedendo o equivalente monetário ao lesado. O juiz, portanto, só poderia conceder-lhe a tutela pecuniária.

Com efeito, a igualdade formal, fator determinante para manter a liberdade e o funcionamento do mercado, serviu para a desconsideração de interesses socialmente relevantes, sendo descartada a hipótese de existência de alguma forma de “tutela jurisdicional diferenciada”, que exigiria um tratamento diferenciado destinado a diferentes situações e posições sociais.²²

Importante lembrar que os direitos fundamentais existentes à época eram apenas aqueles de defesa do cidadão contra o Estado. Não havia a preocupação, e, nem ao menos, uma política destinada a resguardar os interesses de determinadas classes sociais, sendo vedada a interferência na sociedade e no processo econômico, e a sua consequente tutela.²³

Ademais, cumpre ressaltar outra característica marcante do direito liberal clássico, qual seja, a unificação das categorias “ilicitude” e “responsabilidade civil”.²⁴

Ideia de origem romana, foi pensado que a única forma de tutela contra o ilícito seria a ressarcitória. Esse dogma percorreu toda história do direito processual civil.²⁵

Bem acatada pelo liberalismo, essa ideia harmonizava-se sobremaneira com a ideia de equivalência de mercadorias vigente no período. Presumia-se que, se todos os bens são equivalente, devendo ter igualdade de tratamento, uma ilicitude poderia ser facilmente ressarcida por meio de seu equivalente em pecúnia.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 46.

²³ *Ibidem*, p. 47.

²⁴ *Ibidem*, p. 51.

²⁵ MARINONI, *loc. cit.*

Como instrumento, a sentença condenatória inseria-se bem nesse ideal, que servia à tutela pecuniária ou ressarcitória em dinheiro. Assim, seguindo a doutrina liberal, bastava a existência de tais espécies de tutela, tendo em vista o princípio de abstração das pessoas e dos bens.²⁶

Da mesma forma, a sentença condenatória prestava-se a limitar a atividade do juiz, visando a não restrição da liberdade individual, pois tal espécie de sentença relacionava-se apenas com os meios de execução previstos na lei.²⁷

Com efeito, tendo os processualistas reduzido apenas a três as espécies de ações e sentenças – somente aquelas que operam exclusivamente no “mundo normativo”, as declaratórias, as constitutivas e as condenatórias – , proclamam que estas eficácias são criações do direito processual, independentemente da natureza dos respectivos direitos litigiosos que lhes cabe instrumentalizar. Quer dizer, uma ação seria declaratória ou constitutiva, porque o legislador do processo assim o quer, não em razão da diversidade das respectivas pretensões do direito material de que elas provêm. (SILVA, Ovídio A. Bapstista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007)

Além disso, a técnica processual vigente, a ressarcitória, que atuava em face do *periculum in mora*, não visava à tutela de inibição do ilícito. Ao liberalismo clássico, não interessava conferir uma tutela preventiva ao processo de conhecimento. A ilicitude, dentro desse pensamento, foi reduzida à responsabilidade civil.²⁸

Ao direito processual vigente na época, interessava somente tutelar situações em que houvesse efetivamente a existência da figura do dano. Atos

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 49.

²⁷ *Ibidem*, p. 49.

²⁸ *Ibidem*, p. 52.

contrários ao direito, que não tivessem produzido danos, não mereciam ser sancionados pelo processo civil.²⁹

No Brasil, a ligação da doutrina brasileira com a doutrina europeia em termos de processualismo deu-se por Enrico Tullio Liebman, “verdadeiro pai da ciência processual civil brasileira e, em especial, da Escola Processual de São Paulo”.³⁰ Liebman traz ao país toda a cultura do processo europeu. Assim, difunde-se a doutrina da Escola Histórico-Sistemática.³¹

Liebman detinha grandes conhecimentos das origens romanas e germânicas do direito moderno, expressa na sua teoria da ação, tida para o doutrinador como “direito ao provimento de mérito e da execução como sanção ao devedor inadimplente”.³²

Mesmo voltando a Milão, Liebman cultivava laços com o processualismo do Brasil. Em 1968, ele passa a receber uma nova geração de processualistas brasileiros, dentre eles Cândido Rangel Dinamarco, Ivan Righi, Antônio Celso Ferraz e Joaquim Munhoz de Mello.³³

O interesse pela ciência do processo civil, fortemente incentivado pela permanência de Liebman entre os brasileiros, propagou-se de São Paulo a outros Estados com muita força, de modo que a chamada *Escola Processual de São Paulo* acabou sendo absorvida numa verdadeira *escola brasileira de direito processual*, forte em diversos Estados da Federação com Mestres de muito destaque. São pontos comuns dessa linha de pensamento (obviamente, sem concordâncias integrais nem simetria estrutural absoluta) a ênfase dada à autonomia do direito processual perante o substancial, a invocação de certos princípios gerais, tônica ao instituto jurídico – processual da ação entre os demais institutos fundamentais do direito

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p. 173 – 174.

³¹ *Ibidem*, p. 174 – 175.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume I**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p.259.

³³ MITIDIERO. *op. cit.*, p. 176.

processual, aceitação *condições* desta e sua *carência* como categorias autônomas, nítida distinção entre o processo de conhecimento e o executivo *etc.* – tudo muito à moda dos conhecimentos romano-germânicos que chegaram ao Brasil pela lição de Liebman e pela leitura dos grandes Mestres ligados à *linha autonomista* do processo civil. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições do Direito Processual Civil. Vol. I. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 272 – 273)

O anteprojeto do Código Buzaid, em 1964, teve grande influência da processualística alemã do final do século XIX e, amplamente, da doutrina italiana da primeira metade do século XX. Buzaid, para tanto, recomenda as Instituições de Chiovenda “como livro-chave para a sua compreensão”, além de ressaltá-lo como “um monumento imperecível de glória à Liebman”. Cândido Dinamarco indica o Manual de Liebman como o “guia mais seguro para a perfeita compreensão de nossa lei processual”.³⁴

Nesse sentido, houve uma importante sistematização da matéria processual no direito brasileiro, havendo uma ampla abordagem do direito processual como ciência.³⁵

A estrutura do Código Buzaid – processo de conhecimento, de execução e cautelar – evidencia um procedimento padrão para a tutela dos direitos. Nesse sentido, pouco importa qual a natureza do direito material objeto da ação. Toda e qualquer causa poderia ser tutelada por meio desses provimentos e da coordenação das atividades dentro do processo.³⁶

Nessa esteira, o Código em questão formou-se com fortes influências dos dados sociais da Europa do final do século XIX, em razão do “neutralismo científico” buscado. Essa corrente de pensamento impôs à ciência processual da época uma atitude neutra em se tratando da cultura, isolando a realidade

³⁴ MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p. 177.

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil. Vol. I.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53.

³⁶ MITIDIERO. *op. cit.*, p. 181.

social.³⁷ Para Buzaid, importava ao direito processual civil somente conceitos puramente processuais, destacados do direito material.³⁸

Considera-se o Código Buzaid, tendo em vista tais influências, como um “Código individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva”.³⁹

Tal código teve como referência o Código Civil de 1916, de Clóvis Bevilacqua, o qual teve, por sua vez, fundamento no *Code Civil*, de 1804, e indiretamente, nas ideias de Savigny, por influência de Teixeira de Freitas, em seu “Esboço”.⁴⁰

Questões de cunho social, como trabalho saúde, educação, não fizeram parte do Código de Bevilacqua. Não há nele qualquer preocupação quanto à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade. Tampouco assuntos que extrapolem o indivíduo, como meio ambiente e regulação de mercados.⁴¹

É inegável, portanto, que a preocupação de Clóvis Bevilacqua na elaboração do Código Civil de 1916 está centrada no binômio indivíduo-patrimônio, traduzida pela ideia do par liberdade-propriedade. Tal binômio seria a “viga mestra de todo o ordenamento jurídico da época”. Identifica-se tal Código como um “Código pensado para indivíduos que dispõem e administram um patrimônio”.⁴²

No contexto do período, havia o dogma da “autonomia individual”, que alimentava o tráfego comercial, instrumentalizado pelos títulos de créditos, na

³⁷ MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p. 182.

³⁸ *Ibidem*, p. 178.

³⁹ *Ibidem*, p. 182.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 182-183.

⁴¹ *Ibidem*, p. 183.

⁴² *Ibidem*, p. 183 – 184.

tarefa de otimizar a circulação de riquezas. A propriedade imobiliária retinha amplo valor, tendo em vista ser imprescindível na produção de riqueza pelos fazendeiros, classe em ascensão na economia do país.⁴³

Em razão desses fatos, restam claros os motivos pelos quais a liberdade e a propriedade são elementos centrais do Código Buzaid.

Com exceção das tutelas diferenciadas conferidas aos fazendeiros – ações possessórias (arts. 920 a 933) – e aos comerciantes – ações executivas fundadas em títulos de créditos (art. 585,I) - , comportando, no primeiro caso possibilidade de tutela preventiva e antecipação de tutela, e, no segundo caso, execução prévia à cognição, o Código Buzaid é dominado pelo individualismo, pelo patrimonialismo, fundado em ideologias de liberdade e segurança, baseado somente na ideia do dano, tendo na tutela repressiva sua única forma de tutelar os direitos.⁴⁴

Alfredo Buzaid supôs o litígio presente no processo como de cunho obrigacional, permitindo somente ao titular do direito buscá-lo em juízo, colocando a figura da intervenção de terceiros como uma figura excepcional, dependendo de expressa autorização legal. Isso transparece também na figura da coisa julgada, cujos efeitos alcançam somente as partes no processo.⁴⁵

A importância dada ao patrimonialismo é, da mesma forma, bem presente, em pelo menos duas situações. A primeira em processos com objeto direitos reais imobiliários do casal. É imposto, para esse caso, litisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges, em caso de reconhecimento, constituição ou extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges. A segunda, em se tratando da execução, no Código Buzaid. No livro II, título I, Capítulo IV, Buzaid trata da responsabilidade patrimonial do executado, que responderá com todos os seus bens presentes e futuros. Nota-

⁴³ MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p. 184 – 185.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 185.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 186.

se o caráter patrimonial, visto que, ao olhar do legislador, toda execução será resolvida com bens do executado.⁴⁶

É evidente o caráter patrimonial fortemente marcado no Código Buzaid. Ainda mais claro, em razão de o legislador adotar uma espécie de “mercantilização dos direitos”, ou seja, a tutela resguardada pelo Código busca regular somente situações em que há um dano, e, nesse caso, essas situações poderiam sempre ser resolvidas com o equivalente em pecúnia.⁴⁷

Trata-se aqui, conforme anteriormente referido, da proteção ao valor maior da liberdade individual, expresso pela autonomia individual e a proibição de coerção desses direitos de liberdade, ideal fortemente influenciado pelas ideias liberais do final do século XIX.⁴⁸

O valor de liberdade marca fortemente o direito processual civil dessa época. Como desdobramento, temos a limitação da execução apenas ao patrimônio do executado, como forma de proibição de coação da sua vontade.⁴⁹

Com efeito, a execução independe da vontade do executado, sendo promovida pelo Estado, na qual o executado apenas submete-se. A execução, portanto, é forçada, no Código Buzaid.⁵⁰

Ademais, todas as técnicas de execução estão previstas no Código Processual de Buzaid. Nesse passo, as técnicas processuais executivas são típicas, não ferindo em nenhum momento as “garantias de liberdade”, visto que o executado não é surpreendido por alguma forma de execução extralegal.

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p. 186-187.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 187

⁴⁸ MITIDIERO, *loc. cit.*

⁴⁹ MITIDIERO, *loc. cit.*

⁵⁰ MITIDIERO, *loc. cit.*

Seria “o ideal de não intervenção do Estado nos domínios do indivíduo, salvo quando expressamente autorizado em lei”.⁵¹

Outro valor bem presente no Código aqui tratado é a segurança. Ela é um pressuposto do Estado Constitucional. Entretanto, no Código Buzaid, ela é, antes de mais nada, uma “garantia de manutenção do *status quo*”.⁵² Existe uma verdadeira “desconfiança com a atuação do Estado”. O juiz deve-se ater à “vontade concreta do Direito”.⁵³

Enfeixando-se as características gerais do Código Buzaid, pode-se afirmá-lo como um sistema processual civil totalmente dominado pela ideia de dano e ordenado à prestação de uma tutela jurisdicional tão somente repressiva. O conceito de ato ilícito pressuposto no Código Bevilaqua obviamente concorreu em enorme medida para este caráter puramente sancionatório da atividade jurisdicional na legislação de 1973. Para o legislador civil de 1916, o ato ilícito constituía ato contrário a direito, praticado com dolo ou culpa, por ação ou omissão de que decorria dano a alguém (art. 159). Fica patente a confusão entre ato ilícito, fato danoso e responsabilidade civil. A confusão entre estes conceitos, dentre outras contingências, impediu o legislador de identificar e disciplinar uma tutela jurisdicional preventiva voltada para a inibição, reiteração ou continuação de um ato ilícito ou de seus efeitos. Impediu, da mesma forma, de identificar e viabilizar uma tutela jurisdicional repressiva voltada tão somente à remoção do ilícito ou de seus efeitos. (MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p 189)

1.2 A Superação do Modelo Tutela Ressarcitória mediante Condenação e Execução Forçada. A Necessidade de Individualização do Ilícito como Categoria Autônoma e da Tutela Inibitória como Tutela Preventiva

O surgimento de direitos de conteúdo não patrimonial, em função da transformação da sociedade, fez com que o Estado tomasse um papel ativo,

⁵¹ MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier. p. 188.

