

EDUARDO GARCIA BRANCO

**OS ARTIGOS 461 DO CPC E 84 DO CDC NA EFETIVIDADE DA
TUTELA DOS NOVOS DIREITOS**

**Monografia final apresentada ao Curso
de Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Manoel Caetano
Ferreira Filho**

CURITIBA, 25 DE OUTUBRO DE 2002

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO GARCIA BRANCO

**OS ARTIGOS 461 DO CPC E 84 DO CDC NA EFETIVIDADE DA
TUTELA DOS NOVOS DIREITOS**

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

**Orientador: Professor Manoel Caetano Ferreira Filho
Departamento de Direito Civil e Processual Civil**



**Professor Edson Ribas Malachini
Departamento de Direito Civil e Processual Civil**



**Professor Eduardo Talamini
Departamento de Direito Civil e Processual Civil**

CURITIBA, 27 DE NOVEMBRO DE 2002

*A justiça é o pão do povo.
Às vezes bastante, às vezes pouca.
Às vezes de gosto bom, às vezes de gosto ruim.
Quando o pão é pouco, há fome.
Quando o pão é ruim, há descontentamento.
Fora com a justiça ruim!
Cozida sem amor, amassada sem saber!
A justiça sem sabor, cuja casca é cinzenta!
A justiça de ontem, que chega tarde demais!
[...]*
(Bertold Brecht, O Pão do Povo)

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a importância das tutelas através dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC para a efetividade dos novos direitos. A efetividade da tutela jurisdicional, garantida constitucionalmente, depende de provimentos adequados, tempestivos e eficazes. Para se alcançar a efetividade quando se pensa em novos direitos, que são direitos originados pelo desenvolvimento social, político e tecnológico no âmbito da sociedade civil, são necessários procedimentos especiais não encontrados no processo civil tradicional. Os artigos citados constituem técnicas modernas capazes de proporcionar efetividade jurisdicional para grande parte desses novos direitos, podendo conferir, quando bem utilizados, a agilidade e eficácia que se espera do Poder Judiciário.

SUMÁRIO

EPIGRAFE	iii
RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	1
I - DA NECESSIDADE DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	3
I.1 - AÇÃO PROCESSUAL E AÇÃO DE DIREITO MATERIAL.....	3
I.2 - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.....	5
I.3 - A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL.....	8
II - AS TUTELAS DOS ARTIGOS 461 DO CPC E 84 DO CDC	11
II.1 - O SENTIDO DE "OBRIGAÇÕES" NO ART. 461.....	11
II.2 - A TUTELA INIBITÓRIA.....	13
II.3 - A TUTELA PREVENTIVA EXECUTIVA.....	20
II.4 - A TUTELA REINTEGRATÓRIA (DE REMOÇÃO DE ILÍCITO).....	24
II.5 - A TUTELA RESSARCITÓRIA.....	27
II.6 - A TUTELA DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS DE FAZER E NÃO FAZER NA FORMA ESPECÍFICA.....	32
II.7 - O NOVÍSSIMO ARTIGO 461-A, DO CPC.....	34
III - OS NOVOS DIREITOS E AS TUTELAS DOS ARTIGOS 461 DO CPC E 84 DO CDC	37
III.1 - O ESTADO, A SOCIEDADE E O DIREITO.....	37
III.2 - OS NOVOS DIREITOS.....	42
III.3 - OS NOVOS DIREITOS E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL.....	45
III.4 - NOVOS DIREITOS EM ESPÉCIE E AS TUTELAS DOS ARTIGOS 461, DO CPC, E 84, DO CDC.....	47
III.4.1 - Direito Ambiental.....	48
III.4.2 - Direito do Consumidor.....	52
III.4.3 - Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência.....	55
III.4.4 - Engenharia Genética.....	57
III.4.5 - Considerações Gerais.....	59
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

O processo civil hodierno é um processo civil de resultados. O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação ou da sentença de mérito, pois a tutela jurisdicional não reside na sentença, mas nos efeitos que o provimento projeta para fora do processo e sobre as relações entre as pessoas. Por isso, o processo civil não pode estar desligado do direito material, sob pena de tornar-se uma ciência sem qualquer vínculo com a realidade. Garantida constitucionalmente, a tutela jurisdicional só encontra efetividade quando se predispõe aos “consumidores” da jurisdição instrumentos capazes de garantir efeitos práticos adequados e tempestivos.

Com efeito, as tutelas prestadas pelos artigos 461 do CPC e 84 do CDC apresentam grande relevância na busca pela efetividade da tutela jurisdicional. As técnicas dos artigos citados podem permitir ao Estado-jurisdição propiciar resultados práticos bastante satisfatórios àqueles que procuram o Poder Judiciário. Isso ganha maior importância quando se pensa nos chamados novos direitos, que por sua natureza dificilmente são tutelados de forma efetiva pelo procedimento ordinário clássico.

Os novos direitos, categoria aberta e ainda sem definição precisa, são direitos que surgiram com a evolução do Estado e da sociedade. Sendo direitos inexistentes à época que se formou o processo civil clássico continental europeu, no qual se baseia o nosso sistema, este não dispõe de técnicas que os tutelem satisfatoriamente. São direitos geralmente de cunho não patrimonial, para os quais a tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia não se mostra efetiva, necessitando de meios que permitam uma tutela preventiva ou específica.

O presente estudo tem o objetivo de demonstrar a importância das tutelas dos artigos 461, do CPC, e 84, do CDC, na efetividade dos novos direitos.

Para tanto, o primeiro capítulo aborda a questão da efetividade da tutela jurisdicional, garantida pelo princípio da inafastabilidade e que pressupõe a

existência, no ordenamento, de mecanismos eficazes de interferência na vida dos jurisdicionados. O segundo capítulo trata das tutelas que podem ser conferidas através das técnicas dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC. Com a total compreensão da extensão dessas tutelas será possível compreender sua importância na efetivação de direitos de índole não patrimonial. Por fim, o terceiro capítulo se dedica aos novos direitos e sua tutela através dos mecanismos dos artigos supra citados, sempre tendo em vista a questão da efetividade da tutela conferida aos titulares desses direitos.

CAPÍTULO I – DA NECESSIDADE DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

I. 1 – AÇÃO PROCESSUAL E AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

Segundo Fábio Gomes¹, a doutrina processual tradicional teria resumido a ação de direito material a um *fazer agir* que corresponderia à atividade do titular do direito de desencadear a atividade jurisdicional do Estado. Essa doutrina teria imaginado um Direito Processual Civil totalmente desvinculado do Direito Material, ao ponto de a existência desse direito material depender do exercício da ação processual².

Conforme Luiz Guilherme Marinoni, a ação de direito material surge quando o exercício da pretensão de direito material não levar à satisfação do direito³. A ação de direito material seria, nesse sentido, o agir por meio do qual o titular do direito o realizará independente da vontade ou de qualquer outra conduta voluntária do obrigado. Dessa maneira, ação de direito material não se confunde com ação processual, sendo essa, na maioria das vezes, o meio através da qual aquela é veiculada. Esse fato vincula-se à compreensão histórica da proibição da autotutela privada e do monopólio da jurisdição pelo Estado, que diminuíram a possibilidade de exercício da ação de direito material sem a invocação da tutela jurisdicional⁴.

¹ GOMES, Fábio. **Carência de ação**: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47.

² SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 171-172.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 117.

⁴ Cf. Idem, *ibid.*, p. 117.

No contexto de desligamento entre Direito Processual e Direito Material, os processualistas teriam reduzido as ações e sentenças, quanto à sua eficácia, a apenas três: declaratórias, constitutivas e condenatórias. Essa limitação de eficácias dos provimentos jurisdicionais se daria porque o legislador do processo assim o quer, e não na perspectiva da pretensão de direito material que está sendo tutelada, ou seja, independentemente da natureza dos direito litigiosos, o provimento só teria eficácia ou constitutiva, ou declaratória ou condenatória⁵.

O Direito Processual, no entanto, não pode ser entendido de forma totalmente desvinculada do Direito Material. “A perspectiva de direito material possibilita o ajuste da ação processual às peculiaridades da pretensão de direito material”⁶. Fábio Gomes assevera que a suposição feita pela ciência processual de que o art. 75 do Código Civil estivesse revogado seria um “colossal equívoco”⁷, porque chegou-se a imaginar que a cada direito não haveria de corresponder uma ação. Apesar das bem fundamentadas críticas a tal artigo, por conta de sua conotação imanentista, não se pode subestimar sua importância. Barbosa Moreira sugere uma releitura sem preconceitos dessa norma, a fim de se extrair sonoridades modernas dessa antiga partitura⁸. Kazuo Watanabe lança a idéia de que se leia a norma como se estivesse escrito que a toda afirmação de direito corresponde uma ação, que o assegura, extirpando do texto, dessa maneira, qualquer conotação hoje ultrapassada⁹.

⁵ GOMES, op. cit., p. 50-51.

⁶ MARINONI, op. cit., p. 115.

⁷ GOMES, op. cit., p. 51.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. In: _____. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 208.

⁹ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 523-524.

I. 2 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição no Brasil, afirmando que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Para Luiz Guilherme Marinoni, essa norma constitucional não garante apenas o direito de ação, “mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva”¹⁰. Para o ilustre autor paranaense, não há como se imaginar que esse princípio garanta tão-somente uma resposta do juiz, independente de ela ser efetiva e tempestiva¹¹.

Cândido Rangel Dinamarco entende que para a obtenção da tutela jurisdicional, não basta o autor ostentar as condições da ação e demais requisitos puramente processuais ditados pela lei. Segundo ele, “o conceito e amplitude da tutela jurisdicional não coincidem com o conceito e amplitude do direito a obter o provimento de mérito (ação)”¹². Ter ação asseguraria ao autor apenas a obtenção do provimento de mérito, sem que este lhe seja necessariamente favorável, ou seja, o direito de ação não seria garantidor da tutela jurisdicional. No entanto, o autor admite que o vencido também recebe alguma tutela mediante o processo ou durante ele, mas essa não é a tutela jurisdicional plena, a qual é

¹⁰ MARINONI, Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: Tucci, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 218. No mesmo sentido, ver WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio F. (org.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20-21.

¹¹ MARINONI, Garantia..., p. 218.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. In: **Revista de Processo** 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 68.

reservada apenas a quem tenha razão segundo o direito material¹³.

Essa posição bate de frente com a preconizada por Luiz Guilherme Marinoni, pela qual “não há razão para diferenciar direito de ação de direito à adequada tutela jurisdicional, pois não é verdadeira a premissa de que só tem direito à adequada tutela jurisdicional aquele que tem direito material”¹⁴. Segundo ele, se é preciso garantir o direito ao procedimento adequado à tutela do direito, não se pode dizer que apenas quem está amparado pelo direito material tem direito à adequada tutela jurisdicional. Quem parte dessa premissa não estaria dando a amplitude necessária ao princípio da inafastabilidade, que garantiria a todos, amparados ou não pelo direito material, a tutela jurisdicional adequada¹⁵. Seria o mesmo que dizer que o direito de ação é garantido mesmo quando o procedimento for inefetivo.

A pretensão à adequada tutela jurisdicional é a pretensão a uma sentença que possa realizar a ação de direito material indicada. Importam, assim, os procedimentos, técnicas de cognição, provimentos e meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material. Como o juiz declara a inexistência do direito material após o autor valer-se do procedimento adequado à tutela do direito afirmado, isto é, “quando já permitiu ao autor realizar o seu direito à adequada tutela jurisdicional”¹⁶, não há como a sentença de improcedência retirar esse direito do autor.

Cândido Dinamarco, ressaltando a prevalência da instrumentalidade do processo frente ao direito material, ressalta que a tutela jurisdicional deve ser dada às pessoas, e não ao direito. Afirma que a tutela jurisdicional não se exaure

¹³ Idem, *ibid.*, p. 64-66.

¹⁴ MARINONI, *Novas Linhas...*, p. 122-123.

¹⁵ Idem, *ibid.*, p. 123.

¹⁶ Idem, *ibid.*, p. 124.

na proteção a direitos, muito embora em muitos casos se tutelem as pessoas mediante o resguardo de seus direitos subjetivos. Em se tratando do sistema processual, conclui que é legítimo cuidar da tutela aos instrumentos na medida em que se predisponham meios destinados à efetiva tutela do homem¹⁷.