⁵² MITIDIERO, *loc. cit.*

⁵³ *Ibidem*, p. 189.

passando a atuar como garantidor dos direitos individuais, protegendo as posições sociais menos privilegiadas.⁵⁴

A neutralidade do modelo antigo, na qual se presumia uma “igualdade social” para que a própria liberdade fosse exercida, acabou por não ser mais adequada ao modelo emergente e aos “novos direitos”.⁵⁵ A existência de leis genéricas e universais, bem como a “sua abstração ou eficácia temporal ilimitada” existiriam apenas em “uma sociedade formada por iguais”, o que consiste em uma verdadeira “utopia”, ou em uma sociedade em que as desigualdades fossem ignoradas pelo Estado.⁵⁶

O Estado, assim, diante desse novo panorama social, teve de adotar uma posição ativa, promovendo medidas necessárias a atender os cidadãos, fundada no interesse público.

A razão dessa transformação foi a consciência de que apenas a liberdade formal não bastava mais para uma sociedade agora mais complexa e conflitual.⁵⁷

A ideia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por ‘homens livres e iguais’ e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42)

Os referidos “novos direitos” são figuras típicas da sociedade atual, na qual há maior consciência de que é imprescindível que tais direitos sejam consagrados e resguardados para possibilitar uma vida digna às pessoas.⁵⁸

⁵⁴ MARIONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 47.

⁵⁵ *Idem*. **Curso de processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 43

⁵⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁷ MARINONI, *loc. cit.*

Esses direitos de conteúdo não patrimonial são invioláveis. Outros direitos, como o direito à marca comercial, embora tenham conteúdo patrimonial, dependem que não sejam violados por terceiros para a sua adequada efetividade. Sendo assim, não comportam uma tutela ressarcitória, tendo em vista que a sua violação importaria no total insucesso de determinada atividade.⁵⁹

Nesse sentido, não há como haver uma “abstração de pessoas” do modo que existia no modelo antigo. Agora, há a consciência de que bens e pessoas devem ter tratamento diferenciado, devendo ter direito à tutela específica, bem como uma forma procedimental capaz de proporcioná-la.⁶⁰

Desta forma, o princípio de abstração dos sujeitos e a ideia de equivalência de bens e pessoas, corolários da Escola Histórico-Sistemática, como anteriormente exposto, não se conciliam com o conceito de tutela específica, pois tal tutela supõe um tratamento diferenciado dos interesses e necessidades para os quais se exige tutela.

Conforme anteriormente tratado, a “universalização da tutela pelo equivalente e da indenização em dinheiro” propõe um sistema neutro em relação aos direitos e à realidade social, que entra em conflito com o surgimento dos referido direitos não patrimoniais.⁶¹

Não há dúvida que o ressarcimento em pecúnia, como forma de proteção jurisdicional dos direitos, não está de acordo com os valores do Estado constitucional. O dever estatal de proteger os direitos, especialmente os fundamentais, obviamente demonstra a preocupação com a proteção da integridade dos direitos. Com a proteção da integridade do meio ambiente, do direito do consumidor, do direito à saúde, do direito à educação, etc. Na verdade, tais direitos têm uma natureza que não admite a sua transformação em

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 68.

⁵⁹ MARINONI, *loc. cit.*

⁶⁰ *Idem*. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

⁶¹ MARINONI, *loc. cit.*

dinheiro. Bem por isso exigem a proteção jurisdicional na forma específica e não a tutela ressarcitória pelo equivalente. (MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 235)

O CPC brasileiro, até a reforma de 1994, não dispunha de técnicas processuais que permitissem a tutela de forma específica adequadamente. Somente havia – em relação à tutela dos direitos – o modelo condenatório, que se valia da execução forçada quando o réu não adimplia voluntariamente a sentença.⁶²

O antigo art. 287 não era instrumento eficaz para a obtenção de uma tutela inibitória – preventiva – eficaz, ainda que determinasse cominação de multa ao réu para fazer ou não fazer, em razão de, entre outros motivos, referir-se em “pena pecuniária para o *descumprimento da sentença*”, não prevendo técnica antecipatória, o qual é figura imprescindível para a devida tutela inibitória. Foi com o art. 84 do CDC e o art. 461 do CPC, apenas, que foi possível outorgar de forma satisfatória a tutela específica dos direitos.⁶³

A sentença condenatória, da mesma forma, não mais bastava para regular os direitos aqui tratados, pois tratava-se de sentença para a tutela em pecúnia ou ressarcitória em espécie apenas.⁶⁴

Admitir que tais direitos somente podem ser tutelados através da técnica ressarcitória é o mesmo que dizer que é possível a expropriação destes direitos, transformando-se o direito ao bem em direito à indenização. Não é preciso lembrar que tal espécie de expropriação seria absurda quando em jogo direitos invioláveis do homem. (MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 80)

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo.** 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 235 – 236.

⁶³ *Ibidem*, p. 236.

⁶⁴ *Idem*. **Técnica processual e Tutela dos Direitos.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 49.

Tal sentença, que acabava por “igualizar” a própria prestação jurisdicional, mostrou-se não mais adequada, tendo em vista a necessidade de prestação à tutela específica, na qual há a necessidade de atender de forma diferenciada determinados direitos e pessoas.⁶⁵

Os valores expressos no binômio sentença condenatória – ação de execução são diretamente ligados aos valores que direcionaram o entendimento de que a “tutela ressarcitória pelo equivalente poderia substituir a tutela específica dos direitos materiais”. Nesse sentido, é necessário que existam técnicas processuais e meios executivos diferenciados, em razão das várias necessidades do direito subjetivo da lide.⁶⁶

A ideologia liberal da “intangibilidade da vontade humana” dá fundamento ao modelo da sentença condenatória, ao não admitir coerção das obrigações. O código de Napoleão teve marcante influencia nesse modelo, no qual as obrigações de fazer e de não fazer resolvem-se, necessariamente, em perdas e danos, no caso de descumprimento por parte do devedor.⁶⁷

No tocante à sentença declaratória, o magistrado tem um âmbito de atuação limitado, sendo impedido de ordenar um fazer ou um não fazer sob pena de multa.

A sentença condenatória, por sua vez, só tutela situações em que o direito já foi efetivamente violado. É a sentença repressiva por excelência. Tem-se como a sentença com “aptidão para abrir as portas da ‘execução forçada’”, constante nos artigos 475-J e ss. do CPC.⁶⁸

⁶⁵ MARIONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 49.

⁶⁶ *Idem*. **Curso de processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 238.

⁶⁷ *Idem*. **Antecipação de Tutela**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 79.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 69.

A sentença condenatória, exatamente porque abre oportunidade para a execução por expropriação (art. 475-J e ss., CPC, Lei 11.232/2005), não tem a aptidão para exercer função inibitória. A tutela inibitória, para ser efetiva, exige uma espécie de sentença similar à *injunction* do direito anglo-americano, meio através do qual o juiz pode ordenar ao devedor o cumprimento de uma obrigação sob pena de *contempt of Court*. (MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 79)

De fato, um sistema onde há somente as figuras das sentenças declaratória, constitutiva e condenatória não é capaz de impedir a violação de um direito. O processo de conhecimento clássico não foi pensado para ter mecanismos para garantissem a tutela preventiva dos direitos.⁶⁹

Ademais, esse novo sistema não mais suportava a separação total entre processo e direito material. Entende-se, hoje em dia, que o direito processual civil tem por objetivo a realização justa do direito material. Há entre os dois ramos do direito uma “relação de profunda interdependência”, na medida em que se complementam. “Sem o direito material, o processo civil simplesmente não teria função alguma”. Por outro lado, sem o direito processual, o direito material não teria o condão de superar eventuais dificuldades na sua realização.⁷⁰

Já foi pensando que o processo existiria “sem qualquer compromisso com o direito material e com a realidade social”. Entretanto, houve um grande equívoco em confundir “autonomia científica, instrumentalidade e neutralidade do processo em relação ao direito material”. O fato de o processo ter caráter instrumental e ser uma ciência autônoma, não significa que ele será neutro em relação ao direito material e à realidade social. Essa indiferença, uma vez já

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 68.

⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 17-18. *apud* MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. Vol. 1**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 8.

pretendida, fez com que o sistema jurídico fosse incapaz de “atender às necessidades reveladas pelo direito material”.⁷¹

Entende-se que o direito processual “constitui reflexo da ordem jurídico-material”, no sentido de seu caráter instrumental com embasamento nas normas jurídica. Desta forma, em razão de o direito processual ser moldado tendo em vista a realização das normas abstratas em sentido material, é perceptível a influência que tais normas projetam nos institutos processuais.⁷²

A existência de um sistema processual neutro em relação ao direito material e à realidade social, no Estado constitucional, usurpa-lhe todo o seu valor. Tal indiferença acarreta uma total falta de capacidade do sistema em tutelar situações existentes por motivo dos “novos direitos” e , em especial, pelos direitos fundamentais.⁷³

Se a ação, vista como entidade totalmente abstrata, não pode identificar as necessidades de quem a propõe, é preciso encontrar algo que seja capaz de apontá-las, apenas assim será possível verificar se a ação pode realmente atender aos desígnios do direito material. Ou seja, para analisar a efetividade da ação, e, desta forma, sua concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, as quais traduzem diferentes desejos de tutela, especialmente de tutelas específicas. (MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 240)

Outra incongruência da doutrina liberal com o novo contexto social era o fato de não haver distinção entre a figura da ilicitude e do dano dentro da responsabilidade civil.⁷⁴

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo.** 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 246 – 247.

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume I.** São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 47.

⁷³ MARINONI. *op. cit.*, p. 247.

⁷⁴ MARIONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

A debilidade desse pensamento, em haver uma verdadeira “confusão” entre a figura do dano e do ilícito é decorrente do processo de evolução histórica, que influenciou o pensamento da corrente processual no sentido de que “o bem juridicamente protegido é a mercadoria”, sendo assim, a tutela ressarcitória do equivalente seria um meio idôneo para tutelá-lo.

Diante da sociedade contemporânea, no entanto, é impossível pensar em um código de processo civil que não diferencie ato contrário ao direito, dano e ressarcimento. “O dever de reparar não pode se confundir com as formas de reparação”. Deve haver, nesse sentido, uma sanção regulada pelo direito a atos ilícitos, ainda que esses atos não produzam danos.⁷⁵ Não obstante, a unificação da figura do dano com a figura do ilícito ainda está presente na doutrina civilista brasileira.⁷⁶

Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta *contra jus*, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a consequência. *Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso.* (MARINONI. Tutela inibitória. P. 33 apud Orlando Gomes, *Obrigações*. P. 313 -314.)

Como consequência da separação das categorias de ato ilícito e ato danoso, surge a ideia de que a reparação não pode ser pensada apenas como uma obrigação de pagar um valor em dinheiro. Primeiramente, em razão de o dever de reparar, em regra, ser exercido por meio de um fazer. Além disso, a ideia liberal de que o direito somente deveria ocupa-se do ilícito que gerasse

⁷⁵ MARIONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

⁷⁶ *Idem*. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 33.

dano efetivo não mais se compatibiliza com o surgimento das novas situações de direito.⁷⁷

Nesse sentido, tem-se a tutela inibitória, que, por ser uma tutela específica, objetiva a resguardar a integridade do direito. Desta forma, tal tutela mostra-se de grande importância na preservação de direitos que não comportam reparação ou que, por sua natureza, não são “adequadamente tuteláveis através da técnica ressarcitória”.

Se pegarmos, como exemplo, uma situação do direito ambiental, logo percebe-se que o ressarcimento em dinheiro nunca teria a mesma efetividade do que a tutela específica.⁷⁸ “A ação inibitória é fundamental para a efetividade da tutela dos direitos não patrimoniais, aí incluídos os denominados ‘direitos novos’, como direito à higidez do meio ambiente.”⁷⁹

O fundamento da ação inibitória, portanto, encontra-se no próprio direito material. Diferentemente da antiga doutrina liberal, que procurou separar totalmente o direito processual do direito material, a tutela inibitória fez-se necessária justamente em razão do surgimento de direitos “invioláveis”. Seria evidente, portanto, a necessidade de uma ação preventiva, a qual resguardaria de forma mais efetiva tais direitos.⁸⁰ Referida tutela é uma consequência, como anteriormente tratado, do “novo perfil de Estado e das novas situações de direito substancial”.⁸¹

No caso de não existir fundamentalmente uma ação que se preste à prevenção de determinadas situações, as normas que proclamam os direitos fundamentais se esvaziariam, tendo em vista que, na prática, tais direitos

⁷⁷ MARIONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 52.

⁷⁸ MARINONI, *loc. cit.*

⁷⁹ *Idem*. **Antecipação de Tutela**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 12ª edição, p. 79.

⁸⁰ *Idem. op. cit.*, p. 194.

⁸¹ *Ibidem*, p. 192 – 193.

poderiam ser violados a qualquer momento, restando apenas, a seu detentor, o ressarcimento em dinheiro.⁸²

Tanto é assim, que a própria Constituição Federal de 1988 deixa extremamente claro, em seu art. 5.º, XXXV, que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁸³

Cristalina, portanto, a posição da própria Constituição Federal no sentido de que o direito de acesso à justiça engloba situações em que o direito ainda não foi lesado, mas sim, em vias de sê-lo. Trata-se aqui do direito à tutela efetiva, que deve ser resguardado tendo em vista impedir a violação de direito.⁸⁴ Destarte, é necessário que existam tutelas que incidam em casos em que o ato contrário ao direito não produziu dano ou que impeça a prática desse ilícito.⁸⁵

A ação inibitória é a tutela contra o ilícito, ou seja, o dano não é elemento imprescindível para a existência de direito a tal tutela. Nem mesmo a *probabilidade do dano* é necessária, pois a tutela inibitória funda-se apenas na *probabilidade de ilícito*. A razão disso é que entende-se o dano como uma consequência *eventual* do ilícito, ou seja, a ocorrência do ilícito tanto pode gerar algum dano quanto pode não gerá-lo.⁸⁶

O dano, em outras palavras, configura-se como de existência meramente eventual na prática do ilícito, e não necessária. Portanto, a tutela inibitória deve ser compreendida como uma tutela que busca evitar a prática, a

⁸² MARIONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 194.

⁸³ MARIONI, *loc. cit.*

⁸⁴ MARINONI, *loc. cit.*

⁸⁵ *Ibidem*. p. 52.

⁸⁶ *Ibidem*. p. 195.

repetição ou a continuação do ilícito – ato contrário ao direito –, e não como uma tutela contra a probabilidade do dano.⁸⁷

Como exemplo, o titular de uma marca comercial tem o direito, fundado na tutela preventiva, de impedir que qualquer ameaça a esse direito seja realizada. Pouco importaria se o uso de tal marca eventualmente geraria algum dano a seu titular. A simples utilização não autorizada da marca já permite que haja a possibilidade de inibir esse ato ilícito. Não haveria aqui a necessidade de prova do dano.⁸⁸

Desta forma, entende-se que a mera probabilidade de um ato contrário ao direito já serviria de embasamento para uma eventual tutela desse direito. A simples probabilidade do ilícito basta como pressuposto de uma ação inibitória.⁸⁹

Nada obstante, a ação inibitória, ao tutelar a probabilidade do ilícito, mesmo sendo de repetição ou de continuação, projeta-se para o futuro.⁹⁰ Por ter uma natureza preventiva, tal espécie de ação configura-se como sendo anterior a prática do ilícito. Não é, deste modo, uma tutela voltada para o passado, como a “tradicional tutela ressarcitória”.⁹¹

Em alguns casos, entretanto, pode haver a identidade cronológica entre o ato ilícito e o dano, casos em que a cognição do juiz abrangerá o dano, inclusive. Excetuando esses casos, a cognição do magistrado será restrita a cognição do ato contrário ao direito. Esse entendimento se dá em razão de ser a única maneira de realizar a vontade da norma, que proíbe com a finalidade

⁸⁷ MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 39.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 195 – 196.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 195.

⁹⁰ MARINONI. *loc. cit.*

⁹¹ *Ibidem*, p. 32.

de evitar o dano – jurídico –, e, além disso, pois nas normas há a proibição de atos contrários ao direito, não importando a ocorrência ou não de dano.⁹²

Para poder tratar de tutela inibitória, ademais, cumpre conceituar o “ilícito”. Na doutrina italiana, Candian já ponderou a respeito da distinção de “ilícito de lesão” e “ilícito de perigo”.⁹³

Para esse jurista, “ilícito de perigo” seria uma situação de um “estado atual de coisas que poderá conduzir à violação do direito, sem que ocorra culpa atual do réu.”⁹⁴

A doutrina de Candian, no entanto, não foi acatada pela maior parte da doutrina italiana. Cristina Rapisarda⁹⁵ afirma que “a tutela inibitória prescinde, por sua natureza, dos efeitos do ato ou da atividade ilícita, sejam esses danosos ou não”. Na sua visão, a tutela contra o “ilícito de perigo” visava a evitar eventual dano. A tutela inibitória, por outro lado, não diz respeito ao dano, mas apenas a um ato contrário ao direito.⁹⁶ Haveria aqui, no entendimento da jurista, uma necessidade de diferenciar conceitualmente a noção de dano da de ato ilícito.⁹⁷

Restaria, desse modo, a referibilidade unívoca do conceito de antijuridicidade à realização de eventos danosos; substituiria a essa uma noção de ilícito como ato *contra ius*, e, assim, como conduta praticada em violação a uma obrigação legislativamente sancionada. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 12ª edição, p. 72)

⁹² MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 196.

⁹³ BARASSI, Ludovico. **La Teoria Generale delle Obligazioni**, p. 428 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 12ª edição, p. 71.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 12ª edição. p.72

⁹⁵ RAPISARDA, Cristina. **Digesto delle Discipline Privatistiche, v.9**, p. 480. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 12ª edição, p. 72

⁹⁶ MARINONI. *op. cit.* p. 72.

⁹⁷ MARINONI. *loc. cit.*

Essa doutrina, contrária à Candian, adere à ideia de que o conceito de ilícito seja independente do de fato danoso. “Para a configuração do ilícito pouco importa a sua consequência, se danoso ou não; há ilícito quando há ato contrário ao direito.”⁹⁸

Outro conhecido jurista, Lodovico Barassi⁹⁹, também tratou do tema da *prevenzione del fatto danoso*, questionado-se se era possível demandas preventivas de lesões jurídicas. Entretanto, como Candian, explicitou seu entendimento no sentido de a tutela preventiva ser destinada a prevenir o dano. A mesma crítica, portanto, é endereçada a esse autor, na medida em que entende ser o ilícito de perigo uma tutela contra o perigo de dano.¹⁰⁰

Bonasi Benucci entendeu ser o perigo elemento constitutivo do ilícito. Por outro lado, o dano seria apenas uma “consequência meramente eventual da violação”, um “elemento extrínseco a sua *fattispecie* constitutiva”. Esse autor não trata de “ilícito de perigo” e “ilícito de lesão”, diferentemente de Candian. Há apenas a figura de ilícito que tem presente o perigo de dano. O ilícito seria, nesse entendimento, um “ato *contra ius* que pode causar dano”. Aqui o ilícito configura-se como tendo uma “potencialidade danosa”, ou seja, a tutela contra o ilícito seria uma tutela “contra a probabilidade do dano”.¹⁰¹

No entanto, partindo da premissa que o dano não é elemento necessário do ilícito, sendo apenas de caráter eventual, a tutela inibitória não se trata de uma tutela contra a “probabilidade do dano”, conforme sugeriu Benucci, mas sim uma tutela contra o “perigo da prática, da repetição ou da continuação do

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 12ª edição. p. 72 – 73.

⁹⁹ BARASSI, Ludovico. **La Teoria Generale delle** Obbligazioni, p. 429, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36 – 37.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36 – 37.

¹⁰¹ BENUCCI, Eduardo Bonasi. **Atto Illecito e Concorrenza sleale**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 565 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 39.

ilícito”, figura conceituada como “ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano”.¹⁰²

A doutrina italiana moderna, com os grandes doutrinadores Frignanni¹⁰³ e Rapisarda¹⁰⁴, entendem ter a tutela inibitória o escopo de prevenir o ato ilícito, e não a sua eventual consequência – o dano. As consequências do ato *contra ius* não são relevantes para essa espécie de tutela.¹⁰⁵

Ainda, por se afastar a ideia de dano do conceito de ilícito, verifica-se que a culpa e o dolo prescindem totalmente da noção de tutela preventiva. A questão do dolo e da culpa relacionam-se com a ideia de responsabilidade por dano. Caso ocorra a iminência da prática de um ilícito, mesmo sem a presença de culpa, da mesma forma, caberá, nesse caso, uma ação inibitória. Consequentemente, em razão de tais figuras não integrarem a demanda preventiva, a cognição do juiz – bem como a atividade probatória – não deverá se estender à análise dos elementos do dolo e da culpa, como determinantes para a tutela do direito.¹⁰⁶ A figura do dano, assim como da culpa e do dolo, portanto, são irrelevante para a demanda inibitória.

A tutela inibitória, tendo em vista seu escopo, trata de casos em que há a possibilidade de que o ilícito, como ato contrário ao direito, persista ou repita-se, ou mesmo, seja executado, caso ainda não se tenha verificado.¹⁰⁷ Um ato

¹⁰² BENUCCI, Eduardo Bonasi. **Atto Illecito e Concorrenza sleale**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 565 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 39.

¹⁰³ FRIGNANI, Aldo. **Azione in Cessazione. Novissimo digesto italiano (appendice I)**, 1980, p. 654 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 40.

¹⁰⁴ RAPISARDA, Cristina. **Inibitória, Enciclopédia giuridica Treccani, vol. 17**, p. 7; RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitória**, p. 108 e ss. *apud* MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 40.

¹⁰⁵ MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 41.

¹⁰⁶ *Ibidem*. p. 42 – 43.

¹⁰⁷ *Idem*. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73.

ilícito que já fora praticado ou cuja continuação ou repetição não é temida, não é relevante para a demanda inibitória.¹⁰⁸ Nesse caso, a tutela será necessariamente a repressiva.¹⁰⁹ É importante fazer essa distinção na medida em que se analisa as razões da unificação da categoria da ilicitude civil com a da responsabilidade por dano, tendo relação com a tutela privada do bem “com a reintegração do seu valor econômico no patrimônio do prejudicado”.¹¹⁰

Para alguns autores, entretanto, a tutela inibitória serve também a impedir a prática do ilícito *tout court*, não somente para impedir a sua repetição.¹¹¹ Entendem que se é possível inibir a continuação ou repetição de um ilícito, não há razão para não se poder prevenir o ilícito, quando este ainda não foi praticado.¹¹²

No caso dessa ação inibitória *tout court* ou pura, a prova seria um elemento delicado, pois haveria a necessidade de provar que um ilícito será praticado, em comparação com situações em que o ilícito já fora praticado, e se teme somente a sua repetição ou continuação. Na segunda hipótese, a prova seria mais facilmente obtida.¹¹³

Além disso, ainda em relação a questão probatória, o autor deve provar, além da probabilidade de o ato será praticado pelo réu, que esse ato será contrário ao direito.¹¹⁴

O estudioso Barassi afirmou ser a tutela inibitória pura “certamente la più enérgica”, mas também “la più preoccupante, como è di tutte le prevenzioni che possono eccessivamente limitare l’umana autonomia”. Hoje em dia, a doutrina

¹⁰⁸ MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 43.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 77.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 73.

¹¹¹ *Ibidem*. p. 73 – 74.

¹¹² *Ibidem*. p. 77.

¹¹³ MARINONI, *loc. cit.*

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 78.

italiana não entende mais ser a tutela preventiva uma grave restrição da liberdade humana. Essa concepção guarda relação com os ideais do direito liberal clássico, a qual já não encontra espaço no contexto atual da sociedade e do Direito.¹¹⁵

A tutela inibitória pura, ou seja, aquela que tem a finalidade de impedir um ilícito ainda não praticado, mas iminente, é admitida no direito alemão, não obstante a disposição do §1.004 do BGB, relativo a prejuízos ulteriores. Não é diferente no direito anglo-americano, com a existência da figura da *quia timet injunction*, que possibilita a oportunidade de uma demanda “genuinamente preventiva”.¹¹⁶

No direito brasileiro, os grandes exemplos de tutela inibitória pura são o interdito proibitório e o mandado de segurança preventivo. No primeiro caso, a proteção do direito de posse é concedida mesmo que tal direito não tenha sido ainda molestado. Há, para tanto, somente a necessidade de uma “turbação” ou “esbulho iminente”, explicitando o caráter claramente preventivo. No caso do mandado de segurança preventivo, não há a necessidade de violação para a sua concessão, existindo, ainda, sempre a possibilidade de concessão liminar.¹¹⁷

Não são apenas essas situações, contudo, que necessitam de uma demanda inibitória pura ou que podem por ela ser tuteladas.¹¹⁸ A possibilidade de tutela preventiva guarda relação com a iminência da prática de um ilícito ou de sua continuação ou repetição, não apenas com a sua tipificação legal.

É imprescindível que haja na sociedade atual, portanto, a preocupação e regulação do Direito em relação a atos ilícitos que, porém, não tenham

¹¹⁵ BARASSI, Ludovico. **La Teoria Generale delle Obligazioni**, p. 429, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 45.

¹¹⁶ MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 45.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 48.

¹¹⁸ MARINONI, *loc. cit.*

produzido danos. Não podendo retirar essas situações do campo de aplicação do direito processual civil, refugiando-se apenas na âmbito penal.¹¹⁹

Importa destacar o papel do Estado na sociedade contemporânea, de garantir certos bens e direitos, imprescindíveis para o cidadão. Para tanto, deve haver normas garantidoras desses direitos, evitando que sejam violados. Deve haver, portanto, uma técnica processual adequada com a capacidade de resguardar esses direitos, sem que haja a necessidade da existência da figura do dano.¹²⁰

Quando se pensa em tutela jurisdicional efetiva, descobre-se, quase por necessidade, a importância da relativização do binômio direito-processo. O processo deve estar atento ao plano do direito material se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas. É apenas por esta razão que a doutrina redescobre – e não por mágica – a importância das tutelas jurisdicionais diferenciadas”. (MARIONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória. Individual e Coletiva*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 69)

Muito embora o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira¹²¹, trate da exigência de proteção à ameaça de direito, e que o art. 461¹²² cuide dos casos de imposição de não fazer, que fundamentem uma eventual tutela preventiva, é necessário destacar que, no direito brasileiro, não há ainda qualquer menção expressa referente a uma “tutela jurisdicional preventiva atípica” ou “ação inibitória”, através de um processo de conhecimento.¹²³ A

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73.

¹²⁰ MARINONI, *loc. cit.*

¹²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º. [...] XXXV. A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹²² BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

¹²³ MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31.

tutela inibitória ou tutela preventiva é de suma importância para os cidadãos, que necessitam da existência de instrumentos processuais adequados à efetividade do sistema processual, para que seus direitos sejam tutelados, tendo em vista a prevenção adequada contra o ilícito.

II. A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA COMO MEIO PARA REALIZAÇÃO PROVISÓRIA DO DIREITO À TUTELA INIBITÓRIA

2.1 Da Tutela Cautelar à Antecipação da Tutela e a Necessidade da Tutela dos Direitos.

A efetividade do direito processual civil somente é alcançada com mecanismos que viabilizem a obtenção da tutela do direito ou assegurem uma “situação jurídica tutelável.”¹²⁴

Não cabe ao direito somente declarar a existência dos direitos em geral, de forma abstrata, mas sim, instituir e promover meios adequados para a realização desses direitos. É preciso que haja procedimentos e mecanismos que permitam que o direito buscado ao final do processo seja útil ao autor, por meio da efetividade do próprio processo.¹²⁵ A existência do direito material depende que o próprio processo seja efetivo, caso contrário, isso provoca a incompletude do próprio ordenamento jurídico.¹²⁶

Ao proibir a “autotutela privada”, o Estado assumiu o papel de garantidor dos direitos dos cidadãos, por meio da tutela adequada e efetiva de situações conflitivas entre particulares. “O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido.”¹²⁷

¹²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. IV. Processo Cautelar.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 628.