Não obstante a divergência acima delineada entre dois grandes doutrinadores do processo civil, que diz respeito ao momento de aplicação e extensão da tutela jurisdicional, ambos são unânimes em afirmar a necessidade do Estado de construir procedimentos adequados às características dos direitos substanciais e às posições sociais dos litigantes. Isso porque, ao que nos parece, enquanto Dinamarco utiliza um conceito mais tradicional de tutela jurisdicional, ainda preocupado com a antiga concepção individualista de tutela dos direitos, Marinoni tem uma noção moderna de tutela jurisdicional, a qual evidencia a perspectiva do consumidor. Essa, é perspectiva daquele que precisa da atuação jurisdicional do Estado e para quem ela é exercida¹⁸. Esse enfoque adota como referencial as situações de direito substancial em que deverá atuar a jurisdição, não havendo mais a arraigada vinculação da tutela ao direito¹⁹. Essa idéia de preocupar-se não com o direito subjetivo em si, mas com real situação conflituosa, está tão ou até mesmo mais preocupada com o homem que a concepção de Dinamarco, não havendo – como à primeira vista haveria de parecer – uma abismal discrepância no pensamento dos dois mestres, principalmente no que tange à necessidade de tutela jurisdicional efetiva e adequada à pretensão de direito material.

Logo, a técnica processual deve preocupar-se em trazer instrumentos efetivos à tutela jurisdicional das situações substanciais e, por conseguinte, do

¹⁷ DINAMARCO, Tutela... , p. 71-73.

¹⁸ Cf. TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

¹⁹ Idem, *ibid.*, p. 26.

homem. Nesse sentido de valorização das pessoas e não do direito em si, uma interpretação extensiva do princípio da inafastabilidade traz grande contribuição, vez que garante uma tutela adequada ao direito afirmado, com as técnicas inerentes a uma tutela efetiva, tendo em vista a realidade do direito material.

I. 3 – A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

O problema da efetividade da tutela jurisdicional vem sendo, já há algum tempo, um dos focos de preocupação dos modernos processualistas.

Barbosa Moreira, em estudo datado de 1981, já ressaltava a crescente preocupação com a efetividade do processo²⁰. O renomado processualista centralizava seu foco de atenção, entre outras questões, na necessidade do processo de dispor instrumentos de tutela adequados a todos os direitos contemplados no ordenamento jurídico e de proporcionar à parte vitoriosa “o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento”²¹, quando então já fazia forte crítica ao binômio sentença condenatória e ação executiva²².

Ovídio Baptista da Silva aduz que a tendência moderna “orienta-se no sentido de dar maior relevância à efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, com o correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena”²³.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que quando o Estado proibiu a

²⁰MOREIRA, op. cit., p. 27.

²¹ Idem, ibid., p. 27-28.

²² Idem, ibid., p. 38-41.

²³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13.

autotutela privada, “assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos”²⁴. A inexistência de uma tutela adequada a determinada situação conflitiva corresponderia à própria negação da tutela a que o Estado se obrigou quando chamou a si o monopólio da jurisdição²⁵. Por isso, é necessária a estruturação de procedimentos capazes de fornecer a tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material, ou seja, “procedimentos que possibilitem resultado igual ao que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais”²⁶. A tentativa de universalização do procedimento ordinário, assim, seria incompatível com o direito à adequada tutela jurisdicional, pois não proporciona a realização satisfatória de uma gama de direitos no plano da realidade social. Exige-se, portanto, a preordenação de procedimentos (técnicas processuais) adequados às situações carentes de tutela para realizar-se o direito de acesso à justiça²⁷.

Dinamarco aduz que a efetividade do processo “significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade”²⁸. O doutrinador indica quatro aspectos fundamentais de interesse nas suas investigações sobre o problema da efetividade, dentre os

²⁴ MARINONI, A *antecipação da tutela*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 20.

²⁵ MARINONI, *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 66.

²⁶ MARINONI, *A antecipação...*, p. 21.

²⁷ MARINONI, *Efetividade...*, p. 6-7.

²⁸ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 386.

quais encontra-se “o modo-de-ser do processo”²⁹, que diz respeito ao propósito de operacionalidade do sistema. Afirma, então, que “o procedimento há de aperfeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio, mediante a aplicação do princípio da adaptabilidade”³⁰, para permitir que flua com eficiência e celeridade o exercício correto da jurisdição, da ação e da defesa, sem trazer prejuízo substancial ao clima de segurança que impera nas atividades judiciais.

Nesse sentido, depreende-se a necessidade de se pensar em termos de técnica processual, a fim de que se possa disponibilizar aos “consumidores da jurisdição” instrumentos adequados à tutela do direito material. O processo civil hodierno deve ser um processo civil de resultados, que não se satisfaça com a mera garantia da ação ou da sentença de mérito. A tutela jurisdicional não reside na sentença por si só, mas nos efeitos que o provimento projeta para fora do processo e nas relações entre as pessoas.

Os provimentos especiais constantes nos artigos 461, do CPC, e 84, do CDC, configuram-se como mecanismos da maior importância para uma tutela jurisdicional efetiva, principalmente quando se pensa em direitos não patrimoniais, que não se satisfazem com o ressarcimento em pecúnia. Os direitos não patrimoniais não são tutelados de forma efetiva pela sentença condenatória³¹. Os artigos acima citados trazem mecanismos de tutelas diferenciadas do procedimento ordinário e que são de grande valia na efetividade dos chamados “novos direitos”, impossíveis de ser assegurados apenas pela técnica da tutela ressarcitória.

²⁹ Os outros três aspectos seriam a admissão em juízo, a justiça das decisões e a sua utilidade. (DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 390)

³⁰ DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 416.

³¹ Cf. MARINONI, *Tutela específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38-40.

CAPÍTULO II – AS TUTELAS DOS ARTIGOS 461 DO CPC E 84 DO CDC

II. 1 – O SENTIDO DE “OBRIGAÇÕES” NO ART. 461

Juridicamente, o termo “obrigação” possui um sentido próprio, ainda muito discutido na doutrina. A “obrigação” seria apenas uma das categorias do “dever jurídico”. Tradicionalmente ela constitui uma das quatro categorias das relações jurídicas de direito privado, ao lado dos direitos reais, direitos de família e direitos de sucessões. “Seu ponto nuclear caracteriza-se ‘pela instauração de prestações consistentes em condutas humanas devidas’, originadas de negócios jurídicos, do regime da responsabilidade civil ou da rejeição ao enriquecimento sem causa”³².

O “dever jurídico”, por sua vez, seria “a imposição jurídica da observância de determinado comportamento ativo ou omissivo, passível de ser resguardado por sanção”³³. É um conceito notadamente mais amplo que o de “obrigação”, sendo que este é englobado por aquele.

O art. 461, *caput*, do CPC, com redação determinada pela Lei nº 8.952/94, dispõe o seguinte:

“Art. 461. Na ação que tenha 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.”

Em uma leitura apressada da norma, poderia se supor que tal artigo,

³² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25, citando JUSTEN FILHO, Marçal. *Sujeição passiva tributária*. Belém: Cejup, 1986, n. 5, p. 78-79.

³³ TALAMINI, op. cit., p. 126.

assim como o art. 84 do CDC, permite apenas a tutela das “obrigações” propriamente ditas. Como bem percebe Marinoni, tal interpretação conduziria ao absurdo, uma vez que o art. 84 do CDC está inserido num sistema de tutela coletiva de direitos, incompatível, portanto, com a mera tutela das “obrigações”³⁴.

Na verdade, o sistema de tutelas estabelecido a partir do art. 461 estende-se a todos os “deveres jurídicos” cujo objeto será um fazer ou um não fazer³⁵. Não haveria sentido a lei deixar de dar essa proteção às situações de deveres não obrigacionais, que são as que sentem com maior intensidade as deficiências do regime tradicional. Na lição de Kazuo Wanatabe, o dispositivo cuida “não somente de obrigações de fazer ou não fazer de origem *negocial* como também de deveres *legais* de abstenção, tolerância, permissão ou prática de fato ou ato”³⁶. Além disso, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor contêm enunciados que basicamente repetem o art. 461, do CPC, e constituem diplomas que “têm em mira principalmente a realização de direitos sem índole patrimonial”³⁷.

O art. 461 do CPC, assim como as normas de igual conteúdo ao seu, disponibilizou aos operadores do direito técnicas capazes de permitir a prestação da tutela jurisdicional efetiva e adequada ao direito material. Destarte, essas normas devem ser compreendidas como normas que permitem ao juiz impor um fazer ou um não fazer, sob pena de multa, e determinar uma modalidade executiva que assegure o resultado prático equivalente ao do adimplemento, sem

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 71.

³⁵ Cf. TALAMINI, op. cit., p. 127.

³⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio F. (org.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 41.

³⁷ TALAMINI, op. cit., p. 128.

a necessidade da propositura de uma ação de execução³⁸.

O novíssimo art. 461-A do CPC, acrescido pela Lei nº 10.444/2002, já não traz essa controvérsia, uma vez que não fala em “ação que tenha objeto o cumprimento de obrigação”, mas apenas em “ação que tenha por objeto a entrega de coisa”, com o que é indiscutível sua aplicação ao deveres jurídicos de conteúdo não obrigacional.

II. 2 – A TUTELA INIBITÓRIA

A tutela inibitória “objetiva conservar a integridade do direito, evitando sua degradação em indenização em pecúnia”³⁹. Ela é instrumentalizada através de uma ordem jurisdicional que impõe um fazer ou um não fazer sob pena de multa, voltada a evitar a prática, a continuação ou a repetição de um ilícito.

A tutela inibitória não encontra fundamento no art. 461 do CPC. No entanto, essa norma dispõe do instrumental adequado a propiciar uma adequada tutela preventiva⁴⁰, sendo por isso que seu estudo deve ser feito juntamente com as demais tutelas do art. 461. Segundo Eduardo Talamini, a tutela jurisdicional destinada a concretizar adequadamente sanções preventivas deve desenvolver-se mediante provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*⁴¹, encontrando-se a tutela inibitória entre os primeiros e, como veremos, a tutela preventiva executiva entre os segundos. A tutela inibitória tem fundamento constitucional, haja vista o art. 5º, XXXV, que garante o direito à adequada tutela jurisdicional e, por

³⁸ Cf. MARINONI, *Tutela específica...*, p. 71-79.

³⁹ *Idem*, *ibid.*, p. 82

⁴⁰ Para Kazuo Watanabe, as demandas preventivas, por prevenirem a violação, são mais eficazes que as demandas repressivas (WATANABE, *Tutela antecipatória...*, p. 42)

⁴¹ TALAMINI, *op. cit.*, p. 221.

conseqüência, o direito à tutela preventiva. Segundo Marinoni, “é possível afirmar até mesmo que a inserção da locução ‘ameaça a direito’ na nova verbalização do princípio da inafastabilidade teve por fim deixar claro que a tutela preventiva é constitucionalmente garantida”⁴². Para o doutrinador paranaense, um princípio geral de prevenção seria imanente a qualquer ordenamento jurídico que se empenhe em garantir direitos⁴³. A existência de um direito constitucional à tutela preventiva teria o intuito de obrigar o legislador ordinário a predispor procedimentos adequados à tutela dos direitos e também de vincular os operadores jurídicos à leitura das normas infra constitucionais à luz do princípio da inafastabilidade⁴⁴.

“A suposição de que a tutela inibitória coloca em perigo o direito de liberdade deita raízes em uma visão superada de Estado, em que se sacraliza o princípio da autonomia da vontade”⁴⁵. Não se pode admitir que alguém tenha sua vontade cerceada quando está pronto a praticar um ilícito, principalmente quando se tem em mente as conseqüências nefastas que um ilícito pode ter em se tratando de direitos não patrimoniais. A modalidade mais pura da tutela inibitória é aquela em que a interferência judicial se dá antes prática de qualquer ilícito. Negar essa possibilidade seria reconhecer o direito à prática de ilícitos e danos, o que comprometeria o próprio conceito de norma jurídica⁴⁶ e negaria aos jurisdicionados o direito a uma tutela efetiva por parte do Estado.

A tutela inibitória é voltada a impedir o ilícito, independente do dano eventualmente provocado, o qual, por conseguinte, não figura entre seus

⁴² MARINONI, **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

⁴³ Idem, *ibid.*, p. 62.

⁴⁴ Idem, *ibid.*, p. 67-68.

⁴⁵ Idem, **Tutela específica...**, p. 85.

⁴⁶ Idem, *ibid.*, p. 87.

requisitos. A doutrina civilista brasileira, baseada nas relações jurídicas do final do séc. XIX, quando “não se percebia a existência de direitos que não podiam ser adequadamente tutelados mediante a via ressarcitória”⁴⁷, coloca entre os pressupostos do ilícito civil o fato danoso⁴⁸. Contudo, o dano não é pressuposto do ilícito e com ele não se confunde. O ilícito consiste em ato contrário ao direito, que pode ou não provocar um dano. Logo, a tutela inibitória pode ser requerida independente do dano eventualmente provocado pelo ilícito, não podendo ser objeto de alegação, prova ou cognição por parte do juiz. O mesmo ocorreria com o dolo e a culpa, que são meros critérios para a definição da responsabilidade.⁴⁹ Assim, para a tutela inibitória basta a probabilidade de prática do ilícito, ou de sua continuação ou repetição.

A tutela inibitória pode consistir em uma ordem de fazer (tutela inibitória positiva, nos moldes da *mandatory injunction*) ou em uma ordem de não fazer (tutela inibitória negativa, como a *prohibitory injunction*), pois o ilícito pode se concretizar tanto em condutas comissivas quanto em condutas omissivas, sendo imprescindível a existência de uma inibitória que imponha um fazer.

Consoante a redação dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, o juiz pode impor multa diária ao réu independente de pedido do autor, caso for suficiente ou compatível com a obrigação. Essas normas trazem, portanto, uma exceção ao princípio da congruência, estabelecido pelo art. 460 do CPC, segundo o qual a sentença deve ficar adstrita ao pedido e não pode ter natureza diversa da

⁴⁷ Idem, *ibid.*, p. 25.

⁴⁸ Cf. GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 313-314.

⁴⁹ Segundo Marinoni, o juiz “não pode indagar sobre dano ou culpa quando está diante de um pedido de tutela inibitória antecipada ou final. O eventual dano somente tem relevo, na inibitória, quando se destina a evidenciar a prática do próprio ilícito, o que somente ocorre nos casos em que há uma identidade cronológica entre o ilícito e o dano.” (MARINONI, *Tutela específica...*, p. 90)

solicitada.⁵⁰ Nos casos de tutela inibitória, o juiz poderá, portanto, impor multa mesmo quando o pedido for meramente declaratório, desde que a ação seja destinada, segundo a causa de pedir, a evitar o ilícito, sua repetição ou continuação. Mais que isso, o juiz, diante de um pedido de tutela específica da obrigação, pode conceder – além da própria tutela específica – um resultado prático equivalente ao do adimplemento ou mesmo ordenar um fazer ou um não fazer diverso do solicitado, sempre tendo em mente a tutela necessária à obrigação (ou melhor, ao dever jurídico) no plano do direito material. É a idéia de que o juiz deve ter o poder decisório suficiente para garantir a adequada e efetiva tutela do direito.

Desta forma, encontramos sempre como limite para a atuação do juiz, na conversão de uma obrigação em outra, a obrigação originária, não lhe cabendo “conceder uma tutela que implique um resultado que não esteja na própria obrigação originária”⁵¹. Outro limite da atuação do juiz seria o princípio da necessidade, que traz a idéia de proibição do excesso, pois o direito deve ser tutelado através do meio mais idôneo, utilizado de modo a causar a menor restrição possível à esfera jurídica do réu. É a aplicação adaptada do art. 620 do CPC, que determina que a execução seja feita, sem prejuízo da efetividade, pelo meio menos gravoso para o devedor⁵². Assim, para se conceder um meio de tutela diferente do solicitado, é necessário a existência de contraditório prévio bastante para o convencimento do juiz acerca do meio mais idôneo para a tutela do direito, havendo a possibilidade do juiz determinar, de ofício, prova apta a esclarecer a forma mais adequada de tutela.⁵³

⁵⁰ Ver WATANABE, Tutela antecipatória..., p. 43.

⁵¹ MARINONI, Tutela inibitória..., p. 124.

⁵² Cf. WATANABE, Tutela antecipatória..., p. 44.

⁵³ Cf. MARINONI, Tutela específica..., p. 98-99.

O mesmo se aplica ao caso de tutela antecipatória na ação inibitória. Se o juiz pode conceder tutela inibitória final diferente da pedida, também o pode fazer na concessão da tutela antecipada, desde que adequada à obrigação originária e rente ao princípio da necessidade. Marinoni chega a afirmar que “a consequência de se dar ao juiz o poder de conceder tutela diversa da pedida é o seu dever de conceder tutela antecipatória diversa da pedida para que o direito seja tutelado através da imposição do menor risco possível ao demandado”⁵⁴. Como a tutela inibitória é dirigida contra o ilícito, para a concessão de sua tutela antecipada basta o fundado receio do ilícito, não requerendo a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. No caso de tutela inibitória antecipada causar risco de dano irreversível ao réu, deve o juiz fazer uma ponderação dos bens em jogo no caso concreto, avaliando-se também o dano que pode ser causado ao direito do autor no caso de prática, continuação ou repetição do ilícito objeto da inibitória.⁵⁵ Humberto Theodoro Junior afirma que irreversibilidade deve ser interpretada como linha de princípio, não como vedação intransponível. “Se o risco de lesão corrido pelo direito do autor também apontar para o dano irreparável, se consumado, o juiz terá de fazer um balanço entre as duas situações de perigo para decidir qual delas tutelar.”⁵⁶

A imposição da tutela inibitória se dá através de uma ordem, sob pena de multa. Assim, a multa constitui um meio processual de coerção indireta, voltado a dar efetividade às ordens do juiz. Ela não possui natureza indenizatória e a determinação de seu valor dependerá de uma análise da capacidade econômica do réu, para que não seja conveniente ao réu suportá-la invés de obedecer a ordem jurisdicional.

⁵⁴ Idem, *ibid.*, p. 104.

⁵⁵ Cf. Idem, *ibid.*, p. 103, e **Tutela inibitória...**, p. 156-159.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer. In: **Revista de Processo** 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

“A cominação da multa de periodicidade *diária* só é adequada quando se está diante de deveres de fazer e de não fazer cuja violação não se exaure em um único momento.”⁵⁷ Dessa forma, em se tratando de tutela inibitória, a multa diária só seria eficiente em casos de ilícito continuado, mas não quando se teme a prática ou a repetição do ilícito. Para tais situação, portanto, será lícito ao juiz a imposição de uma multa de valor fixo, que incidirá uma única vez, se e quando houver a violação⁵⁸. É evidente que a “multa fixa” deve ser valorada de forma diferente da “multa diária”, de maneira mais significativa, para que possa convencer o réu a adimplir. No caso de ilícito continuado, o valor da multa diária pode ser fixado em forma progressiva, já que se admite a possibilidade de resistência do demandado, e um valor que aumente progressivamente terá maior eficiência na persuasão.

A multa fixada na tutela antecipatória tem eficácia imediata, visto que essa decisão produz efeitos imediatamente. Caso interposto recurso de agravo recebido em efeito suspensivo, suspende-se também a eficácia da multa. O mesmo ocorre quando a sentença impõe a multa e o recurso de apelação é recebido no duplo efeito⁵⁹. Entretanto, se a apelação for recebida apenas no efeito devolutivo, a multa passa a produzir efeitos a partir do momento em que o recurso é recebido.

A doutrina, todavia, diverge quanto à possibilidade de cobrança da multa antes do trânsito em julgado da sentença. Para Candido Dinamarco⁶⁰ e Ada

⁵⁷ TALAMINI, op. cit., p. 236. (grifo no original)

⁵⁸ Cf. TALAMINI, op. cit., p. 237, e MARINONI, *Tutela específica...*, p. 108, e *Tutela inibitória...*, p. 177. No caso do provimento voltado contra a repetição de ilícito, não sendo respeitado pelo réu, pensa-se na hipótese em que a multa fixa incide mais de uma vez.

⁵⁹ Cf. THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 32-33.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido. *A reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 158.

Pellegrini Grinover⁶¹, a multa somente se tornaria exigível após o trânsito em julgado da sentença definitiva. Para Luiz Guilherme Marinoni, a coerção da multa está na ameaça do pagamento e não na cobrança do valor da multa, devendo aguardar-se a coisa julgada para exigir-se o valor.⁶² O réu somente não se sentiria coagido a cumprir a ordem quando tiver muita certeza de que o julgamento em última instância lhe será favorável. Sendo assim, nos casos em que a tutela antecipatória impõe a pena de multa, mas o provimento final é favorável ao réu, as eventuais multas do réu não poderiam ser cobradas pelo autor. “Não parece correto admitir que aquele que resultou vitorioso no processo deva pagar por não ter cumprido decisão que ao final não prevaleceu”⁶³. Isso implicaria em um favorecimento indesejável ao autor que, ao final da cognição exauriente, não tinha razão.

Por outro lado, Humberto Theodoro Júnior afirma que a multa estipulada em antecipação de tutela deve ser exigível de pronto, atentando para o caráter provisório de eventual execução. *In verbis*: “Parece-me que se o juiz usou a multa como expediente para forçar o cumprimento imediato da prestação de fazer, não se deve recusar sua exigibilidade também imediata.”⁶⁴ Essa também é a posição de Eduardo Talamini, para quem “a ameaça de pronta afetação do patrimônio do réu através da execução do crédito da multa é o mais forte fator de influência psicológica”⁶⁵ para impelir o demandado ao cumprimento da obrigação. O eminente professor acrescenta que caso, posteriormente, fique decidido que o

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, *Revista de Processo* 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 71.

⁶² MARINONI, Tutela inibitória..., p. 182-183.

⁶³ Idem, Tutela específica..., p. 110. Ver também Idem, Tutela inibitória..., p. 181-183.

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 28.

⁶⁵ TALAMINI, op. cit., p. 254.

autor não tinha direito à tutela, o crédito derivado da multa ficará sem efeito ou terá que ser devolvido, caso o demandante já o tenha recebido.⁶⁶

Por fim, resta acrescentar que a multa não é o único meio de coerção indireta de que o juiz poderá se valer para a imposição da ordem judicial nas tutelas prestadas através dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC. Até porque as medidas processuais coercitivas não configuram o aspecto essencial do provimento mandamental, mas sim a ordem voltada diretamente à parte.⁶⁷ Nas palavras de Pontes de Miranda, “a ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz manda”⁶⁸. Lembre-se que existe uma pena natural para o descumprimento de uma ordem judicial, que é configuração do crime de desobediência. Ademais, com base no § 5º das normas ora em análise, o juiz poderá impor outros meios de coerção indireta destinados a acompanhar a ordem, além da multa prevista de maneira expressa no § 4º. Eduardo Talamini cita o exemplo de “divulgação diária em veículos de comunicação de nota emitida pelo órgão jurisdicional, informando ao público que o réu está descumprindo ordem judicial”⁶⁹, como forma de pressão sobre o demandado.

II. 3 – A TUTELA PREVENTIVA EXECUTIVA

Além da técnica de coerção indireta, própria da tutela inibitória, é possível a utilização de meios de sub-rogação durante o processo de

⁶⁶ Cf. Idem, *ibid.*, p. 254-255.

⁶⁷ Cf. Idem, *ibid.*, p. 191.

⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 3.

⁶⁹ Talamini, *op. cit.*, p. 263.

conhecimento para evitar a prática ou a repetição do ilícito. Esse tipo de tutela, que prescinde da vontade do demandado, é designada tutela preventiva executiva. Sua imposição pode se dar, por exemplo, impedindo-se, através da força, a ação do réu, ou nomeando-se terceiro para exercer as funções reservadas àquele que tem o poder para praticar o ato ilícito dentro de uma pessoa jurídica.