¹²⁶ MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 68.

¹²⁷ *Idem.* Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela.** 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

Para que o direito ao processo justo seja resguardado, importante que seja assegurado o direito ao acesso à justiça, hoje em dia compreendido como o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.¹²⁸

Entende-se por “tutela adequada” uma tutela que seja capaz de promover a realização do direito material posto em juízo. “O meio tem de ser idôneo para a promoção do fim”. Em outras palavras, uma tutela adequada exige que a situação concreta e o direito material do caso sejam analisados para que, conseqüentemente, estruture-se um processo “dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada em juízo”.¹²⁹

Importante frisar que o direito à ação, no sentido de direito à técnica processual adequada, para existir, não necessita que o direito material seja reconhecido.¹³⁰

Isso não significa dizer, por outro lado, que a categoria da tutela dos direitos em nada se relaciona com a tutela do direito material buscado a partir do processo. Embora a ação seja abstrata, em relação a existência ou não do direito buscado, deve ela ser “adequada às formas de proteção prometidas pelo direito material”.¹³¹

O grande doutrinador, Cândido Dinamarco, entende no mesmo sentido. A existência de autonomia entre o direito processual civil e o direito material civil não importa dizer que essas categorias são confinadas em “compartimentos estanques”. Sustenta no sentido de ser o processo uma das formas de realização do direito material em relação aos casos concretos. Além

¹²⁸ MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 68.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 630.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 631.

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

disso, existe uma *zona gris* no direito, ou seja, situações limite em que há grande interferência do direito material no direito processual.¹³²

Ao juiz é dado o “poder-dever” de buscar a tutela processual mais adequada para proteger e tutelar o direito material posto em juízo. As normas processuais, portanto, devem ser sempre interpretadas à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, considerando-se as mais diversas “necessidades de direito substancial”.¹³³ Nesse sentido, um dos mecanismos que efetivam esses direitos é a técnica antecipatória, prevista pelo legislador infraconstitucional.¹³⁴

Através da cognição sumária, é possibilitado a antecipação de tutelas satisfativas ou cautelares tendo em vista a proteção de situações de urgência ou de evidência de determinado direito.¹³⁵

Entende-se que o decorrer do tempo no curso do processo, nesse sentido, acarretaria um ônus ao demandante. Essa demora da justiça, que pode ser causada por vários fatores, “constitui um grave problema social”. Assim, o processo civil moderno deve assegurar técnicas que distribuam o referido ônus no curso de demanda.¹³⁶ O referido “ônus temporal” tem relação direito com o elemento do *periculum in mora*, pela ideia de que a lentidão “própria do procedimento ordinário” poderá acarretar lesão às situações de urgência.¹³⁷

¹³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume I.** São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 43.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo.** 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 120.

¹³⁴ MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória.** Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 28

¹³⁵ MITIDIERO, *loc. cit.*

¹³⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela.** Forense: 2005, Rio de Janeiro, p. 03.

¹³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do Processo Cautelar.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15.

A técnica antecipatória, é bom que se diga, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça. Já se disse que “a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, têm tudo a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também em um cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições de rendição”. (CALAMANDREI, Pierro. *Introduzione allo sistematico dei provvedimenti cautelari* *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 23)

Mais profundamente, a técnica antecipatória tem a função de promover a *igualdade* dentro do processo, em relação ao ônus suportável pelos litigantes. Somente assim, é possível que seja prestada uma tutela *adequada, efetiva e tempestiva* dos direitos.¹³⁸ O Estado tem o dever de assegurar a tutela adequada e efetiva dos direitos, por meio do processo justo.¹³⁹

O direito ao *processo justo* é dos mais importantes corolário do processo civil no Estado Constitucional. Somente haverá exercício de poder com legitimidade se esse direito for assegurado. Para tanto, como um de seus elementos, temos o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.¹⁴⁰

O legislador infraconstitucional, ao prever a técnica antecipatória, realiza a um só tempo todo o cabedal conceitual ligado ao Estado Constitucional: a tutela sumária visa a distribuir de forma *isonômica* o

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 44.

¹³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28 – 29.

¹⁴⁰ MITIDIERO. *op. cit.*, p. 45.

ônus do tempo no processo, *adequado-se* às necessidades nele evidenciadas a fim de que a tutela jurisdicional seja prestada de forma *efetiva* aos direitos e em *prazo razoável*. *É a Constituição como um todo, portanto, que assegura o direito à técnica antecipatória*. O direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos é apenas a sua manifestação mais palpável. (MITIDIERO, Daniel. *Tendências em Matéria de Tutela Sumária: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. Revista de Processo, ano 36, vol. 197. Revista dos Tribunais, 2001. p. 45 – 46)

Nesse sentido, entende-se imperioso, em razão da necessidade da observância de todos os elementos capazes de promover o mencionado *processo justo*, que a técnica antecipatória seja listada no rol de direitos fundamentais.¹⁴¹ É necessário, para tanto, que sejam previstos “ritos especiais com níveis de cognição adequados, com provimentos adequados, dotados de técnicas processuais conforme a necessidade do caso”.¹⁴² Os doutrinadores e operadores do direito devem perceber que não somente a ação, mas também a omissão pode causar um prejuízo às partes e ao processo.¹⁴³

Historicamente, a tutela sumária, durante muito tempo, foi observada essencialmente sob a ótica cautelar. Acreditava-se que toda decisão tomada de forma sumária pertencia ao “grupo da tutela cautelar”.¹⁴⁴

Grande estudioso do assunto, Piero Calamandrei¹⁴⁵ entendeu que a característica que determinava ser determinada tutela cautelar seria a provisoriedade do provimento. Para o jurista,

¹⁴¹ MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 57.

¹⁴² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

¹⁴⁴ MITIDIERO. *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁵ CALAMANDREI, Pierro. **Introduzione allo sistemático dei provvedimenti cautelari** *apud* MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 30.

O provimento cautelar visa a assegurar que uma das partes, ou o próprio processo, em última análise, não venha a sofrer um ‘dano jurídico’, ocasionado por um perigo de tardança (“pericolo di tardività”) ou por um perigo de infrutuosidade (“pericolo di infruttuosità”) da tutela jurisdicional, enquanto pendente o processo de conhecimento ou de execução ou quando quaisquer dessas atividades se encontrem prestes a iniciar. (CALAMANDREI, Pierro. *Introduzione allo sistemático dei provvedimenti cautelari* *apud* MITIDIERO, Daniel. *Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 30)

Nessa linha doutrinária, pouco importava a satisfatividade ou não do provimento cautelar. Seria esse provimento, para o autor, tanto assecuratório quanto satisfativo. Toda tutela cautelar como a tutela sumária passou a ser entendida como uma proteção contra o *periculum in mora*.¹⁴⁶

Foi Ovídio Baptista da Silva o responsável por distinguir os conceitos de tutela cautelar e de tutela sumária. A primeira apenas assegura a “possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado”. De outra forma, a tutela antecipatória serve a realização imediata do direito.¹⁴⁷

De acordo com o autor, a tutela cautelar visa a combater o “perigo de infrutuosidade” da tutela jurisdicional de forma *temporária*. A satisfatividade é, portanto um “requisito negativo da tutela cautelar”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 31.

¹⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil, vol. III**, p. 49 – 82 *apud* MITIDIERO MITIDIERO, Daniel. *Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 33 – 34.

¹⁴⁸ CALAMANDREI, Pierro. **Introduzione allo sistemático dei provvedimenti cautelari** *apud* MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 34.

A tutela cautelar, nesse sentido, trata-se de um *instrumento* da tutela satisfativa, pois permite que seja garantida a sua “frutuosidade”. É caracterizada, deste modo, pela instrumentalidade.¹⁴⁹

A instrumentalidade é a peculiaridade do processo cautelar no sentido de ele não ser voltar a proteção imediata do direito material. Pelo contrário, a tutela cautelar se volta ao próprio plano processual, realizando o direito material apenas de forma indireta e mediata.¹⁵⁰

Entende-se que as tutelas de segurança apenas se limitam a “assegurar a ‘possibilidade de realização’ para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada”.¹⁵¹ Os objetivos da tutela cautelar, portanto, são diversos daqueles da tutela antecipatória. Não se trata aqui de antecipar o resultado final do processo, mas, apenas, de afastar situações que possam inutilizar o bom resultado da composição da lide. Em outras palavras, é assegurado o resultado “eficaz, útil e operante” do processo.¹⁵²

Como base, a tutela cautelar encontra fundamento no direito fundamental à tutela jurisdicional, constante do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, que tem como característica o “dever de tutelar de forma efetiva todo e qualquer direito”.¹⁵³

A tutela cautelar trata-se, assim, de uma tutela assecuratória da tutela do direito material buscado no processo e da situação a que o direito material tutela. Tal tutela não é, portanto, uma tutela da jurisdição ou do processo.

¹⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. IV. Processo Cautelar.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 61.

¹⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. vol. IV. Tutela Antecipada, Tutela Cautelar, Procedimentos Cautelares Específicos.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 160.

¹⁵¹ ARENHART. *op. cit.*, p. 32.

¹⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência.** Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 492.

¹⁵³ ARENHART. *op. cit.*, p. 23 – 24.

Configura-se como um “direito da parte e um dever do Estado, não se fundando no direito de ação, mas sim no próprio plano do direito material”.¹⁵⁴

Como pressuposto, a tutela cautelar exige que a situação tutelável ou a tutela devida ao direito material esteja sujeita a um “perigo de dano”. Esse risco de dano, no entanto, deverá ser um risco concreto, ou seja, que não é hipotético ou eventual, atual, pois eminente, e grave, no sentido de potencialmente prejudicar ou perecer o direito material posto em juízo.¹⁵⁵

Nesse sentido, não basta ao autor alegar *periculum in mora*, sendo necessário demonstrar o referido “perigo de dano”, que se liga à inefetividade ou inutilidade da tutela do direito posto em juízo ou a ser posto futuramente.¹⁵⁶

Nessa esteira, a tutela cautelar não se mostra compatível com a cognição exauriente, tendo em vista que isso impediria a concessão da tutela de modo urgente. Assim, a cognição aplicada nessa espécie de tutela é a cognição sumária, menos aprofundada no sentido vertical, configurando-se como uma etapa do procedimento em direção à cognição exauriente.¹⁵⁷

Como consequência direta, temos que a sentença cautelar não tem o potencial de criar coisa julgada material. A doutrina entende, assim, ter a tutela cautelar um caráter provisório, em contraposição à sentença de mérito proferida em procedimento de cognição exauriente.¹⁵⁸

A tutela cautelar, nesse sentido, teria um conteúdo diverso da tutela antecipatória, pois não serve a satisfazer o direito afirmado. Esse mecanismo tem a pretensão de garantir o direito postulado, para que ele possa ser usufruído pela parte que tem razão, por meio de uma eventual execução

¹⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. IV. Processo Cautelar**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23.

¹⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. vol. IV. Tutela Antecipada, Tutela Cautelar, Procedimentos Cautelares Específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

¹⁵⁶ MARINONI. *op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 28 – 29.

¹⁵⁸ ARENHART. *op. cit.*, p. 29.

forçada.¹⁵⁹ Na tutela antecipatória, por outro lado, a consequência jurídica do direito material e a concessão da antecipação tem o mesmo objeto, ou seja, a medida antecipatória tem os mesmos efeitos do que se o direito fosse espontaneamente resguardado.¹⁶⁰

Entende Mitidiero, em contrapartida, a tutela cautelar teria um caráter definitivo, servindo a formar coisa julgada. O objeto da coisa julgada, no entanto, estaria no direito à cautela, e não no direito acautelado. Sendo assim, a cognição exauriente seria no tocante a existência do direito de cautela, sendo sumária apenas quanto ao direito acautelado.¹⁶¹

De qualquer forma, cumpre ressaltar que a “técnica antecipatória é apenas um meio para a realização da tutela satisfativa ou da tutela cautelar”. Importante, além disso, referir que tais tutelas devem ser analisadas na perspectiva do direito material, para que seja possibilitada uma efetiva tutela dos direitos.¹⁶²

A técnica antecipatória refere-se somente ao momento em que a tutela é concedida e à espécie de cognição adotada. Em relação à tutela satisfativa, o direito buscado ao final do processo realiza-se desde logo, tendo em vista garanti-lo, em face ao perigo de demora do processo. Ademais, tal tutela presta-se inclusive a prevenir ilícitos ou danos e/ou reprimi-los.¹⁶³

Nesse sentido, a medida antecipatória seria aquela medida que é “apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença

¹⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 52.

¹⁶⁰ BAUR, Fritz. **Tutela Jurídica mediante medidas cautelares**. trad. Armindo Edgar Laux, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985. p. 50 *apud* ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 52.

¹⁶¹ MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 36.

¹⁶² *Ibidem*, p. 37.

¹⁶³ MITIDIERO. *op. cit.*, p. 38.

que julgar procedente o pedido. Esse mecanismo serve para antecipar os efeitos da tutela definitiva.¹⁶⁴

A tutela antecipatória, porém, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não a sua segurança – mediante cognição sumária ou verossimilhança. Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela final antecipada com base em cognição sumária. (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Vol. IV. Processo Cautelar. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 61)

Nesse sentido, entende-se que a tutela antecipatória apenas “adianta a tutela final”. Seria, portanto “o oposto da tutela final”.¹⁶⁵

Prevista expressamente no art. 273, do CPC, a tutela antecipatória configura-se como um instrumento dos mais importantes para a efetividade do processo, sendo fruto de uma doutrina processual “moderníssima”. Tal espécie de tutela, além de prestar urgentemente a tutela dos direitos em razão de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – art. 273, I – , também possibilita a realização dos direitos nos casos de “abuso de direito de defesa – art. 273,II.¹⁶⁶

Destarte, é resguardado aqui o princípio que “a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão”, além de fazer ressurgir a ideia, descartada pelo cientificismo, de que o ônus temporal do processo não pode ser suportado somente pelo autor.¹⁶⁷

¹⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 52.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 269

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

¹⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 38 – 39.