Assim como a tutela inibitória, a tutela preventiva executiva é corolário do direito à adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF). Ela “funda-se na necessidade de se conferir ao cidadão tutela capaz de impedir a violação de seu direito”⁷⁰. Em vista de seu modo de atuação, deve ser utilizada com maior cautela em relação à tutela que se realiza com a coerção indireta. No entanto, a tutela preventiva executiva não deixa de ser legítima, principalmente quando percebe-se que o réu não se deixará quedar mediante a ameaça de multa ou não detém patrimônio para sentir-se ameaçado.

O art. 461 do CPC, assim como o art. 84 do CDC, prevê a possibilidade do juiz valer-se de mediadas executivas (meios subrogatórios ou de coerção direta) suficientes para impedir a repetição de um ilícito já praticado, ou impedir a prática de um ilícito ainda que nenhum ato contrário ao direito tenha sido anteriormente cometido. O juiz detém ampla margem de poder na determinação do meio executivo mais adequado a impedir a atividade nociva, podendo (devendo) conceder a “medida necessária” mesmo em caráter antecipatório. O § 5º do art. 461, CPC, ao descrever uma série dessas “medidas necessárias”, não impôs ao juiz um rol *numerus clausus*. Ao contrário, apenas exemplificou determinadas medidas que podem ser tomadas pelo juiz, o que é evidente pelo uso da expressão “tais como”.⁷¹

⁷⁰ MARINONI, Tutela específica..., p. 124

⁷¹ Ver, entre outros, TALAMINI, op. cit., p. 264-267, THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 30 e ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e obrigações de fazer e de não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 467-468.

A tutela preventiva executiva pode ser empregada tanto para evitar uma ação quando para impedir uma omissão. Seu uso deve se dar de modo a causar o menor prejuízo possível ao demandado. Na sentença executiva *lato sensu*, em caso de procedência da ação, o juiz determinará a modalidade executiva capaz de permitir a efetiva tutela do direito do autor, levando em conta o art. 620 do CPC, apesar dessa modalidade de provimento judicial independer de um processo de execução para efetivar-se. Nas palavras de Marinoni, “a prevenção, se é absolutamente necessária para a tutela dos direitos, notadamente quando é realizada através de meios de coerção direta, deve ocorrer do meio mais idôneo, que é aquele que permite a tutela do direito do modo menos gravoso à esfera jurídica do réu”⁷². Humberto Theodoro Júnior diz que a escolha e a delimitação do alcance da medida sub-rogação deverão dar-se dentro dos padrões ditados pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que não submetam o devedor a constrangimentos injustificáveis.⁷³

A tutela preventiva executiva, diferente da tutela inibitória, implica em uma interferência na esfera jurídica do réu de tal maneira que não lhe é permitido, voluntariamente, não praticar o ato temido. Devido a essa gravidade, somente se deve dar preferência à tutela executiva preventiva quando a tutela inibitória mostra-se insuficiente a proporcionar a devida tutela do direito do autor. São casos em que, por exemplo, supõe-se que a imposição de multa não será capaz de compelir o réu a adimplemento voluntário, ou quando a necessidade de prevenção não permita a espera do tempo necessário à efetivação da ordem sob pena de multa. Isso, porém, não significa que o autor da ação preventiva executiva deva provar que a tutela inibitória não se mostra adequada ao caso concreto. A tarefa de determinação do meio mais idôneo de tutela é incumbida ao juiz, que detém o poder de proferir sentença mandamental no lugar

⁷² MARINONI, *Tutela específica*, p.128.

⁷³ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 33.

de uma pleiteada sentença executiva *lato sensu*, ou vice-versa. Assim, com base em um contraditório suficiente e atento aos princípios da efetividade e da necessidade, o juiz pode (deve) proferir uma sentença com eficácia diferente da do pedido, quando esta não permitir a tutela efetiva do direito ou não for a que cause o menor gravame à esfera jurídica do réu.⁷⁴

Em determinados casos, quando não se puder esperar o tempo necessário para a prolação da sentença, a tutela preventiva executiva deverá ser dada de forma antecipada. A tutela preventiva antecipada não exige receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bastando a probabilidade de que a ação temida seja ilícita e que realmente seja provável. O *caput* do art. 461 parece condicionar a determinação de medidas que levem ao “resultado prático equivalente”, ou seja, medidas em que o resultado final é obtido através de terceiros⁷⁵, ao julgamento de procedência da ação. Tal interpretação advém de uma leitura isolado do dispositivo, não compatível com os demais parágrafos da norma e com o sistema processual como um todo, haja vista a consagração do “poder geral de antecipação”, no art. 273 do CPC. Ademais, em diversas situações a antecipação de medidas sub-rogatórias será a única forma de se resguardar a possibilidade de obtenção do resultado específico, para que não haja conversão em perdas e danos.⁷⁶

É possível, também, a concessão de tutela antecipada diferente da

⁷⁴ Nesse sentido, ver MARINONI, *Tutela específica...*, p. 130-131, e TALAMINI, op. cit., p. 281-282 e 403-406. Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior afirma que “as medidas do § 5º do art. 461 só se deferem a requerimento da parte. (...) somente quando a lei as tenha autorizado expressamente, como fez em relação às *astreintes* (§ 4º), é que se terá o juiz como autorizado a tomá-las *ex officio*.” (THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 33). Assim, se pleiteada uma sentença executiva *lato sensu* o juiz poderia conceder provimento mandamental, com base no § 4º do art. 461, mas o contrário, como regra geral, não seria possível.

⁷⁵ Ver o sentido, na lei, das expressões “tutela específica” e “resultado prático equivalente” em TALAMINI, op. cit., p. 223-227.

⁷⁶ Nesse sentido, ZAVASCKI, op. cit., p. 476-477, e TALAMINI, op. cit., 288-289.

requerida. “Verificando o juiz que a tutela antecipada solicitada não é aquela que traz o menor risco de dano ao réu, cabe a ele determinar outra que, igualmente tutelando o direito do autor, cause ao réu o menor gravame possível”⁷⁷.

II. 4 – A TUTELA REINTEGRATÓRIA (DE REMOÇÃO DO ILÍCITO)

A tutela reintegratória é aquela dirigida a eliminar uma situação de ilicitude através de medidas sub-rogatórias, restabelecendo a situação anterior ao ato contrário ao direito ou estabelecendo a situação que deveria estar vigorando caso a norma tivesse sido observada. Difere, portanto, da tutela ressarcitória, que é aquela destinada a reparar o dano provocado pelo ilícito, ou seja, que visa estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido. Há casos em que atos contrários ao direito, embora não produzindo danos, devem ser eliminados, utilizando-se a tutela reintegratória.

Conforme já demonstrado, a tutela inibitória é apta para impedir a continuação de um ilícito, impondo ao demandado um fazer ou um não fazer sob pena de multa. “Porém, a tutela inibitória não elimina, por si só, o ilícito, ao passo que a tutela reintegratória elimina a situação de ilicitude independente da vontade do réu”⁷⁸.

A tutela reintegratória não leva em consideração o dano, não se importando com os critérios de imputação da responsabilidade pelo dano (culpa e dolo). Caso o ilícito tenha provocado dano, o meio viável para a reparação será a ação ressarcitória. Por isso, no caso de deferimento de tutela antecipatória de remoção de ilícito, não há que se cogitar em probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, bastando a probabilidade de manutenção da situação

⁷⁷ MARINONI, *Tutela específica...*, p.132.

⁷⁸ *Idem*, *ibid.*, p. 136.

contrário ao direito. É inegável a necessidade do provimento antecipatório na ação reintegratória, pois não há como obrigar o autor a suportar a ilicitude durante o tempo despendido para a realização do contraditório pleno, havendo fundamento legal no § 3º dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC.⁷⁹

Interpretando-se o art. 5º, XXXV, da CF, não se deve negar a possibilidade de uma tutela jurisdicional contra o ilícito, independente do dano eventualmente produzido. “Quem supõe que a única sanção do ilícito é a ressarcitória não percebe a distinção entre ilícito e dano e a necessidade de isolar uma tutela capaz de eliminar uma situação de ilicitude.”⁸⁰ Assim, os artigos 461, do CPC, e 83, do CDC, abrem a oportunidade do juiz conceder medida capaz de permitir, independente da vontade do demandado, tutela de um direito que depende do cumprimento de um fazer ou um não fazer, dando ensejo a uma tutela executiva *lato sensu*, permitindo uma efetiva tutela de remoção do ilícito.

Poderá haver tutela de remoção de ilícito nos casos de omissão ilícita, atividade ilícita e ato ilícito de eficácia continuada. Essa tutela também se submete ao princípio de que a tutela do direito deve se dar do meio mais idôneo, que é aquele que se dá do modo menos gravoso para o réu, ou seja, que causa a menor restrição possível na esfera jurídica do réu. Ressalte-se que o juiz está autorizado a promover instrução suficiente para a descoberta do modo mais adequado para a tutela do direito. Caso a providência requerida mostrar-se excessivamente gravosa ao réu, poderá o juiz, conforme os poderes lhe outorgados pelos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, conceder providência diversa da requerida, se for a mais idônea para a tutela do direito. “Caberá à sensibilidade do juiz optar entre as *astreintes*, cumulá-las com medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento, ou decidir pela

⁷⁹ Aqui vale o que foi reportado no item anterior sobre o provimento antecipatório na tutela preventiva executiva.

⁸⁰ MARIONI, *Tutela específica...*, p.138.

tomada imediata e exclusivas destas.”⁸¹ Esse poder constitui exceção ao princípio de que a sentença deve ficar adstrita ao pedido. “Exatamente porque esses artigos permitem ao juiz impor a multa, ou determinar a medida necessária, de ofício, o juiz está autorizado a conceder tutela inibitória no lugar de tutela de remoção do ilícito e vice-versa.”⁸²

Justifica-se a concessão de tutela de remoção de ilícito no lugar da inibitória quando se tem a demonstração de que o demandado não será constringido pela multa (no caso de réu insolvente, por exemplo) ou quando a necessidade de remoção do ilícito não permitir a espera do tempo necessário à efetivação da ordem inibitória. Em circunstâncias diversas, a tutela destinada a ordenar o réu a fazer sob pena de multa é sempre mais adequada, devendo ser preferida pelo juiz, afora a hipótese em que o pedido do autor é realmente de medida executiva e isso não gerar conseqüências de gravidade insuportável para o réu.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado no caso de antecipação de tutela, pois se o juiz pode conceder tutela final diversa da requerida, nada impede que o faça já no provimento antecipatório. Essa possibilidade assume grande relevo nos casos em que haja temor que a tutela antecipatória possa causar grave dano ao réu. O juiz poderá conceder tutela diversa da solicitada, mesmo em caráter antecipatório, desde que seja capaz de conferir tutela efetiva e adequada ao direito. Contudo, nos casos em que a concessão de tutela antecipada, mesmo diversa da solicitada, causar dano irreversível ao réu, é necessário ao juiz uma

⁸¹ GRINOVER, Tutela Jurisdicional das Obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio F. (org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 41, p. 259-260.

⁸² MARINONI, *Tutela específica...*, p. 145. Para Humberto Theodoro Júnior, no entanto, as medidas necessárias (§ 5º do art. 461) só se deferem a requerimento da parte. (THEODORO JÚNIO, op. cit., p. 33)

ponderação aprofundada sobre os valores em jogo.⁸³

A imposição da tutela executiva *lato sensu*, pelo uso da coerção direta, significa um provimento mais ágil e rápido que o do binômio sentença condenatória e processo de execução. Desta forma, no caso de o juiz determinar um fazer ou um desfazer por terceiro, às custas do demandado, não é lógico que se observem cegamente as normas das execuções de fazer (artigos 632 a 641, do CPC), exceto quando compatíveis com as necessidades de celeridade e efetividade da tutela. Em outras palavras, o juiz não está obrigado a seguir o procedimento do processo de execução de fazer em se tratando de ação executiva *lato sensu*, pois esta perderia sua adequação à tutela do direito lesado. Para Ada Pellegrini Grinover, “se for possível ao juiz aplicar o regime da providências subrogatórias, não haverá necessidade de processo de execução, salvo na hipótese de essas medidas restarem frustradas”⁸⁴. Assim, se é evidente que se deve dar oportunidade para o réu impugnar o projeto apresentado para o cumprimento do fazer, em vista do princípio constitucional do contraditório, é dispensada a exigência de licitação por oferta pública por ser incompatível com o uso da coerção direta. O juiz deve indicar logo na sentença pessoa habilitada a promover o fazer ou desfazer às custas do demandado.

II. 5 – A TUTELA RESSARCITÓRIA

A tutela ressarcitória é aquela que se relaciona com o dano, exigindo – via de regra – a presença de culpa ou dolo. Tradicionalmente, por conta de uma visão patrimonialista do direito, essa tutela sempre foi relacionado com o ressarcimento em pecúnia. Hoje, porém, sabe-se que a melhor forma de tutela contra o dano é aquela que permite a reparação na forma específica, principalmente quando se pensa em direitos não patrimoniais, casos em que a

⁸³ Cf. MARINONI, *Tutela específica...*, p.148.

⁸⁴ GRINOVER, *op. cit.*, p. 265.

tutela prestada em dinheiro é absolutamente inadequada para reparar satisfatoriamente o dano⁸⁵.

A tutela ressarcitória pode assumir as feições de tutela ressarcitória na forma específica ou de tutela ressarcitória pelo equivalente. Essa visa dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial ou o valor do custo para a reparação do dano, ou ainda pode constituir mera sanção contra quem agrediu um bem de conteúdo não patrimonial. O ressarcimento na forma específica, por sua vez, é aquele que – em princípio – deve conferir ao lesado a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido. Para a tutela ressarcitória na forma específica não basta o restabelecimento da situação que era anterior ao dano; é necessário que se estabeleça uma situação equivalente àquela que existiria se o dano não tivesse acontecido. Marinoni, no entanto, admite que nos casos em que o dano não pode ser reparado *in natura*, o ressarcimento na forma específica é possível através de um meio não pecuniário. Para ele,

a reparação *in natura* e a reparação através de um meio não pecuniário podem ser englobadas na noção de tutela ressarcitória na forma específica, compreendida como a tutela que objetiva estabelecer uma situação equivalente, ou mais perto da equivalente, àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, ou ainda como a tutela que visa reparar o dano através de um meio diferente do pecuniário.⁸⁶

Os artigos 461, do CPC, e 84, do CDC, abrem oportunidade para uma tutela ressarcitória na forma específica, seja utilizando-se a técnica mandamental (a “tutela específica”), seja através de providências sub-rogatórias (a tutela do resultado prático-jurídico equivalente, no sentido da lei).

A pessoa que sofreu o dano poderá sempre requerer a tutela ressarcitória na forma específica, salvo quando, em vista da sua excessiva

⁸⁵ Embora, mesmo nos casos de direitos não patrimoniais, seja possível atribuir um valor em pecúnia ao sujeito lesado, com a finalidade de compensá-lo ou de punir o infrator, não se trata de uma tutela adequada e satisfatória de ressarcimento do dano, Cf. MARINONI, *Tutela específica...*, p. 154-156.

⁸⁶ *Idem*, *ibid.*, p.158.

onerosidade, não for justificável ou racional, ou por opção do próprio lesado.⁸⁷ O art. 5º, XXXV, da CF, assegura o direito à adequada tutela jurisdicional, que é aquela que proporcionará a efetiva reparação do dano. O § 1º do art. 461, do CPC, preceitua que “a obrigação (de reparar o dano) somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente”. No mesmo sentido é a regra do § 1º do art. 84 do CDC. Há casos, no entanto, em que o valor da reparação é superior ao valor que a coisa teria depois de reparada. Isso acarreta onerosidade excessiva e deve ser repudiado, mesmo que não exista norma expressa no ordenamento jurídico, pois decorre do princípio segundo o qual o lesado não tem direito de impor um ônus economicamente ineficiente ao causador do dano. O réu poderá invocar a excessiva onerosidade que surgir também no curso do processo, ainda que na fase de execução, pois ela não é um benefício ao réu, mas apenas uma condição que impede que a tutela do direito se dê através da imposição de um ônus economicamente ineficiente. Nos casos de dano sem reflexo patrimonial, embora o ressarcimento na forma específica deva ser a regra, é preciso balancear o custo econômico que disso decorrerá e o valor do bem jurídico lesado.

O ofendido pode propor ação ressarcitória na forma específica inclusive nos casos em que pode reparar o dano independente da atuação da jurisdição, seja para requerer que o ofensor seja compelido a reparar sob pena de multa, seja para requerer que um terceiro seja designado para proceder a reparação às custas do demandado. Todavia, nos casos em que a tutela objetiva cobrar o valor capaz de permitir o ressarcimento na forma específica, procedida ou não a reparação pelo ofendido, não se tratará de tutela na forma específica, mas sim de tutela ressarcitória pelo equivalente.

Constituindo técnicas para a tutela de direitos que dependem do cumprimento de uma fazer ou de um não fazer, os artigos 461 do CPC e 84 do

⁸⁷ GRINOVER, op. cit., p. 259.

CDC permitem a postulação de sentenças mandamentais (ordem jurisdicional, geralmente sob pena de multa) e executivas *lato sensu* (medidas sub-rogatórias atípicas no processo de conhecimento, geralmente determinação de que o fazer seja prestado por terceiro, às custas do réu).

Através da técnica mandamental, o juiz pode impor ao réu, na sentença ou na tutela antecipada, um fazer sob pena de multa. Esse instrumento deve obrigar o réu a prestar a atividade necessária para que seja estabelecida uma situação equivalente ou mais próxima da equivalente àquela que existiria caso não houvesse ocorrido o dano. Não importa, para tal tutela, que o autor do ilícito não tenha capacidade de reparar o dano pessoalmente e que tenha de providenciar a reparação por um terceiro. Não existe esse tipo de restrição para o uso da técnica mandamental. Pensar o contrário levaria à conclusão de que a obrigação de reparar um dano, que depende necessariamente da atividade de terceiro, não é uma obrigação de fazer, mas sim uma obrigação de custear o fazer de terceiro capacitado.⁸⁸ Conforme já foi destacado, a obrigação de reparar o dano é uma obrigação de estabelecer o estado que existiria caso o dano não houvesse acontecido. Comprovado o dano e imputado ao réu, a única objeção que ele poderia fazer à tutela específica através da técnica mandamental seria de que não possui capacidade econômica para suportar o custo do fazer ou da atividade do terceiro, caso em que não se justificaria a incidência da multa.

A tutela ressarcitória na forma específica que se realiza através de um fazer ou um não fazer também pode ser prestada através da técnica executiva *lato sensu*. A sentença ou a tutela antecipada pode determinar que um terceiro preste o fazer capaz de proporcionar a situação equivalente ou a mais próxima da equivalente àquela que existiria se o dano não houvesse ocorrido. Como o juiz não condena ao fazer, mas determina que terceiro preste o fazer, é desnecessária a ação de execução. Nem mesmo o procedimento da execução das obrigações de

⁸⁸ Cf. MARINONI, *Tutela específica...*, p.167.

fazer (arts. 632 a 637 do CPC) deve ser observado na imposição da sentença executiva *lato sensu*. Se este provimento permite a tutela do direito independente de ação de execução, não é apenas para dispensar a propositura e autuação de um novo processo, mas principalmente para eliminar a complicação e demora inerente ao procedimento traçado para a execução das obrigações de fazer. Se o tempo do processo sempre prejudica o autor que tem razão, quanto mais as formas executivas demoram para permitir a efetiva tutela do direito, mais elas se prestam para beneficiar o réu que tem sentença transitada em julgado contra si.

Mesmo em casos em que seja impossível o estabelecimento de uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, é viável o estabelecimento de situação que satisfaça em parte a necessidade de reparar o dano. Em tais casos, como apenas parcela do dano será ressarcida pela forma específica, a outra parcela do dano deverá ser ressarcida pelo equivalente. Assim, sempre que for impossível o ressarcimento integral na forma específica, haverá necessidade de cumulação com a tutela ressarcitória pelo equivalente, exigindo-se a conjunção da técnica mandamental ou da técnica executiva *lato sensu* com a técnica do binômio condenação-execução forçada.

Na hipótese de “ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos”, os artigos 95 e 98, do CDC, não impedem a possibilidade de uma ação para a tutela ressarcitória na forma específica. Mas como o lesado não pode ficar vinculado ao resultado da ação proposta pelo legitimado coletivo, a sentença da ação proposta nesse interesse terá natureza meramente declaratória, e não mandamental. Depois de proferida a sentença, poderá o lesado ou seu sucessor optar entre a tutela ressarcitória pelo equivalente ou na forma específica.⁸⁹

Há hipóteses em que a coisa, depois de reparada na forma específica, pode adquirir um valor superior ao que tinha antes do dano e que teria mesmo se não houvesse ocorrido o dano. Como não há razão para admitir-se esse “lucro”

⁸⁹ Cf. Idem, *ibid.*, p.173-175.

para o lesado, pensa-se em três soluções, quais sejam: não admitir-se a tutela, admitir-se a tutela apesar do lucro gerado ou admitir-se a tutela, determinando o pagamento ao réu da quantia em que foi sobrevalorizada a coisa. O certo é que nosso ordenamento veda o enriquecimento indevido e se o lucro gerado pela reparação for conhecido apenas depois do cumprimento da sentença, caberá ao réu propor nova ação de conhecimento para a cobrança dessa soma.

Nada impede o provimento antecipatório do ressarcimento na forma específica, quando houver receio que outro dano possa ser provocado ou mesmo quando o não ressarcimento imediato puder agravar o próprio dano. Inclusive, é possível que o autor peça sentença mandamental e solicite, a título de tutela antecipatória, a designação de um terceiro para prestar o fazer. “Isto porque o que se antecipa é a tutela, e não a técnica processual que viabiliza a sua prestação.”⁹⁰ Nos casos de cumulação de tutela ressarcitória na forma específica com tutela ressarcitória pelo equivalente, estando o juiz em condições de definir o pedido relativo à tutela ressarcitória na forma específica, é possível a tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado do pedido sobre o qual não existe mais controvérsia, com base no art. 273, 2, do CPC.

II. 6 – A TUTELA DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS DE FAZER E NÃO FAZER NA FORMA ESPECÍFICA

Na hipótese em que a obrigação, apesar de inadimplida, ainda pode ser cumprida, e seu cumprimento é de interesse do credor, pode-se requerer a tutela do adimplemento da obrigação contratual na forma específica, com base nos artigos 461, do CPC, e 84, do CDC. Essa possibilidade subverte-se contra o direito de influência liberal, que não admite uma tutela que proporcione a

⁹⁰ Idem, *ibid.*, p.181.

interferência do Estado na relação jurídica contratual para que o adimplemento ocorra de forma específica, tendo em vista o dogma da autonomia da vontade. Um ordenamento que não conhece a tutela específica na relação contratual, na verdade, admite que a parte mais forte poderá sempre quebrá-la, bastando estar disposta a pagar por isso.

A tutela específica é forma ideal de tutela do direito material, porque confere à parte lesada o bem ou o direito em si, não o seu equivalente em pecúnia. Como é óbvio, apenas quando ainda há possibilidade de cumprimento a parte lesada poderá valer-se da tutela do adimplemento da obrigação na forma específica. Essa tutela relaciona-se, portanto, com a mora, que é o retardamento culposo ou imputável ao devedor.

A partir dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, há também a possibilidade de uma tutela inibitória do inadimplemento, que somente tem sentido quando ainda é possível inibir-se o não cumprimento da obrigação. Essa tutela apresenta relevância nos casos em que a obrigação, positiva ou negativa, pode ser violada em um único momento ou por atos de eficácia instantânea suscetíveis de repetição no tempo. Não haveria, propriamente, probabilidade de ilícito, entendido como ato contrário ao direito, mas sim probabilidade de inadimplemento de obrigação contratual. Sendo provável o inadimplemento, no caso de obrigação de fazer fungível ou de não fazer, também é possível o uso da coerção direta, determinado a um terceiro realizar as medidas para o cumprimento da obrigação do devedor.