De outro lado, a tutela cautelar, como anteriormente referido, apenas presta-se a assegurar a fruição futura do direito acautelado, combatendo o “perigo de infrutuosidade”.¹⁶⁸

Ademais, deve haver, para a possibilidade de utilização da técnica antecipatória, a plausibilidade do direito satisfeito ou acautelado provisoriamente. Há a necessidade, portanto, de ser provada a verossimilhança, a “fumaça do bom direito”.¹⁶⁹

A “prova inequívoca” a que se refere o artigo em questão trata de uma prova “capaz , no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo”. A “verossimilhança da alegação” faz referência ao juízo de convencimento do magistrado, tanto quanto à existência do direito material, quanto ao “perigo de dano” e a sua “irreparabilidade”.¹⁷⁰

O art. 273, CPC, faz referência à prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações, como requisito para a concessão da antecipação de tutela. Não está, como é óbvio, fazendo referência a uma modalidade de prova, que possa colocar-se, por exemplo, ao lado das provas documental, testemunhal e pericial. Inequívoca é uma qualidade atribuída à prova. Melhor explicando: o juiz somente deve conceder a tutela antecipatória quando for provável que aquele que a postula obterá um resultado final favorável. A chamada “prova inequívoca”, capaz de convencer o julgador da “verossimilhança da alegação”, apenas pode ser compreendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, situação que tem apenas ligação com o fato de que o juiz tem, nesse caso, um juízo que é formado quando ainda não foi realizado plenamente o contraditório em primeiro grau de jurisdição. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Franciso. Código de Processo Civil: Comentado Artigo por Artigo. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 271 – 272)

¹⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 38 – 39.

¹⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. IV. Processo Cautelar**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28.

¹⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 674.

Para a concessão da medida antecipatória, nesse sentido, é realizado um juízo de riscos. De um lado a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação judicial, de outro, o perigo de irreversibilidade da medida. Somente a possibilidade de o réu ser lesado não é fator para eliminar a possibilidade de prestação da tutela antecipatória de urgência.¹⁷¹

A ação cautelar, durante algum tempo, foi utilizada para tutelar outras formas processuais não obteníveis no direito processual civil da época.¹⁷² A antiga redação do art. 287, do Código de 1973, foi interpretado pela jurisprudência, em desacordo com a doutrina da época, no sentido de não viabilizar a tutela preventiva. O entendimento jurisprudencial à época sustentou que a multa prevista no referido artigo só poderia incidir após o trânsito em julgado da sentença e após a nova citação do réu.¹⁷³

Em razão da falta de mecanismos que previam o alcance da tutela inibitória e “da lentidão do procedimento comum”, foi utilizada a figura da *Ação Cautelar Inominada* para tutelar direitos não tutelados por outras formas de procedimento.¹⁷⁴ Para tanto, foi através dessa figura que o direito à tutela passou a ser realizado, embasado no art. 798 do CPC, que “sempre constituiu uma espécie de ‘válvula de escape’ para a prestação da tutela jurisdicional adequada”.¹⁷⁵

Essa ação cautelar inominada, que surgiu em razão de necessidades concretas oriundas da prática processual, foi um meio encontrado pela doutrina

¹⁷¹ MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória.** Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais. p. 48 – 49.

¹⁷² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. IV. Processo Cautelar.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 99.

¹⁷³ MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 58.

¹⁷⁴ ARENHART, *op. cit.*, p. 99.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 59.

para a viabilização de uma tutela satisfativa com a finalidade de “impedir a violação do direito material e para remover os efeitos concretos do ilícito”.¹⁷⁶

Essa espécie de ação veio a substituir o mandado de segurança, no caso em que houvesse passado os cento e vinte dias de seu exercício. Além disso, a figura do *writ* exigia a prova pré-constituída, faltando a situação do *fumus boni iuris* presente na tutela cautelar.¹⁷⁷

Por outro lado, os direitos de personalidade, os quais necessitam da existência da tutela inibitória, encontraram na figura da ação cautelar inominada a possibilidade de tutela jurisdicional mais efetiva. Isso ocorreu não somente no Brasil, mas em muitos outros países, como na Itália.

Entretanto, a função inibitória não foi idealizada para a ação cautelar, que tem por finalidade assegurar o direito buscado ao final da demanda, conforme anteriormente exposto.¹⁷⁸

Ocorre que a tutela inibitória constitui uma tutela satisfativa do direito, sendo, por natureza, uma forma autônoma de tutela. Em contrapartida, a ação cautelar exige o ingresso de uma ação principal para que o seu objeto seja devidamente assegurado.¹⁷⁹ Surge, assim, a “falsa questão de uma ação cautelar satisfativa”.¹⁸⁰ A propositura de uma ação principal, no entanto, nem sempre era dispensada pelo juiz, mesmo em vista do caráter satisfativo da demanda, havendo, deste modo, a existência equivocada de múltiplas ações duplicadas.¹⁸¹

¹⁷⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. IV. Processo Cautelar.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 99.

¹⁷⁷ ARENHART, *loc. cit.*

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 100.

¹⁷⁹ ARENHART, *loc. cit.*

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 56.

¹⁸¹ ARENHART. *op. cit.*, p. 101.

Em verdade, a ação cautelar inominada, ao ser utilizada como uma forma de ação inibitória, adquiriu “uma forma tecnicamente distorcida”, visando a assegurar a tutela de direitos não tutelados pelo sistema processual civil vigente da época. Essa forma de tutela acabou por ter importante papel na defesa do direito fundamental de ação e no dever jurisdicional de prestação de tutela jurisdicional adequada.¹⁸²

A ação cautelar, nessa esteira, que teria teoricamente cognição sumária, tornou-se uma forma de obtenção de uma verdadeira tutela preventiva. Tal ação acabava sendo utilizada para obter uma tutela inibitória sumária, na prática, e, como ação principal, era somente proposta uma ação ressarcitória, em razão dos danos anteriores, “olvidando-se” da necessidade de propositura de uma ação cominatória. Nesse sentido, a ação cautelar não visava assegurar nenhum direito que seria discutido na ação principal ressarcitória, apenas impedir a repetição, continuação ou prática de um ilícito.¹⁸³

Importa exaltar que “o direito à prevenção não pode ser considerado um acessório do direito à reparação do dano”. Entretanto, nessa época, não havia uma ação de conhecimento – autônoma – que assegurasse o direito à prevenção.¹⁸⁴

O art. 700, do CPC italiano, que passou a ser visto como fundamento da tutela cautelar inominada, também embasou a tutela inibitória genérica, que, em razão da necessidade de transformar a tutela sumária em tutela definitiva, passou a ter a exigência de proposição de ação “meramente declaratória” posteriormente, embora já apresentasse um caráter satisfativo.¹⁸⁵

¹⁸² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. IV. Processo Cautelar.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 100.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 57.

¹⁸⁴ MARINONI, *loc. cit.*

¹⁸⁵ MAJO, Adolfo di. **La tutela civile dei diritti.** p. 144 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 208.

No Brasil, após a reforma processual de 1994, no entanto, houve o surgimento de novas normas instituídas pelos artigos 273 e 461, do CPC. Referidos artigos tiveram grande importância no sentido de eliminar a necessidade do “uso distorcido da ação cautelar” na obtenção de tutelas inibitórias e de remoção do ilícito.¹⁸⁶

Conseqüentemente, a criação dessas novas técnicas – de antecipação de tutela e finais inibitórias e de remoção de ilícito – eliminaram o grosseiro uso da ação cautelar para tutelar os direitos agora tutelados de maneira devida. Ademais, foram eliminadas as “demandas dúplices”, exigidas anteriormente em razão da referida ação principal, exigida pela ação cautelar para alcançar as tutelas inibitórias e de remoção de ilícito.¹⁸⁷

Desta forma, para obter-se uma tutela inibitória ou de remoção de ilícito, em virtude da reforma de 1994, é necessário que se ingresse com uma ação no procedimento comum, na qual é possível o requerimento de antecipação de tutela para a efetividade do direito nela tutelado.¹⁸⁸ Segundo o entendimento de Marinoni, na atualidade, “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”.¹⁸⁹

Portanto, a necessidade de separar conceitualmente as tutelas inibitórias e cautelar deriva, de um lado, da evidência da imprescindibilidade da tutela inibitória na sociedade contemporânea, e, de outro, do surgimento de novas sentenças e meios de execução, os quais se colocam ao lado das sentenças declaratória, constitutiva e condenatória (as únicas que eram admitidas pela doutrina), viabilizando, assim, a concessão de tutelas que antes não podiam ser prestadas, e desta forma uma maior efetividade ao processo. Ora, se o Código de Processo Civil consagra expressamente as sentenças mandamental e executiva e a antecipação de tutela (art. 461), há

¹⁸⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. IV. Processo Cautelar.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 101.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 101.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 102.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 206.

bastante luz para afirmar, sem medo de errar, que a tutela inibitória deve ser prestada através da ação inibitória, e assim não pode mais ser confundida com a cautelar. (MARIONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. Individual e Coletiva. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 220)

2.2 A Técnica Antecipatória fundada na Urgência e a Prestação da Tutela Inibitória. Requisitos para Concessão

A ação inibitória, por ser uma espécie de ação de cognição exauriente, sendo apta a gerar coisa julgada e realizar plenamente o contraditório, não se confunde com uma espécie de tutela de urgência ou com um tipo especial de medida cautelar, consoante anteriormente referido.¹⁹⁰

Tal equívoco, muito ocorrido na doutrina, decorre da grande semelhança entre provimentos cautelares e provimentos preventivos. Com efeito, não é possível identificar uma tutela como cautelar somente por se prestar a evitar a ocorrência de um dano ou de um ilícito.¹⁹¹

De acordo com Marinoni, a tutela inibitória não guarda relação alguma com a tutela cautelar, somente “na sua orientação para o futuro e em sua tônica preventiva”. Afirma o autor ter a ação “completa autonomia”, por ser uma ação de cognição exauriente. Ademais, não encontra a ação inibitória qualquer semelhança com a finalidade de uma ação de reparação de danos.¹⁹²

Para Arenhart, nessa esteira, seria “totalmente absurdo” tratar a tutela inibitória como uma espécie de tutela cautelar inominada, dependente de uma ação principal a ser ajuizada futuramente. Tal ação futura não se prestaria a nada a não ser repetir o conteúdo do debate anterior. “A ação inibitória permite, por si mesma, o debate pleno da matéria jurídica e a prova satisfatória dos

¹⁹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 112.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 112 – 113.

¹⁹² *Ibidem*, p. 113.

fatos articulados.” Há, portanto, a desnecessidade de ajuizamento de uma ação principal futura, em razão de sua cognição exauriente.¹⁹³

A tutela inibitória, nesse sentido, embora não seja uma espécie de tutela de urgência, em grande parte dos casos, dependerá de mecanismos de tutela provisória, para que seja alcançada a sua ampla efetividade.¹⁹⁴

Tendo em vista ser a tutela inibitória uma tutela “voltada essencialmente para o futuro”, há, na maioria dos casos, a necessidade de que seja possível a antecipação da tutela inibitória final.¹⁹⁵

Nas palavras de Pierre Kayser, em referência à tutela preventiva,

A vítima de um atentado a um direito de personalidade tem a faculdade em caso de urgência, de requerer ao *juge des référés* de tomar as medidas suscetíveis a pôr fim a este atentado, ou ao prejuízo que ele causa. É suficiente para que estas medidas sejam regulares que elas não prejudiquem o principal: artigo 809 do Code de Procédure Civile. (KAYSER, Pierre. *Les Droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*. Revue Trimestrielle de Droit Civil, n. 3, Paris : Sirey, julho – setembro de 1971, p. 503 *apud* ARENHART. Vida privada)

De acordo com a doutrina francesa, diante de uma situação de urgência, é possível que seja conferida uma tutela “cautelar” – antecipatória, em realidade, posto que satisfativa – , mesmo em casos de tutela preventiva, tanto para impedir um dano iminente quanto para cessar a ameaça de ilícito.¹⁹⁶

¹⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 115.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 116.

¹⁹⁵ ARENHART, *loc. cit.*

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 293.

Na Itália, igualmente, a tutela antecipatória é possível em ações inibitórias, tendo por base o art. 700 do Código de Processo Civil italiano, que encontra semelhança no art. 798 do Código de Processo Civil brasileiro.¹⁹⁷

Já decidiu, inclusive, a Corte Constitucional italiana¹⁹⁸ no sentido de a tutela de urgência configurar-se como um “componente essencial e ineliminável da tutela jurisdicional, nos limites em que é necessária para neutralizar um perigo de dano irreparável”. Proto Pisani, ao interpretar a decisão da referida corte, entendeu que foi conferida “relevância constitucional ao princípio chiovendiano de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão”.¹⁹⁹

Assim sendo, a tutela inibitória, segundo o Código Processual italiano, pode ser assegurada, provisória e urgentemente, mesmo antes – e independentemente – que um determinado comportamento seja declarado ilícito.²⁰⁰

Não diferentemente, no direito anglo-americano, existe a figura da *interlocutory injunction* ou *preliminary injunction*, uma espécie de liminar – decisão em relação ao mérito em cognição sumária – concedida na fase inicial do feito. Tal figura presta-se a “impedir novas violações do direito, mantendo o *status quo* da causa até o julgamento final”.²⁰¹

¹⁹⁷ MESSINETTI, Davide. **Personalità (diritti della)**. **Enciclopedia Del diritto Milano**. vol. **XXXIII**, 1983. p. 392 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 116.

¹⁹⁸ CORTE CONT. Foro Italiano. 27 de Dezembro de 1974, p. 262 e ss. *apud* MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 163.

¹⁹⁹ PISANI, Andrea Proto. **La Tutela d’Urgenza**. p. 118 *apud* MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 163.