A tutela do adimplemento da obrigação na forma específica confere ao autor uma utilidade que lhe é devida. Não se volta contra um dano eventualmente provocado pelo não cumprimento da obrigação, não se confundindo, portanto, com tutela ressarcitória. A tutela do adimplemento da obrigação na forma específica pode se dar através das técnicas mandamental ou executiva *lato sensu*. Em se tratando de obrigação infungível, o uso da multa é imprescindível, mas ela também pode ser utilizada para tutelar as obrigações fungíveis. A função da

multa é coercitiva⁹¹, não devendo se limitar o seu valor ao valor da prestação inadimplida, sob pena de se oportunizar ao demandado a possibilidade de liberar-se de sua obrigação com o pagamento do valor correspondente à prestação devida, o que determinaria a ineficácia da tutela do adimplemento da obrigação na forma específica através da técnica mandamental. No caso de obrigação fungível, é possível a utilização da técnica executiva *lato sensu*, pois os artigos 461 do CPC e 84 do CDC permitem que o juiz determine as medidas necessárias para que o direito seja efetivamente tutelado.

As normas supra citadas também abrem ensejo ao provimento antecipatório quando for “relevante o fundamento da demanda”. Embora não haja alusão no texto legal é também possível a tutela antecipada fundada em abuso do direito de defesa, em todas as tutelas prestadas via os artigos 461, do CPC, e 84, do CDC. Sobre o assunto, Teori Albino Zavaski ensina que “nem teria sentido algum supor que o dispositivo do art. 461, exatamente aquele que consagra mecanismos que privilegiam a tutela específica e célere das prestações de fazer e não fazer, tenha pretendido também, e paradoxalmente, retirar dela uma via de antecipação assegurada a todas as demais.”⁹²

II. 7 – O NOVÍSSIMO ARTIGO 461-A, DO CPC

A Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, que alterou vários dispositivos do Código de Processo Civil, inseriu o art. 461-A, com a seguinte redação:

⁹¹ Cf. GRINOVER, op. cit., p. 256, e WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 525.

⁹² ZAVASCKI, op. cit., p. 477-478.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, esta a entregará individualizada, no prazo fixo pelo juiz.

§ 2º. Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor em mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º. Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

Eduardo Talamini, analisando ainda as propostas do Projeto nº 3.476/2000, de reforma do Código de Processo Civil, comentou a hoje nova disciplina geral de tutela para a entrega de coisas.⁹³ Ele afirma que a entrega de coisa é atividade por excelência passível de sub-rogação, mas seria justificável o emprego de ordem acompanhada de multa quando houver extrema urgência na pronta obtenção do bem (em antecipação de tutela) ou “em relação aos deveres instrumentais, como o de indicar onde a coisa móvel está, permitir-lhe acesso, fornecer informações necessárias para sua eventual desinstalação (deveres de *fazer*, na essência)”⁹⁴.

Também Luiz Guilherme Marinoni aprovava a proposta de modificação do CPC, “afirmando que também é possível o ressarcimento na forma específica através de entrega de coisa semelhante à danificada, quando existiria efetividade se fosse possível a obtenção de sentença mandamental.”⁹⁵

Em vista do teor do art. 461-A, do CPC, que determina a observância dos §§ 1º a 6º do art. 461, é inegável a possibilidade de utilização tanto de meios sub-rogatórios quanto da técnica mandamental. A preferência, no entanto, deve

⁹³ TALAMINI, op. cit., p. 471-475.

⁹⁴ Idem, ibid., p. 475.

⁹⁵ MARINONI, *Tutela específica...*, p.194.

ser da busca e apreensão, em se tratando de bens móveis, ou da imissão na posse, em se tratando de imóvel, conforme preceitua o § 2º do art. 461-A. Não se mostrando esses meios eficazes e adequados à pretensão, nada impede que outros meios seja determinados pelo juiz.

CAPÍTULO III – OS NOVOS DIREITOS E AS TUTELAS DOS ARTIGOS 461 DO CPC E 84 DO CDC

III. 1 – O ESTADO, A SOCIEDADE E O DIREITO

“Cada fase de desenvolvimento da sociedade determina uma forma de organização e um Direito adequado a ambos”⁹⁶. Toda e qualquer evolução da Sociedade Civil e do Estado tem necessária repercussão nos estatutos jurídicos que os regulam. Os direitos são reconhecidos, entendidos e enunciados conforme uma dada concepção de Estado e a conformação da sociedade vigentes nas épocas em que se manifestam.

Com o advento das concepções filosóficas e políticas que vieram a determinar o surgimento do Estado Moderno, houve uma radical modificação na forma de como os direitos eram concebidos e manifestados até então. Os direitos dessa época eram de cunho individualista, como, e porque, individualista era a concepção do Estado absoluto ou do pacto social.⁹⁷ A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consagradora dos princípios filosóficos do séc. XVIII, estabelecia o fim dos privilégios vigentes em outras épocas e consagrava as liberdades, relacionando os direitos fundamentais (liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão), os quais encontravam limites somente em direitos semelhantes dos outros. A propriedade imobiliária, como é evidente, ganhou contornos diferentes com o fim do sistema feudal. Deixou de ser aquela propriedade que envolvia a relação do senhor proprietário e os servos da gleba, sobre os quais aquele detinha poderes em virtude do próprio direito de

⁹⁶ VIEIRA, Roberto Átila Amaral. *Introdução ao estudo do Estado e do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 323.

⁹⁷ Cf. BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 96-97.

propriedade. Houve uma profunda modificação na configuração do direito de propriedade, embora se mantivesse absolutamente individualista. Essa transformação na essência de direitos reconhecidos anteriormente não é, no entanto, exclusiva do direito de propriedade (o pátrio poder e o direito das obrigações também constituem bons exemplos).⁹⁸

Por outro lado, em razão da mesma nova realidade do Estado, alguns direitos até então nem sequer pensados vieram a ser reconhecidos e consagrados nas legislações seguintes. “Passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridades dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele cidadão”⁹⁹. Houve, assim, o reconhecimento e a tutela dos chamados direitos individuais. Ainda sob vigência do Estado Moderno se sedimentaram os direitos políticos e iniciou-se a afirmação dos direitos sociais (ambos denominados direitos de segunda geração).

Não é possível precisar o momento em que ocorreu a mudança do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo. “A mudança fundamental consistiu, a partir da segunda metade do século XIX, na gradual integração do Estado político com a sociedade civil, que acabou por alterar a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração.”¹⁰⁰ Interessante notar, como faz Paulo de Tarso Brandão¹⁰¹, que até Hegel a relação do Estado com a Sociedade Civil sempre foi uma relação de antagonismo, não

⁹⁸ Sobre a mudança de entendimento do pátrio poder e do direito obrigacional na Estado Moderno, ver BRANDÃO, op. cit., p. 100-106.

⁹⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Cidadania e Novos Direitos. In: _____ (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 192-193.

¹⁰⁰ GOZZI, Gustavo. Verbetes “Estado Contemporâneo”. In: BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*. Trad. VARRIALE, Carmem C. *et al.* 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992, p. 401.

¹⁰¹ BRANDÃO, op. cit., p. 51-52.

podendo haver identificação entre ambos. Para Maquiavel, a nota essencial do Estado é a dominação sobre os homens; para Montesquieu, a forma de conter a desagregação do pacto social; para Rosseau, a maneira de preservar os pressupostos de liberdade e propriedade privada. “É em Hegel que a noção de Sociedade Civil começa a ser compreendida como integrante da própria noção de Estado, ainda que ela faça uma inversão ao entender o Estado como fundamento da Sociedade Civil, afirmando que o Estado seria a vontade absoluta, o espírito objetivo ou o espírito divino. Mas é importante observar que Hegel lança as bases que vão contribuir para o fim do individualismo”¹⁰². Evoluindo esse pensamento, Engels, com base no entendimento desenvolvido com Marx de que o Estado é um processo histórico, enuncia de forma clara que o Estado é produto da sociedade. Gramsci, por sua vez, deixa evidente a relação entre Estado e Sociedade Civil, verificando que o relacionamento material entre ambos se dá no que chamou de “superestrutura”. Assim, definindo o Estado Contemporâneo a partir de uma visão histórica, Norberto Bobbio demonstra que, “na passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, houve uma alteração na estrutura formal do Estado que, além de Estado de direito, passa a ter a conotação de Estado social, pela gradual integração do Estado político com a Sociedade Civil, modificando-se os processos de legitimação e a estrutura da administração.”¹⁰³

A modificação que se deu no seio do Estado, entre outras causas, pelo inter-relacionamento entre Sociedade Política e a Sociedade Civil, determinou o surgimento de conflitos impensáveis nas estruturas das sociedades pré-estatais e do Estado Moderno. Assim, houve a manifestação de uma série de direitos nascidos de uma ordem conflitiva totalmente nova, como também ocorreu uma profunda transformação em direitos reconhecidos e assegurados no Estado Moderno. A propriedade, por exemplo, apresenta-se com substancial

¹⁰² Idem, *ibid.*, p. 52.

¹⁰³ Idem, *ibid.*, p. 53.

modificações, abrindo um pouco da característica de absolutamente individualista para encontrar limitações na “função social da propriedade”. No Brasil, com a Constituição Federal de 1988, a função social passou a integrar “a estrutura do direito de propriedade em geral”, pondo-se “concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização de bens”¹⁰⁴. O contrato, da mesma forma, fundado de forma absoluta na autonomia da vontade durante o Estado Moderno, veio a ser limitado, com a teoria do dirigismo contratual, para dar preponderância ao princípio da ordem pública.

Outros direitos, no entanto, são típicos do Estado Contemporâneo e sequer poderiam ser pensados antes dele, como por exemplo os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

“Interesses difusos são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade”¹⁰⁵. Na lição de Ada Pellegrini Grinover, o grupo dos interesses difusos

compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. [...]

Decorre daí que suas notas essenciais podem ser destacadas, nesses interesses difusos. Uma, relativa à sua titularidade, pois pertencem a uma série indeterminada de sujeitos. [...]

Outra, relativa ao seu objeto, que é sempre um bem coletivo, sendo que a satisfação

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 275.

¹⁰⁵ PRADES, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987, p. 57-58.

de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade.¹⁰⁶

Nesse sentido, a Lei nº 8.078/90 define interesses difusos como sendo transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Os interesses coletivos “são pertinentes aos fins institucionais de uma determinada associação, corporação ou grupo intermediário, decorrendo de um prévio vínculo jurídico que une os associados, sujeitando-se a regime jurídico portador de características peculiares”¹⁰⁷. Ada Pelegrine Grinover explica que os interesses coletivos repousam sobre um vínculo jurídico que congrega uma coletividade de pessoas, exemplificando que “a sociedade comercial, o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não se confundindo com os interesses individuais.”¹⁰⁸ Destarte, a Lei nº 8.078/90 veio a definir os interesses ou direitos coletivos como sendo transindividuais de natureza indivisível, cujo titular seria um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Já os direitos individuais homogêneos significam “apenas um trato coletivo a direitos já (e desde sempre) prestigiados por instrumentos individuais de proteção”¹⁰⁹. Eles tem uma mesma causa ou razão de origem comum, “entendendo-se, por estas expressões, situações que são juridicamente iguais (...),

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegini. A problemática dos interesses difusos. In: _____, *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonade, 1984, p. 30-31.

¹⁰⁷ PRADES, op. cit., p. 43.

¹⁰⁸ GRINOVER, op. cit., p. 30.

¹⁰⁹ MARINS, James. Ações coletivas em matéria tributária. In: *Revista de Processo*, v. 19, n. 97/100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 18.

embora diferentes”¹¹⁰. Seu tratamento é coletivo não em razão de uma indivisibilidade inerente ou natural, nem da existência de uma relação jurídica-base, mas por razões de acesso à justiça, priorização da eficiência e economia processual.

Verifica-se, portanto, que alguns direitos são tipicamente frutos da vivência de uma nova realidade social e política, e outros, enunciados e reconhecidos em outras época, continuam a ter vigência embora com conteúdo substancialmente diverso.

III. 2 – OS NOVOS DIREITOS

Uma das questões mais tormentosas e, por outro lado, instigantes desse breve estudo é entender o que sejam os denominados “novos direitos”. Identificá-los, nesse trabalho, não tem qualquer pretensão de estabelecer uma categoria de direitos, mas apenas uma finalidade estratégica para estudar a possibilidade de sua tutela jurídica.

Tratando desse tema, não se pode deixar de lembrar a conhecida evolução histórica apresentada por Norberto Bobbio das chamadas gerações dos direitos.¹¹¹ José Alcebiades Júnior¹¹² sistematizou e ampliou a lição do autor italiano, da seguinte forma: 1ª Geração – dos direitos individuais, característicos da formação do Estado Moderno, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente; 2ª Geração – dos direitos sociais e políticos, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto

¹¹⁰ ALVIM, Arruda *et al.* **Código do Consumidor comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 371.