²⁰⁰ MESSINETTI, Davide. **Personalità (diritti della)**. **Enciclopedia Del diritto Milano**. vol. **XXXIII**, 1983. p. 392 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 117.

²⁰¹ FIRGNANI, Aldo. **L’Injunction nella common Law e L’Inibitória nel Diritto Italiano**, p. 62 e ss.; VARANO, Vincenzo, **Appunti sulla Tutela Provvisoria nell’ordenamento inglese, com particolare riferimento all’interlocutory injunction** *apud* ARENHART, Sérgio Cruz.

O provimento antecipatório anglo-americano, nessa linha, tem, em regra, uma função negativa – *prohibitory injunction* – dentro do processo, qual seja, o de manter inalterada a situação no curso do processo. Entretanto, de maneira excepcional, admite-se que tal provimento assuma um caráter positivo, no sentido de determinar que uma das partes pratique determinado ato. Ademais, é possível que seja expedida decisão provisória *inaudita altera pars*, antes mesmo de que o réu tome conhecimento da propositura da ação – *quia timet injunction*.²⁰²

Essas ordens provisórias, entretanto, devem ser fundadas pela possível ocorrência de um dano, caso tal providência não seja concedida. Além disso, a parte deve provar que o “seu pedido não é completamente infundado ou frívolo”.²⁰³

Da mesma forma, o *Bundesverfassungsgericht* entendeu no sentido de acolher a tese de que a concessão da tutela, mesmo “sem um completo esclarecimento da matéria de fato” é possível, tendo em vista a necessidade de efetiva proteção de direitos em iminência de lesão. Entretanto, em razão da interferência na esfera jurídica do réu, o *princípio geral da audiência prévia* só poderá ser derogado em casos em que isso for indispensável “para a concretização do escopo da própria tutela”.²⁰⁴

No direito brasileiro, acompanhando a tendência internacional, também existem mecanismos para a tutela provisória no caso das tutelas específicas, mais especificamente, em relação à tutela inibitória.²⁰⁵

Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 294.

²⁰² FIRGNANI, Aldo. *loc. cit.*

²⁰³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 294.

²⁰⁴ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**, p. 407 *apud* MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 164.

²⁰⁵ ARENHART, *op. cit.*, p. 294.

Com efeito, esses mecanismos encontram fundamento, no direito brasileiro, nos arts. 273²⁰⁶, 461§3.^{o207}, do CPC e art. 84, §3.^{o208}, do CDC, na forma da antecipação de tutela. É previsto, para tanto, a possibilidade de o magistrado outorgar os efeitos da tutela final antecipadamente, observados os requisitos legais.²⁰⁹

Tais requisitos, tanto no âmbito individual como em termos coletivos, são basicamente a “relevância do fundamento” e o “justificado receio de ineficácia do provimento final”. Em outras palavras, são imprescindíveis para que a

²⁰⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. 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; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. [...]

²⁰⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§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.

²⁰⁸ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 84. 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.

[...]

§ 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 após justificação prévia, citado o réu.

²⁰⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 296.

pretensão da antecipação de tutela seja concedida o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.²¹⁰

Há, nesse sentido, em se tratando de tutela inibitória, a necessidade de que seja demonstrada a “probabilidade da ilicitude” e, ainda, por força do §3º do art. 461, que haja justificado receio de que o ilícito será praticado anteriormente ao provimento final do processo de conhecimento.²¹¹

Em relação à prova, portando, é necessário que se faça um “juízo de verossimilhança” – de “verdade possível”.²¹²

O *fumus boni iuris* deverá, contudo, no caso da antecipação de tutela, ser mais qualificado do que na tutela cautelar. No primeiro caso, exige-se a *verossimilhança* das alegações, ou seja, a relativa certeza das verdade dos fatos alegados. Por outro lado, em relação ao processo cautelar, há somente a necessidade de ser provada a *plausibilidade* do direito e a *probabilidade* dos fatos.²¹³

Scarpinella Bueno entende ser a expressão “inequívoca” dirigida à prova, que deve ser bastante forte e contundente para convencer o magistrado da necessidade de antecipação. A “verossimilhança”, por outro lado, seria referente à alegação. “É a prova inequívoca que conduz o magistrado à verossimilhança da alegação”.²¹⁴

Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão monocrática de uma Ação Inibitória da Desembargadora Marilene Bonzanini

²¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 298.

²¹¹ *Ibidem*, p. 299.

²¹² ARENHART, *loc. cit.*

²¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 79.

²¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. vol. IV. Tutela Antecipada, Tutela Cautelar, Procedimentos Cautelares Específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

O art. 461 prevê expressamente a possibilidade de que a obrigação de não fazer seja concedida de forma específica:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Ora, se a obrigação de não fazer é admitida como pedido final, certamente também pode ser objeto de pedido de antecipação de tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil:

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: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

E, no caso sob análise, estão presentes os requisitos para o deferimento da medida antecipatória.

As provas constantes dos autos são fartas. Há fotografias, boletins de ocorrência e gravações que dão conta das agressões que estão sendo dirigidas contra a autora e sua família pela demandada.

Há, portanto, prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

A urgência no deferimento da medida fica adstrita, principalmente, à possibilidade de que a animosidade existente entre as partes chegue às vias de fato.

Ademais, mesmo que as alegações da demandante sejam completamente inverídicas, o que não parece ser o caso, a ré nenhum prejuízo sofrerá, uma vez que a simples determinação de que não agrida a autora, sua família ou sua propriedade não tolhe nenhum direito seu, pelo contrário. (Agravo de Instrumento nº 70050146661, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relatora: Desa. Marilene Bonzanini. Julgado em 02.08.12. Disponível em

: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2012&codigo=1384878>. Acesso em: 01.12.12)

No sistema francês, em contrapartida, a parte deve demonstrar de forma inequívoca a existência do direito afirmado, para que seja possível a outorga de medidas liminares satisfativas de sua pretensão – *référé-provision* –, não

havendo, nesse caso, a possibilidade de ser apresentada uma defesa séria pelo demandado (*l'obligation ne soit pas sérieusement contestable*).²¹⁵

Uma prova inequívoca, rigorosamente, seria uma prova que é “absolutamente incontestável”²¹⁶. No direito brasileiro, entretanto, os conceitos de “verossimilhança” e de “prova inequívoca” não são tão restritos. O juiz, ao verificar a possibilidade de antecipação de tutela final, atuará com base na mera aparência do direito pleiteado – juízo de probabilidade – analisando a “plausibilidade da existência do direito afirmado pelo demandante”.²¹⁷

Entende-se como “prova inequívoca”, nessa sentido, uma prova “formalmente perfeita”, mas, em razão da imediatidade com que a tutela deve ser concedida, não é possível a ampla produção de provas, havendo, para tanto, uma “postecipação” da produção de provas. O mecanismo de antecipação de tutela, portanto, não é formado “com base na plenitude de provas e argumentos das partes”, sendo um verdadeiro “juízo-provisório”.²¹⁸

Ademais, há a exigência de cumulação da necessidade de “aparência da existência do direito afirmado” juntamente com o perigo de demora na outorga do provimento final ao autor. Assim, a “relevância do fundamento” refere-se somente a um “juízo de aparência do direito” afirmado, e não a necessidade de “prova inequívoca”, conforme tratado literalmente nos dispositivos legais.²¹⁹

Em relação ao *periculum in mora*, no mesmo raciocínio, é necessário que a parte apresente indicativos – em juízo de aparência – da impossibilidade de espera da decisão final da lide, em razão de se mostrar premente a ameaça

²¹⁵ PERROT, Roger. **Lês Méasures Provisoires em Droit Français**, p. 163 e ss. *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 299 – 300.

²¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 23.

²¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 300.

²¹⁸ MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.161 – 162.

²¹⁹ ARENHART, *op. cit.*, p. 300.

de ineficácia do provimento final. Em outras palavras, a antecipação dos efeitos da decisão final deve ser imperativa tendo em vista a probabilidade de que o direito buscado ao final da demanda não seja resguardado.²²⁰

Outrossim, é evidente que a tutela inibitória, por ter uma natural restrição em termos de prova, acaba por acelerar a velocidade com que o processo tramita, diminuindo obviamente o tempo despendido para a efetiva outorga da prestação jurisdicional. Sendo assim, torna-se mais apta a assegurar direitos carentes de proteção preventiva.²²¹

Entretanto, caso a necessidade de proteção encontrar-se deveras iminente, e, não tendo a parte tempo hábil para que a prova seja perfectibilizada, ou, não sendo possível que se aguarde a cognição exauriente do feito, é necessário que haja medidas que resguardem a tutela buscada ao final do processo.²²² Além desses casos, há casos em que a ciência prévia do réu em relação à propositura da ação acarretaria certa espécie de dano ao processo.²²³

Nessa esteira, para Aldo Frignani, haveria duas situações em que o “perigo de dano” estaria presente – o dano, no caso em tela, trata-se de dano jurídico, em outras palavras, um ato contrário ao direito ou um ilícito. Primeiramente, tal perigo ocorreria no caso de o provimento final não venha a ser útil para o autor. Além disso, outra situação seria quando houvesse a possibilidade de “satisfação plena do direito, mas a destempo”.²²⁴

²²⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 301.

²²¹ *Ibidem*, p. 292.

²²² *Idem*. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 117.

²²³ *Idem. op. cit.*, p. 292.

²²⁴ FRIGNANI, Aldo. **L'injunction nella common law e L'inibitória nel diritto italiano** p. 435 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 304.

Nessas situações, é imprescindível que se recorra a uma tutela de urgência e de forma provisória, capaz de impedir que a duração normal do processo venha a inviabilizar a tutela inibitória buscada ao final da demanda.²²⁵

Em realidade, seja pela dificuldade em colecionar-se toda a prova necessária para a ação, seja diante da iminência da lesão que se quer evitar, seja ainda pela atitude inusitada que pode o réu adotar ao ser citado para a ação, a tutela antecipada inibitória pode representar papel crucial para o perfeito desempenho da função preventiva que se empresta a esse instrumento. (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 296)

Tomando como exemplo os direitos de personalidade, a tutela inibitória apresenta a característica da imediatidade. A própria natureza dos direitos resguardados pela tutela inibitória exigem que sejam previstos mecanismos de antecipação de tutela.²²⁶

A tutela inibitória, porquanto visa a impedir de todos os meios possíveis a lesão ao direito, necessita de meios eficazes para garantir a pretensão buscada ao final do processo, para evitar que, futuramente, tal direito não possa mais ser assegurado, devendo-se recorrer, quando possível, a tutelas repressivas.²²⁷

Em razão disso, não se afasta a possibilidade de antecipação da tutela inibitória final, pois não haveria sentido em autorizar uma lesão ao direito resguardado pela tutela inibitória desde que, posteriormente, possa ser assegurado o direito à indenização, tendo em vista que a objetivo último da tutela inibitória antecipada é manter o direito íntegro.²²⁸

²²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 292.

²²⁶ *Idem*. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 118.

²²⁷ *Idem. op. cit.*, p. 304.

²²⁸ ARENHART, *loc. cit.*

Importa referir que, em relação à tutela inibitória, entende-se que a forma correta de tutelar uma situação de urgência face a um ilícito seria através da figura da antecipação de tutela, visto que a proteção cautelar é mais dirigida contra o dano, sendo destinada estritamente à proteção do direito material acautelado, não tendo o condão de impedir o ilícito, pois, nesse caso, corresponderia exatamente à satisfação integral da pretensão final do processo.²²⁹

Cristina Rapisarda, grande estudiosa da tutela inibitória, entende que os requisitos para a concessão da tutela inibitória final são diversos dos requisitos necessário à concessão da tutela inibitória provisória.²³⁰

Na visão dessa autora, é necessário, para a concessão da tutela inibitória provisória, o “perigo de dano”, ao passo que, para a concessão da tutela inibitória final, seria exigido somente a ocorrência do ilícito.²³¹

Nessa esteira, para a tutela inibitória final importa unicamente o “perigo de realização ou de continuação de uma conduta ilícita, não importando as eventuais consequências, danosas ou não, da conduta em si.” A inibitória final, portanto, prescindiria totalmente da figura do dano. Em oposição, a tutela inibitória provisória dependeria de consequências lesivas de determinada conduta e, portanto, teria fundamento no dano causado em concreto derivado de tal conduta.²³²

²²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 295 – 296.

²³⁰ RAPISARDA, Cristina. **Rivista di Diritto Processuale**, p. 143 – 144. *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 302.

²³¹ RAPISARDA, *loc. cit.*

²³² RAPISARDA, Cristina. **Rivista di Diritto Processuale**, p. 143 – 144. *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 302.

De acordo com o entendimento de Sérgio Cruz Arenhart, entretanto, tal noção referente aos requisitos de concessão da tutela inibitória provisória não merecem prosperar.²³³

Sustenta o autor que tal exigência da figura do dano para a concessão da tutela inibitória provisória não se verifica, no passo em que a medida provisória, nesse caso, configura-se como sendo de natureza antecipatória, não cautelar. Deste modo, por ser a medida preventiva uma antecipação de tutela, o objeto da tutela final e da tutela provisória seria o mesmo, qual seja, a prevenção de um ilícito ou de sua continuação. Assim sendo, seria incongruente a perspectiva de que a tutela provisória teria como objetivo a proteção do dano, tendo em vista que a tutela inibitória final visa à proteção contra o ilícito e não propriamente o dano, que é concomitante ou posterior à ocorrência do ilícito.²³⁴

Seguindo o entendimento de Rapisarda, por a concessão da tutela provisória somente ser cabível com a ocorrência do dano, tal mecanismo antecipatório não poderia ser concedido caso ocorresse o ilícito que se busca evitar ao final do feito, mas, por outro lado, não acarretasse qualquer dano desse comportamento.²³⁵

Destarte, entende Arenhart que a tutela inibitória, por se ligar à proteção contra o ilícito, um eventual *periculum in mora* representaria a possibilidade da ocorrência do ilícito, não de um eventual dano.²³⁶

A tutela inibitória objetiva evitar de todas as formas e meios possíveis a lesão ao direito. Busca-se, com essa espécie de tutela, que não seja

²³³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 302.

²³⁴ *Ibidem*, p. 302 – 303.

²³⁵ RAPISARDA, Cristina. **Rivista di Diritto Processuale**, p. 143 – 144. *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 303.

²³⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 303.

necessário que futuramente seja preciso recorrer a tutelas repressivas, sendo que tal medida, além disso, nem sempre mostra-se possível.²³⁷

Evidentemente, por ter a tutela inibitória o escopo de manter o direito preiteado na ação íntegro, não teria razão haver a autorização da lesão deste direito, desde que pudesse haver a devida reparação pelo equivalente patrimonial posteriormente, pelo prejuízo sofrido.²³⁸

A demora do processo também é motivo legítimo para que a tutela antecipatória seja cabível no curso da ação inibitória. Nesse sentido, mesmo que a ameaça de lesão não seja iminente, a demora natural do processo pode fundamentar um eventual pedido de antecipação de tutela. Trata-se de outro caso de *periculum in mora*.²³⁹

Quanto à caracterização do receio de ineficácia do provimento final, necessário esclarecer que se trata de requisito distinto daquele indispensável para a viabilização da tutela inibitória (a ameaça de lesão a direito ou ameaça de ocorrência do ilícito). A exigência para a proteção *initio litis* diz com a impossibilidade de aguardo da decisão definitiva, porquanto a ameaça de lesão ao direito mostra-se premente – deve acontecer antes de completado o *iter* necessário para a tutela final. Deve haver, portanto, aqui, o necessário cotejo entre a ocorrência do fato que se pretende evitar e o tempo despendido para a concessão de tutela final. Frignani, nesse passo, assevera que ‘a noção do perigo empregado nesta sede é então diversa daquela acolhida acima em relação ao perigo de ilícito. Ela deve ser, realmente, relacionada temporalmente ao momento em que presumivelmente se concluirá o juízo de mérito. (ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 121)

Além disso, em relação ao momento de concessão do provimento antecipado no curso da ação inibitória, é inquestionável que ela é cabível em

²³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 304.

²³⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

²³⁹ *Ibidem*, p. 304 – 305.

qualquer momento da demanda, na medida em que se demonstre a sua necessidade.²⁴⁰

Poderá ser concedida, portanto, desde o início do processo, até a sua conclusão, mesmo após a sentença, caso ela se mostre necessária – em razão da proteção contra a demora da tutela final e definitiva. Nesse sentido, impõe a Constituição Federal, segundo o art. 5º, XXXV²⁴¹, que a antecipação de tutela é admissível, contra a morosidade do processo.²⁴²

Sustenta da mesma forma o doutrinador Humberto Theodoro Júnior, no sentido de ser admitida a antecipação *in limine litis*, entendendo ser essa o objetivo visado pelo legislador.²⁴³

O que fez o art. 273 do CPC, em seu novo texto, foi simplesmente criar uma previsão genérica para essa modalidade de tutela, que, assim, deixou de ser apanágio apenas de alguns procedimentos especiais para converter-se em remédio utilizável em qualquer processo de conhecimento, ordinário, sumário ou especial, desde que presentes os requisitos traçados pelo novo dispositivo de lei. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 675.)

Em relação à antecipação *initio litis*, concedida anteriormente à citação do réu, indubitavelmente é tal tutela admissível, ainda mais no caso de a ação se tratar de uma ação inibitória.²⁴⁴

²⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 305.

²⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...].

²⁴² ARENHART. *op. cit.*, p. 305.

²⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 675.

O fundamento para a concessão de tal tutela, antes mesmo da ciência do réu da existência do processo, é exatamente para que seja obstado que o demandado, ao tomar conhecimento da existência de uma lide, atue com o objetivo específico de frustrar a efetividade da tutela final buscada na ação inibitória. Em outras palavras, “por espírito de simples revide”, o réu atua com a intenção de frustrar o direito do autor, colocando em risco toda a utilidade do provimento que será eventualmente obtido ao final da demanda.²⁴⁵ Resta, portanto, indispensável que haja, nesse caso, uma antecipação de tutela *inaudita altera pars*, para que a prevenção buscada com a ação inibitória tenha realmente utilidade ao demandante.

Assim, segundo Marinoni, não caberia aqui uma conclusão diferente, tendo em vista que o Estado deu um instrumento de tutela ao cidadão nos casos em que ainda não foi seu direito evidenciado, não se importando com o momento em que tal tutela torna-se necessária. Nesse sentido, grande parte da doutrina entende haver a possibilidade de o contraditório ser diferido, em situações em que não há forma diversa de tutela ao direito do autor.²⁴⁶

Essa situação é insculpida em texto legal, no qual preceitua que é possível a concessão de antecipação de tutela pelo juiz “*liminarmente* ou após justificção prévia, citado o réu”. Nesse sentido, não haveria ofensa ao princípio do contraditório, tendo em vista que seria apenas o caso de uma “postecipação” do contraditório, e não, de sua anulação. Trata-se de situações em que “a urgência em proteger o direito (ainda que o realizando) faz com que se dê prioridade ao princípio do acesso à Justiça (art. 5.º, XXXV), em detrimento ao contraditório, colocando este em segundo plano”.²⁴⁷

²⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 305.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 306.

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 153 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 306.

²⁴⁷ ARENHART, *op. cit.*, p. 307.

Não teria sentido conclusão diversa, uma vez que o Estado, ao conceber a tutela antecipatória, conferiu ao cidadão uma via destinada a permitir a efetiva tutela do direito que ainda não teve condições de ser *evidenciado*, sem se importar com o momento em que a necessidade de tutela pode surgir, até porque seria ilógico imaginar que o autor só tem direito à adequada tutela jurisdicional após o réu ter sido ouvido. Aliás, a boa doutrina, ao analisar a questão da tutela *inaudita altera pars* em face do princípio constitucional do contraditório, tem entendido que o contraditório pode ser diferido quando *não há outra forma de tutelar de forma efetiva o direito do autor*. (MARIONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. Individual e Coletiva. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 163 – 164)

Com efeito, o art. 273, do CPC, deixou a matéria processual relativa a essa questão mais “livre e flexível”. Entende-se, assim, que “não há momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela”.²⁴⁸

Cumprir destacar, entretanto, que tal ponderação seja feita somente diante de uma situação no plano concreto. Deve-se, desta maneira, ponderar os interesses em questão e as garantias constitucionais ali incidentes, para só então, poder-se verificar a existência de uma preponderância da concessão do provimento *inaudita altera pars* em relação ao direito da parte ao contraditório.²⁴⁹

Além dessa situação, há a possibilidade de concessão da liminar *initio litis*, após prévia justificação, havendo ou não a citação do réu. Entende Arenhart que não haveria razão para impedir que o autor produzisse sumariamente as provas orais em audiência de justificação prévia, sem que houvesse a citação do réu, tendo em vista que tal audiência teria apenas o condão de dar ciência ao réu e acompanhar a prova produzida pelo autor, não

²⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 675.

²⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 307.

sendo nesse momento a oportunidade adequada para que o réu produza a sua defesa.²⁵⁰

É preciso, contudo, que haja extrema urgência na concessão da medida antecipatória, para que possa ser determinada anteriormente à citação do réu, não podendo a prática de tal medida ser generalizada.²⁵¹

Ademais, a possibilidade de ser concedida a antecipação de tutela também existiria após essa fase inicial. Até mesmo em grau de recurso, poderia ser tal medida necessária, diante de uma situação urgente que teve o seu surgimento somente após a prolação de sentença, no caso de tal sentença estar sujeita a recurso com efeito suspensivo. Tem-se, portanto, que tal provimento não é proibido a priori.²⁵²

Necessário explicitar que a medida antecipatória não pode ser usada como um meio de “opressão do exercício regular de um interesse”. Em razão da força de tal medida, sendo de cognição sumaria, pode-se pensá-la como um meio de pressão para o abuso de direito ou para promover circunstâncias indevidas de privilégio, gerando, desta forma, uma “composição forçada e injusta do conflito por via oblíqua”.²⁵³

Nessa esteira, deve-se sempre considerar o princípio da proporcionalidade em relação aos interesses contidos dentro da lide. Em se tratando de tutela inibitória, essa ponderação é tema constante, devendo o operador do direito dominar essa técnica para poder conceder ou não a tutela antecipada.²⁵⁴

²⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 308.

²⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 675 – 676.

²⁵² ARENHART. *op. cit.*, p. 308.

²⁵³ *Ibidem*, p. 311.

²⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 312.

Nesse sentido, um direito improvável, porquanto ainda não comprovado que inexistente, pode ainda ser protegido na via provisória, desde que tal direito goze de notória supremacia dentro da ordem jurídica brasileiro, em especial pela Constituição Federal e seus princípios, em comparação ao outro direito – mais provável –, dentro do processo.²⁵⁵

Deve-se somar a esse raciocínio a determinação presente no art. 273, §2.^o²⁵⁶, do CPC, o qual determina que não haverá antecipação de tutela nos casos em que a concessão de tal provimento possa acarretar um “perigo de irreversibilidade” da medida.²⁵⁷

Em outras palavras, caso a concessão da medida antecipatória venha a tornar o direito buscado ao final inútil a parte vencedora, em razão de tal medida não poder ser revertida, nesse caso, ela não poderá ser concedida.

Há, com isso, a existência de um pressuposto negativo, ou seja, a medida *não pode* ser concedida caso haja possibilidade que o provimento não possa ser revertido no caso de uma decisão improcedente. Isso explica-se pelo fato de ser a medida antecipatória uma medida concedida em juízo de cognição sumária. Desta forma, por ter um caráter provisório, até o direito ser confirmado ou negado pela sentença, “o ideal é que seus efeitos práticos não provoquem qualquer situação irreversível”, eventualmente impedindo a parte vencedora de obter uma tutela devida dos direitos.²⁵⁸

Haverá casos, entretanto, em que haverá uma “irreversibilidade recíproca”, ou seja, “se a medida antecipatória é concedida, opera-se efeito

²⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 313.

²⁵⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 273. [...]§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. [...]

²⁵⁷ ARENHART. *op. cit.*, p. 313.

²⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. vol. IV. Tutela Antecipada, Tutela Cautelar, Procedimentos Cautelares Específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21 – 22.

irreversível ao patrimônio jurídico do réu; se a medida não é outorgada, dá-se o inverso, com prejuízo irreversível à esfera jurídica do autor”.²⁵⁹

Nesses casos específicos, a irreversibilidade não é fator impeditivo para a análise de concessão da tutela antecipatória. Isto porque, em tais casos, haverá de qualquer forma a irreversibilidade para algum dos patrimônios da lide, seja do réu, seja do autor. Caberá ao judiciário, assim, “escolher” qual dos direitos será sacrificado.²⁶⁰

Nessa situação, a solução que deverá ser buscada pelo magistrado será no tocante a verossimilhança do direito. Deve-se, portanto, tutelar o direito que parecer ao juiz como mais provável. Além disso, soma-se a esse exame o juízo de preponderância dos interesses em jogo. É necessário que seja resguardado o direito “mais caro à ordem jurídica, em detrimento daquele menos de menor hierarquia”.²⁶¹

Em relação à análise do interesse a ser sacrificado – e do interesse que deve ser provisoriamente atendido –, é indispensável que haja uma avaliação das consequências dessa concessão em relação à sociedade, com ênfase na repercussão dessa decisão no âmbito social para o futuro.²⁶²

A análise desses elementos mostra-se de grande importância no tocante às tutelas inibitórias – preventivas –, pois, ao menos o interesse alegado pelo autor tem a tendência de sofrer lesão iminente e irreparável caso haja a ocorrência do ilícito, o qual é objeto da lide que ele seja evitado. Importante, desta forma, que haja a consideração do elemento da agressão ao direito na concessão da tutela antecipada.²⁶³

²⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 314.

²⁶⁰ ARENHART, *loc. cit.*

²⁶¹ *Ibidem*, p. 314 – 315.

²⁶² *Ibidem*, p. 317.

²⁶³ ARENHART, *loc. cit.*

Importante referir que no direito brasileiro existe ainda a questão da fungibilidade da medida antecipada. Especialmente em relação à tutela inibitória, a medida liminar antecipatória possui grande plasticidade, para haver uma adaptação a todas as situações que eventualmente possam surgir após a outorga do mecanismo provisório.²⁶⁴

Nesse sentido, deveras importante relacionar a medida com a situação concreta, para que exista uma maior efetividade nessa proteção.²⁶⁵ Em relação a esse tema, ensina Arenhart,

A tutela inibitória é, por essência, permeável à situação jurídica material, devendo, portanto, amoldar-se a ela da melhor forma possível. assim ocorre com o provimento final e, com maior razão, em face da tutela provisória. (ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 128)

Em razão deste fungibilidade, a tutela antecipatória, embora exija que a parte requeira tal medida, nada impede que o juiz, dentro de certos limites, outorgue outro provimento, se entender mais adequado para o caso concreto. Além disso, após a concessão do provimento antecipatório, pode o juiz alterá-lo, aumentar ou diminuir o seu conteúdo, de acordo com as necessidades do caso concreto.²⁶⁶

No primeiro caso, existe a questão da efetividade do provimento antecipatório, para dar mais eficácia ao processo judicial. Nesse sentido, entende-se que “a medida a ser utilizada deve ser aquela capaz de isolar, da melhor forma possível, o efeito negativo do tempo sobre o processo”. É em

²⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 317.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 318.