¹¹¹ Ver BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-6 e 69.

¹¹² Ver OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 85-86.

social, passando-se das liberdades negativas para direitos que requerem uma intervenção direta do Estado; 3ª Geração – dos direitos transindividuais, também chamados de coletivos e difusos, compreendendo basicamente os direitos do consumidor e os relacionados à questão ecológica; 4ª Geração – dos “direitos de manipulação genética, relacionados a biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia”¹¹³; 5ª Geração – dos direitos advindos da chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade.

Não se pode perder de vista, no entanto, que os direitos individuais, assegurados na primeira geração de direitos, no momento em que a realidade política convivia com o Estado Moderno, já não correspondem aos direitos individuais que têm vigência nos dias atuais. Basta observar o direito de propriedade, que deixa de ter caráter absolutamente individual para assumir um caráter preponderantemente social. De outro lado, a esfera da individualidade contempla direitos que nem sequer seriam pensados na configuração do Estado Moderno, como o direito à intimidade, assegurado de forma ampla no inciso X do art. 5º da Constituição de 1988.

Para Paulo de Tarso Brandão, “é preciso ter claro que, quando se trata de ‘novos’ direitos, deve-se atentar para o fato de que direitos de gênese individual que foram reconhecidos inicialmente em outro momento podem estar inseridos no contexto desses novos direitos”¹¹⁴.

Também é errôneo o entendimento que a “evolução” dos direitos se dá sempre no sentido da coletivização de seu exercício. Direitos decorrentes da biotecnologia e da bioengenharia podem gerar direitos difusos, quando dizem respeito ao consumidor – no caso de alimentos geneticamente modificados, por exemplo – ou referem-se ao meio ambiente, mas “são eminentemente

¹¹³ Idem, *ibid.*, p. 86.

¹¹⁴ BRANDÃO, *op. cit.*, p. 127.

individuais, em razão do princípio da autonomia, no caso de transplantes de órgãos, direito à morte ou manutenção da vida artificial”¹¹⁵. O mesmo ocorre com os direitos advindos da realidade virtual, posto que a ação de *hackers* pode gerar um interesse de cunho meramente individual ou de ordem coletiva, quando ocorre a propagação de vírus que causam imensos prejuízos em todo o mundo.

Paolo Luigi Gaggero informa que a expressão “novos direitos” é “locuzione che, nell’uso, designa le posizioni di interessi emergenti in conseguenza dell’evoluzione socio-culturale e tecnico-scientifica”¹¹⁶. Não pressupõe, portanto, um exercício coletivo; pelo contrário, tratam muitas vezes de interesses individuais, surgidos com o desenvolvimento da sociedade.

Il diffondersi delle forme di produzione di massa e lo sviluppo tecnologico dei sistemi informativi hanno determinato, in questi anni, l’emergere di nuovi diritti, che non trovano adeguata collocazione nel catalogo delle situazioni sostanziali tutelabili di derivazione codicistica. Si tratta, in particolare, dei bisogni di tutela connessi con lo sviluppo della salute umana e della personalità individuale, con la fruizione dei beni ambientali e con la posizione del consumatore sul mercato¹¹⁷.

Por tudo isso, depreende-se que os novos direitos são, basicamente, situações não enquadráveis no clássico catálogo de direitos subjetivos. O professor de processo civil Marcelo Lima Guerra, também juiz do trabalho do TRT da 7ª Região, elenca as características normalmente encontradas nos novos direitos, a saber:

a) o conteúdo desses direitos corresponde, freqüentemente, a prestações de fazer e de não fazer de trato sucessivo, isto é, que se realizam continuamente através de um período de tempo mais ou menos longo;

¹¹⁵ Idem, *ibid.*, p. 128.

¹¹⁶ GAGGERO, Paolo Luigi. Verbete “nuovi diritti”. In: **Enciclopedia Garzanti del Diritto**. Milano: Garzanti, 1993, p. 815.

¹¹⁷ RAPISARDA, Cristina. **Profile della tutela civile inibitoria**. Padova: Cedam, 1987, p. 77-78. A mesma autora anota, em rodapé: “Sempra opportuno completare il ‘catalogo’ dei nuovi diritti con il riferimento alle situazioni sostanziale che si fondano su pretese di libertà individuale a contenuto antidiscriminatorio” (op. cit., p. 78, nota 2).

b) a violação deles conduz, quase sempre, a uma lesão irreparável (ou de difícil reparação);

c) revela-se totalmente inadequada, para a proteção de tais direitos, a chamada tutela ressarcitória genérica ou por equivalente, que consiste, como se sabe, na condenação ao pagamento de determinada quantia em dinheiro, ou seja, equivalente pecuniário da prestação inadimplida.¹¹⁸

Os novos direito podem ser instituídos tanto para impor uma limitação, no sentido de evitar um comportamento danoso, quanto para exigir do Poder Público um determinado comportamento. A coletividade de seu exercício, embora não seja característica, é uma tendência acentuada. Outro elemento comum nos novos direitos é seu conteúdo, no todo ou em parte não patrimonial, o que gera a consequência de que sua lesão será irreparável ou de difícil reparação. Trata-se, portanto, de um conceito bastante heterogêneo, em permanente e constante alteração de conteúdo.

III. 3 – OS NOVOS DIREITOS E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

O procedimento ordinário clássico, ligado à doutrina liberal do séc. XIX, foi concebido para a tutela dos direitos individuais e impedia o juiz de julgar com base na verossimilhança, no intuito de garantir a liberdade do cidadão.¹¹⁹ A precedência da cognição sobre a execução (princípio da *nulla executio sine titulo*) era exigência da estrita submissão do juiz à lei, pois dar-lhe o poder de executar antes de julgar seria o mesmo que outorga-lhe o direito de

¹¹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 310.

¹¹⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49-50.

conceder tutela a quem, depois, a sentença reconhecesse não ter direito.¹²⁰

O surgimento dos novos direitos, entre eles os difusos e coletivos, evidenciaram que deveria ser admitida uma técnica que viabilizasse a tutela do direito antes da realização plena do direito de defesa, para não serem transformados em muito pouco (ou nada). Assim, o antigo procedimento clássico ordinário deveria ser temperado com instrumentos aptos às novas necessidades de tutela.

Em razão da constatada inadequação do modelo vigente de tratamento processual dos direitos levados para a sua esfera de atuação, que não permitia a atuação – satisfação – de direitos sem prévia cognição, sem a existência de título executivo, coube aos operadores do direito o desafio criativo de se utilizarem das denominadas ações ou pretensões cautelares inominadas para fazer face a esse estado de coisas, a essa necessidade de obtenção de uma tutela rápida, e acima de tudo efetiva na projeção dos efeitos jurídicos pretendidos.

Constatada doutrinariamente e jurisprudencialmente a necessidade evolutiva do processo civil (e porque não da sua instrumentalidade efetiva por conta da não adaptação de um sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade urbana de massas) foi exigido do legislador a criação de mecanismos processuais que viabilizassem um procedimento padrão célere e efetivo nos seus resultados, principalmente no tocante ao tradicionalíssimo procedimento ordinário. Criou-se, então, tutelas diferenciadas daquelas existentes no procedimento comum, em que os provimentos jurisdicionais, destinados à satisfação de pretensões que exigiam e pressupunham cognição exauriente, só se faziam sentir, em seus efeitos práticos, após o ato final do processo, exteriorizado através da sentença de cunho definitivo.

Como já abordamos, o inciso XXXV do art. 5º, da CF, não procura

¹²⁰ Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 147.

assegurar apenas o mero acesso nominal à Justiça, mas sim um acesso que propicie uma tutela efetiva, adequada e tempestiva de direitos. As reformas do Código de Processo Civil ocorridas na década de 90 constituíram um grande esforço no sentido da concepção de provimentos mais efetivos, eficazes e adequados, sempre com a idéia de processo como instrumento. A implantação do sistema de tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, que promovem as tutelas diferenciadas apresentadas no capítulo anterior, constitui importante mecanismo para propiciar uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, principalmente quando se trata dos novos direitos.

Os novos direitos não admitem, em regra, sua conversão em equivalente pecuniário. Quando se pensa, por exemplo, no direito à qualidade de vida, no meio ambiente ecologicamente equilibrado, não se pode admitir a transformação desse direito em indenização por perdas e danos. A ordem do juiz tendente a tutelá-lo deve ser cumprida tal como expedida: se é ordem para não poluir, o juiz tem que encontrar os meios adequados e compatíveis, juridicamente possíveis é claro, que conduzam à tutela específica da obrigação ou, como diz a lei: “ao atingimento do resultado prático correspondente ao cumprimento da obrigação”. Às vezes, o que importa não é tanto o ato do devedor, e sim o resultado prático a ele correspondente.

III. 4 – NOVOS DIREITOS EM ESPÉCIE E AS TUTELAS DOS ARTIGOS 461, DO CPC, E 84, DO CDC

Nesse ponto, procuraremos demonstrar como alguns dos novos direitos podem ser tutelados pela técnicas dos artigos 461, do CPC, e 84, do CDC. Mantém-se aqui um tom estratégico e exemplificativo, concentrando-se no tema da efetividade da tutela jurisdicional dos novos direitos. Não se pretende esgotar o rol de novos direitos nem delinear todas as suas vias de tutela.

III. 4. 1 – Direito Ambiental

A Constituição de 1988, agasalhando o que de melhor se tem produzido na doutrina e na legislação nos países de vanguarda, quanto à proteção ao meio ambiente, dedicou-lhe todo um capítulo. É eloqüente o caput do art. 225, da Lei Fundamental de 1988 (a primeira Constituição brasileira a cuidar do tema): “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A preservação da adequada qualidade do ambiente é a finalidade precípua do direito ambiental. “Enquanto houver a possibilidade de se evitar o dano ambiental, esse objetivo deverá ser perseguido como se único fosse”¹²¹. Não sendo possível a prevenção, o art. 225, § 3º, da CF, impõe ao causador do dano ambiental o dever de repará-lo. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) consagra como um de seus objetivos a “imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados” (art. 4º, VII), “independentemente da existência de culpa” (art. 14, § 1º). Evidentemente, o aspecto reparatório deve sempre ter prevalência em relação à indenização.

Para Paulo Affonso Leme Machado, “a presença do Poder Judiciário para dirimir os conflitos ambientais, pode-se afirmar sem exagero, é uma das conquistas sociais importantes desse século (séc. XX), abrangendo países desenvolvidos e em desenvolvimento.”¹²² Além da legitimação de eventuais lesados para ações individuais contra o causador de dano ambiental, podem

¹²¹ SOUZA, Motaury Ciochetti. *Interesses difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 38.

¹²² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 288.

defender em juízo os interesses ambientais os legitimados para ação civil pública ou qualquer cidadão, pela ação popular.

Não há dúvidas quanto à possibilidade de aplicação do regime do art. 84, do CDC, às pretensões formuladas em ação civil pública. Originariamente, já era possível a cominação de multa de ofício pela lei da ação civil pública, bem como a antecipação da tutela. Com a nova redação dada ao art. 21 da Lei nº 7.347/85, as regras de “defesa do consumidor em juízo”, contidas no Título III do CDC, foram estendidas à ação civil pública, incluindo, portanto, as técnicas do art. 84.

Na ação popular não há reconhecimento expresso da observância do regime do art. 84 do CDC. A doutrina, no entanto, vem admitindo essa possibilidade. Rodolfo de Camargo Mancuso, analisando a possibilidade do juiz cominar multa visando o cumprimento da obrigação, na ação popular, lembra que “o sistema processual do CDC se estende à ação civil pública da Lei 7.347/85 (art. 117 do CDC), e essa Lei 7.347/85, a seu turno, invoca expressamente a ação popular no *caput* de seu art. 1º.”¹²³ Interpretação mais fácil seria lembrar que o art. 7º da lei da ação popular (Lei nº 4.717/65) invoca as normas do procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, observando algumas modificações expressas em seu texto. Ora, o art. 461, na sistemática do Código de Processo Civil, encontra-se no Título VIII, “Do Procedimento Ordinário”, donde pode-se concluir que as técnicas de tutela das obrigações de fazer e de não fazer aplicam-se subsidiariamente. Eduardo Talamini, versando sobre a ação popular, afirma que não há o que vede (ao contrário, a relevância constitucional da ação exigiria) a imposição de condutas destinadas a cessar ou desfazer os efeitos do ato lesivo, sendo que “a tal tutela específica aplicar-se-ão as regras do art. 461 do CPC – especialmente as atinentes à imposição de multa diária (§ 4º) e

¹²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 213.