²⁶⁶ ARENHART, *loc. cit.*

razão disso que o magistrado não fica vinculado estritamente ao pedido da antecipação, mesmo embora necessite a parte requerer tal medida.²⁶⁷

Entretanto, a fungibilidade da medida antecipatória encontra limites. Em um primeiro momento, há um “limite externo”, trazido pelo próprio direito material. Além disso, tal medida deve resguardar a tutela pretendida pelo autor. É, portanto, essencial que a providência escolhida seja a melhor forma de tutelar o interesse da parte, tendo em vista a finalidade do provimento.²⁶⁸

Dentro dos limites assinalados (consequência jurídica material e fim da tutela jurídica como limites superiores), é de ser escolhida a providência que, no caso concreto, constitui a maneira melhor de alcançar a finalidade da segurança e a que menos prejudica o demandado em sua liberdade de ação. A efetividade da proteção jurídica e o princípio de que a interferência na esfera do direito da outra parte deve ser a menor possível têm de ser igualmente levados em consideração na escolha do provimento. (ARENHART. Tutela coletiva. p. 319)

Ademais, a liminar antecipatória tem caráter provisório expresso na norma. Entende-se, nesse sentido, que pode ser tal medida revogada ou modificada a qualquer tempo do *iter processual*. Além disso, se uma eventual sentença de improcedência for proferida, os efeitos da medida antecipatória serão cassados, voltando-se ao *status quo ante*, havendo, ainda, a responsabilidade objetiva do requerente, em função de eventuais danos que a efetivação da medida tenha causado ao demandado final vitorioso.²⁶⁹

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifestou, no sentido de ser possível a revogação da medida antecipatória.

²⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 318.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 319.

²⁶⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. Forense: 2005, Rio de Janeiro, p. 19 – 20.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 557, § 1º-A DO CPC. LIMINAR PARA IMPEDIR O RÉU DE CADASTRAR O NOME DA AUTORA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. TUTELA INIBITÓRIA DEFERIDA. TUTELA ANTECIPADA. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES.

No caso concreto, as alegações da agravante merecem prosperar, tendo em vista a comprovação nos autos dos extratos, boletim de ocorrência e a cópia do Instrumento particular de confissão de dívida com garantia de fiança.

O deferimento da tutela cabe quando estão presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, em especial, a verossimilhança das alegações.

Entendo pela concessão da liminar postulada pelo agravante, **ressaltando que poderá ser revista a qualquer tempo, tendo em vista os elementos que vierem aos autos no decorrer da tramitação do feito. (grifo nosso)** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, em decisão monocrática. (Agravado de Instrumento nº 70029110038. Tribunal de Justiça do RS. Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig. Julgado em: 05.06.09. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2009&codigo=634883> Visto em: 01.12.12)

Além disso, cumpre destacar a questão da multa, instrumento deveras importante na efetividade tanto da tutela inibitória final como da antecipação de tutela na demanda inibitória.²⁷⁰

Prevista nos artigos 461²⁷¹ do CPC e 84²⁷² do CDC, a multa coercitiva poderá ser imposta pelo juiz ao réu, “independentemente de pedido do autor”. Entretanto, tal multa deve ser “compatível com a obrigação” e fixada em um “prazo razoável” para que seja cumprida.²⁷³

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 178.

²⁷¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 461 [...] §4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior 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.

²⁷² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 84 [...] § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

²⁷³ MARINONI. *op. cit.*, p. 178.

Por outro lado, a multa, tendo em vista seu caráter coercitivo, deve ser fixada de acordo com a sua finalidade – de pressionar o réu a cumprir a ordem judiciária – , para resguardar a efetividade da tutela jurisdicional.²⁷⁴ Deve o magistrado, no entanto, fixar a multa considerando-se a capacidade econômica do demandado.²⁷⁵

A multa, portanto, tem o objetivo de compelir o réu a adimplir a ordem do juiz para impedir a prática, repetição ou continuação do ilícito, no caso da ação inibitória.²⁷⁶ Caso o réu não observe a ordem inibitória, praticando, assim, o ilícito temido, “a multa é devida independentemente do eventual dano que tenha sido produzido e deva ser reparado”.

Nessa linha, em razão de a tutela inibitória em nada se relacionar com a ideia do dano, a multa, da mesma forma, não guarda relação com a indenização relativa a um eventual dano causado na prática do ilícito. Esse entendimento ocorre tendo em vista dar efetividade a ordem inibitória – tanto antecipada quanto final – , pois, caso contrário, “o demandado, ainda que sem obedecer a ordem inibitória, responderia apenas pelo eventual dano que tivesse provocado, o que seria obviamente absurdo”.²⁷⁷

Atualmente, é pacífico o entendimento de que a multa pode exceder o valor da prestação, em face do art. 461, do CPC, pois tal mecanismo de cumprimento de ordens judiciais está “completamente atrelado à ideia de que a tutela específica é imprescindível para a realização concreta do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional”.²⁷⁸

Já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no sentido de ser possível multa em ação inibitória

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 184.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 185.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 183.

²⁷⁷ MARINONI, *loc. cit.*

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 185.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TUTELA INIBITÓRIA. PUBLICAÇÃO DE REPORTAGENS CALUNIOSAS, INJURIOSAS E DIFAMATÓRIAS. FIXAÇÃO DE MULTA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REMESSA DE CÓPIAS DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AVERIGUAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. TIPOS PENAS QUE DEPENDEM DE REPRESENTAÇÃO DO LESADO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70045309754. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS. NONA CÂMARA CÍVEL. RELATORA: DESA. MARILÈNE BONZANINI. JULGADO EM: 23.11.11. DISPONÍVEL EM <HTTP://WWW1.TJRS.JUS.BR/SITE_PHP/CONSULTA/DOWNLOAD/EXIBE_DOCUMENTO_ATT.PHP?ANO=2011&CODIGO=2198538>. ACESSO EM: 01.12.12)

Além da multa, outros meios de coerção para o cumprimento da determinação do juiz podem ser utilizados em se tratando de tutela inibitória. Existe a coerção direta, que se configura como uma medida em que “o direito pode ser efetivamente tutelado independentemente da vontade do demandado”. Nesse caso, o juiz pode determinar, por exemplo, a interdição de uma fábrica que está poluindo o meio ambiente ou a nomeação de um administrador provisório para atuar em determinada empresa.²⁷⁹

Outro meio de coerção possível é a sub-rogação, que ocorre quando um terceiro substitui o réu e promove atos que eram devidos pelo demandado, e este não os cumpriu. Essa medida, evidentemente, é de menor efetividade do que a multa e a coerção direta, devendo ser utilizada somente quando essas outras medidas se mostrarem inviáveis.²⁸⁰

Importante destacar que, em relação a essas medidas coercitivas – tanto na antecipação da tutela inibitória quanto na tutela inibitória final – , tendo em vista as disposições dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, podem ser impostas pelo juiz, não ficando ele adstrito ao pedido do autor. Em outras palavras, o juiz

²⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 195.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 196.

pode conceder tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente, estando autorizado a “impor o fazer ou o não fazer mais adequado à situação concreta que lhe é apresentada para julgamento”.²⁸¹

A doutrina brasileira tem sustentado que o disposto nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC são “exceções à regra geral de que a sentença não pode fugir do pedido”.²⁸² Arruda Alvim ao referir-se da multa imposta pelo art. 84 do CDC – novidade no sentido de independe do pedido do autor – sustenta que ela não segue “a regra geral de que qualquer decisão, ordem ou sentença, sempre depende de pedido da parte e haverá de a este se cingir para o respectivo acolhimento ou não”²⁸³

Em conclusão, tendo em vista o acima exposto, a técnica antecipatória na tutela inibitória configura-se como um instrumento dos mais importantes para resguardar a efetividade dos direitos pretendidos na ação inibitória. Nesse sentido, deve-se resguardar os requisitos e as peculiaridades da medida, para que seja possível a sua concessão na demanda inibitória.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 132.

²⁸² *Ibidem*. p. 133.

²⁸³ ALVIM, José Manoel Arruda, **Código do Consumidor comentado**, p. 402. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 133.

CONCLUSÕES

O presente estudo abordou inicialmente a evolução histórica da ciência processual civil sob a ótica da tutela efetiva dos direitos. Para tanto, foi analisada, em um primeiro momento, o surgimento do direito processual como ciência, com a célebre obra de Oskar Bülow, *Die Lehre Von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, e o surgimento da Escola Histórico-Dogmática ou Sistemática.

Foi destacada a intenção dessa doutrina, no sentido de separação do processo do direito material, tendo em vista purificar a ciência. Além disso, foi analisado o caráter liberal e patrimonialista da referida escola, influenciada pelo liberalismo econômico, gerando assim, conseqüentemente, uma tutela individual e patrimonialista dos direitos, através da tutela ressarcitória e da sentença condenatória.

Outra questão abordada nesse trabalho foi a existência da abstração de pessoas e bens, em razão da igualdade apenas formal dos indivíduos perante a lei, unificando, assim, os procedimentos e servindo de fundamento para a tutela do equivalente em pecúnia, desconsiderando-se a tutela específica dos direitos. A questão da falta de diferenciação entre as categorias da responsabilidade civil e do ato ilícito foi levantada.

Foi explicitado, ainda, a grande influência trazida por essa escola na elaboração do Código Buzaid, o que acabou por caracterizá-lo como sendo um código extremamente patrimonialista, individualista, tendo o objetivo de assegurar apenas direitos patrimoniais através de uma tutela jurisdicional repressiva.

Em um segundo momento, para contrapor essa doutrina, foi abordado as necessidades surgidas em razão dos direitos não patrimoniais emergentes, conhecidos como os “novos direitos”, tais como o direito ambiental, o direito da livre concorrência, os direitos de personalidade, entre outros.

Foi sustentada a insuficiência da antiga doutrina em relação ao novo panorama da sociedade contemporânea. A abstração das pessoas e dos bens, o liberalismo, a uniformidade procedimental, a universalização da tutela ressarcitória em pecúnia, através da sentença condenatória, e a confusão entre os conceitos de dano e ato ilícito já não se compatibilizavam com essa nova realidade.

Foi levantada a necessidade da existência de uma tutela específica, a qual leva sobremaneira em consideração os direitos materiais resguardados pela ordem normativa, dando-lhe a devida efetividade, a qual serviria a impedir a prática de um ilícito ou a sua continuação ou repetição. Para tanto, tratou-se da tutela inibitória, abordando-se seu conceito, seu fundamento e seus requisitos. Uma breve análise do panorama do direito comparado foi feita, utilizando-se doutrina italiana, francesa e anglo-americana.

Na segunda parte do presente trabalho de conclusão de curso, foi percorrido sobre o tema da tutela antecipatória como mecanismo para a efetivação dos direitos não patrimoniais, tendo na prevenção da prática do ilícito um elemento de grande valia.

Foi necessário, inicialmente, analisar a questão da antecipação de tutela em oposição à figura da tutela cautelar. A seguir, foram analisados os requisitos para a concessão da tutela antecipatória, em especial, as figuras do *periculum in mora* e do *fumus boni iuri*. Foi tratada, além disso, a figura do processo cautelar inominado como instrumento para a efetivação de direitos não tutelados pelo código de processo civil, tal como a tutela inibitória.

Finalmente, foi analisada a figura da antecipação de tutela inserida no contexto da tutela inibitória. Inicialmente, foram analisadas doutrinas estrangeiras. Após, tratou-se dos requisitos da antecipação de tutela na perspectiva da tutela inibitória e do momento de sua concessão. Por fim, foi abordada a questão da fungibilidade da medida antecipatória e de instrumentos para a sua efetivação.

Para fundamentar o presente trabalho, foram analisadas decisões jurisprudenciais da Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, além de vasta doutrina sobre a tutela inibitória e a antecipação de tutela.

Conclui-se, com este trabalho, que a criação da tutela inibitória foi fundamental para a efetivação da tutela dos direitos, especialmente os chamados “novos direitos”. O surgimento de uma figura processual que diferenciasse a responsabilidade civil e a figura do ato contrário ao direito fez com que uma nova gama de direitos pudesse ser tutelada.

Fica evidente a insuficiência do modelo antigo para tratar de direitos surgidos posteriormente à criação desse modelo, de modo que tornou-se necessária a criação de um modelo novo, com mecanismos com a tutela inibitória, capazes de regular e resguardar esses novos direitos.

A figura da antecipação de tutela, da mesma maneira, mostrou-se como requisito essencial para a efetivação da tutela dos direitos, através de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, sendo fundamental para a demanda inibitória.

Existe, nessa esteira, uma premente necessidade de um instrumento expresso na legislação processual que assegure a tutela inibitória, bem como a sua devida antecipação. Não obstante a existência de doutrina sobre o referido tema, e a utilização da medida para o ingresso de ações judiciais, é necessário que haja legislação específica para tal tutela preventiva.

Nesse sentido, entende-se que a inserção da tutela inibitória no quadro das tutelas existentes no direito processual normatizado é imprescindível para a efetivação dos direitos tidos como primordiais pela Constituição Federal brasileira de 1988, os direitos não patrimoniais e fundamentais.

Muito embora exista doutrina, ainda incipiente, sobre o tema, a normatização da figura da tutela inibitória traz mais segurança jurídica tanto aos operadores do Direito, quanto aos destinatários das normas, efetivando, assim, o objetivo maior da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, qual seja, a tutela efetiva e adequada dos direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. IV. Processo Cautelar**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil. Vol. I**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. vol. IV. Tutela Antecipada, Tutela Cautelar, Procedimentos Cautelares Específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume I**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Técnica processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Tutela inibitória. Individual e Coletiva**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Franciso. **Código de Processo Civil: Comentado Artigo por Artigo**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **O Processualismo e a Formação do Código Buzaid**. Revista de Processo n. 183, ano 35. Revista dos Tribunais, maio 2010. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambrier.

_____. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória.** Revista de Processo, ano 36, vol. 197, julho/2011. Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Vol. I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil.** São Paulo: Atlas, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do Processo Cautelar.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 dez. 2012.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 08 dez. 2012.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 08 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Agravo de Instrumento n. 70029110038. Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig. Julgado em: 05.06.09.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Agravo de Instrumento n. 70050146661. Nona Câmara Cível. Relatora: Desa. Marilene Bonzanini. Julgado em: 02.08.12.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Agravo de Instrumento n. 70045309754. Nona Câmara Cível. Relatora: Desa. Marilene Bonzanini. Julgado em: 23.11.11.