à adoção de ‘medidas de apoio’ (§ 5º).”¹²⁴

Pode-se dizer que, em linhas gerais, as tutelas dos artigos 461, do CPC, e 84, do CDC, aplicam-se aos instrumentos de controle judicial contra atos lesivos ao meio ambiente. A importância disso reside principalmente na possibilidade de prevenção do dano através da tutela inibitória ou da tutela preventiva executiva. O princípio da precaução ou prevenção, erigido no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro – “ECO 92” e, posteriormente, no Princípio 2 da Carta da Terra, de 1997, estabelece que, para a proteção do meio ambiente, os Estados devem efetivar medidas de precaução visando prevenir a degradação ambiental. Em existindo risco de graves e irreversíveis danos ao meio ambiente, mesmo na ausência de certeza científica para comprová-los, impõe-se medidas preventivas urgentes para a proteção ambiental.

A tutela inibitória é preventiva pois está sempre direcionada para o futuro, destinando-se a impedir a prática de um ilícito, sua continuação ou repetição. São diversas as situações que ela poderá atuar no campo do direito ambiental. O estudo de impacto ambiental, constitucionalmente exigido “para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, tem perfil de requisito procedimental do ato administrativo de licenciamento ambiental, tal qual delineado pelo Dec. 99.274/90, que regulamentou a Lei nº 6.938/81. A Resolução nº 01/86 do CONAMA traz um rol, meramente exemplificativo, das obras e atividades que são consideradas capazes de causar significativa degradação do meio ambiente. Há violação da legalidade, portanto, quando o órgão licenciador do meio ambiente dispensa o estudo de impacto ambiental de obra ou atividade, na prática, potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Nesta hipótese, estando uma indústria para se instalar ou mesmo pronta para

¹²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 456.

começar suas atividades, cabe a tutela inibitória em sua forma mais pura ou, em situação de emergência, a tutela preventiva executiva. Já havendo o início da atividade, caberá também a tutela inibitória para coibir a continuação do ilícito ou a tutela reintegratória (de remoção de ilícito). O mesmo ocorrerá quando o estudo de impacto ambiental não atender aos arts. 5º e 6º da Resolução nº 001/86, do CONAMA.

A tutela inibitória poderá também ser utilizada em casos que o administrador se omite em relação a seus deveres. Se há alguma norma no sistema que estabelece para a administração o dever de agir em determinada situação, o descumprimento do dever constitui violação da lei, passível de corrigenda pelo Poder Judiciário. Certa doutrina admite inclusive o controle jurisdicional de atos discricionários, pois o administrador tem o dever jurídico de adotar, sempre, a melhor solução, a que mais se coaduna – dentro dos limites do razoável – com a finalidade da norma, posto que exerce função. Luiz Guilherme Marinoni nos traz o caso que “em vista do art. 208 da Constituição do Estado de São Paulo – que veda o lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer corpo de água –, discutiu-se a respeito da possibilidade de se obrigar um Município, inclusive sob cominação de multa, a tratar dos efluentes advindos da rede pública de coleta de esgotos.”¹²⁵

As ações e omissões contrárias às disposições do Código Florestal brasileiro (Lei nº 4.771/65), na utilização e exploração das florestas, são consideradas, *ex vi legis*, uso nocivo da propriedade (art. 1º, parágrafo único, na redação original e art. 1º, § 1º, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001), o que pode ensejar a utilização das tutelas do art. 461 do CPC.

Entende a melhor doutrina que o direito ambiental brasileiro adota a

¹²⁵ MARINONI, Tutela inibitória: individual e coletiva. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

teoria do risco integral, pela qual os sujeitos de direito são responsabilizados pela eclosão do dano tão-somente pelo risco potencial oferecido por sua atividade. Assim, como já afirmamos, a responsabilidade pelo dano ambiental existe ainda que haja prova de adequação aos padrões ambientais trazidos pela lei ou por regulamentos ou ainda que exista autorização pelo Poder Público.¹²⁶ Ocorrido o dano ambiental, sua reparação poderá ser exigida pela tutela ressarcitória na forma específica, que, extraordinariamente, dispensará a prova de ilicitude da conduta. É certo, entretanto, que a tutela ressarcitória não é adequada para a reparação da maioria dos danos ambientais. Todavia, pensa-se em possibilidades, como a do usuário de agrotóxicos compelido a despoluir um rio, em que a reparação específica (ou melhor, pelo resultado prático-jurídico equivalente) é bastante desejável.

A possibilidade do juiz conceder de ofício tutela que implique um resultado prático equivalente ao adimplemento diverso do solicitado é de grande valia no direito ambiental. Nesse sentido, Marinoni traz preciosa hipótese, pela qual,

verificando-se que o pedido de cessação das atividades que estão ocasionando a poluição não deve ser deferido, em vista de ter ficado claro na instrução probatória que basta a instalação de um filtro para que a poluição seja obstaculizada, pode o juiz ordenar a instalação do filtro sob pena de multa. No caso inverso, constatando-se que a instalação do filtro solicitada pelo autor não é suficiente para conter a poluição, não havendo outra saída senão a cessação das atividades da fábrica, cabe ao juiz assim ordenar.¹²⁷

III. 4. 2 – Direito do Consumidor

¹²⁶ Nesse sentido, SOUZA, op. cit., p. 41-42, MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Ação civil pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 199, e MACHADO, op. cit., p. 275.

¹²⁷ MARINONI, *Tutela específica...*, p. 97.

Na vaga dos novos direitos, advindos nos tempos contemporâneos, tem-se de modo destacado o Direito do Consumidor. Tal direito tem sua expressão positivada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). A Constituição de 1988 abrigou a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXII). Além disso, incluiu-se a defesa do consumidor dentre os princípios da ordem econômica, ao lado da liberdade de iniciativa (art. 170, V). Implantou-se no sistema jurídico nacional, para o campo das relações de consumo, uma política nacional única e uniforme. Deste modo, os princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e interesse social. Tanto suas regras como seus princípios são de aplicação indispensável nas relações de consumo, quer individuais, coletivas ou difusas.

O art. 84 do CDC é norma de vital importância para a defesa do consumidor em juízo. Apenas através de suas técnicas se predispõe uma tutela efetiva de diversos direitos do consumidor. Essa regra é aplicável tanto à defesa individual dos consumidores quanto às ações promovidas a título coletivo, pelo rol de legitimados do art. 82. Ressalte-se que o CDC oferece aos consumidores “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83).

No caso de contratos de adesão, definidos pelo art. 54, *caput*, do CDC, as cláusulas, por serem preestabelecidas pelo estipulante para que o consumidor as aceite sem qualquer discussão, podem ser abusivas e, portanto, lesivas aos seus direitos. O consumidor tem o direito de ser protegido contra cláusulas abusivas (arts. 6º, IV, e 51), bem como tem direito à efetiva prevenção de danos (art. 6º, VI). Por isso, a doutrina tem criticado veementemente o veto ao parágrafo único do art. 83 do CDC, que admitia expressamente “ação visando o controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais”. Entretanto, como bem afirma Kazuo Watanabe, o parágrafo continha norma redundante, pois o

caput do art. 83 “já possibilita a propositura da ação ali mencionada.”¹²⁸ “Os art. 83 e 84 do CDC, iluminados pela idéia de que o consumidor tem direito de ser protegido, através de tutela preventiva (art. 5º, XXXV, CF e art. 6º, VI, CDC), contra o uso de cláusulas gerais abusivas (art. 6º, IV, CDC), permitem que se diga que os legitimados à tutela coletiva (art. 82, CDC) podem propor ação para inibir o uso de cláusulas gerais abusivas.”¹²⁹

São inúmeros os exemplos em que as tutelas do art. 84 do CDC se prestam para proporcionar a efetividade dos direitos dos consumidores. Pense-se, por exemplo, no campo da publicidade enganosa ou abusiva (art. 37). A título coletivo, os legitimados podem requerer que o juiz ordene que anunciante inclua, em suas propagandas, determinada informação essencial ao produto ofertado, ou mesmo que não volte a veicular anúncio considerado ofensivo aos valores da sociedade. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin lembra de “anúncio, feito pela Phillips, de um televisor *stereo*, o primeiro a ser comercializado no País. Só que o anunciante deixou de informar ao consumidor que tal qualidade especial – que os distinguia dos seus similares – só era alcançável com a aquisição, à parte, de uma peça específica.”¹³⁰ Tratando-se de interesse difuso, caberia ao juiz ordenar, na sentença ou na tutela antecipada, que a empresa inserisse essa informação nos anúncios, através da técnica inibitória. No caso de propaganda abusiva de caráter discriminatório, ligada à raça, ao sexo, à preferência sexual ou às convicções religiosas, por exemplo, o juiz poderá valer-se de imediato da tutela de remoção do ilícito, para que terceiros retirem um *outdoor* que contenha a ofensa, às custas do demandado.

¹²⁸ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 652.

¹²⁹ MARINONI, **Tutela inibitória**..., p. 99.

¹³⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 281.

Vale a pena indagar-se da aplicação do art. 461-A, do CPC, na sistemática de defesa do consumidor. Acredito que não exista nenhum óbice para sua aplicação. O Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente ao CDC (art. 90, do CDC). Considerar que as regras do art. 461-A não se aplicam à disciplina específica do consumidor seria ignorar os preceitos constitucionais da efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) e do dever do Estado de promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF), pois tal artigo traz instrumentos de grande valia ao consumidor. Considerando que as informações sobre o produto vincula o fornecedor que as veicular (art. 30, do CDC), afigura-se a hipótese em que seja realizada uma compra pela Internet, de um computador especificado no *site* do vendedor, por um preço abaixo do mercado. Caso o computador recebido seja diferente do especificado na compra, por estar faltando peças ou ser de pior qualidade, seria pouco o interesse do credor na restituição pelo equivalente, já que ele não poderia comprar no mercado, por aquele preço, o produto desejado. Seu interesse maior seria de entrega da coisa conforme especificada, podendo então valer-se da tutela do art. 461-A, para que o juiz ordene a entrega sob pena de multa ou, caso seja necessário, expeça mandado de busca e apreensão. Somente dessa forma se proporcionaria a efetiva reparação do dano, direito básico do consumidor pelo art. 6º, VI, do CDC.

III. 4. 3 – Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência

“O verdadeiro sentido da isonomia consiste em tratar diferentemente os desiguais, buscando-se compensar juridicamente a desigualdade, igualando-os em oportunidades.”¹³¹ A Lei nº 7.853/89, regulamentado pela Dec. nº 3.298/99, dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social,

¹³¹ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 186.

incluindo medidas judiciais protetivas. Seu art. 3º dispõe sobre a legitimidade para promover a defesa de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência. O art. 5º da Lei estabelece que o Ministério Público atuará mesmo nas ações individuais em que se discuta interesses relacionados à deficiência das pessoas, sendo que sua atuação é protetiva, não como fiscal da lei.¹³²

Tanto em ações individuais como em ações que defendam interesses difusos ou coletivos, os legitimados para a propositura da ação poderão requerer as providências dos artigos 84, do CDC, e 461, do CPC. Dessa forma, em ação que exija o cumprimento do art. 11 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, segundo o qual “a construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida”, inexistindo rampas de acesso no projeto construção de um supermercado, por exemplo, o juiz poderá ordenar o fazer sob pena de multa. Em casos extremos, há a possibilidade de se nomear um interventor para sejam cumpridas as exigências da lei.

No mesmo sentido deve ser a interpretação da Lei nº 10.048/00, que entre outras medidas de apoio ao deficiente estabelece que “as empresas públicas de transporte e as concessionárias de transporte coletivo reservarão assentos, devidamente identificados, aos idosos, gestantes, lactantes, pessoas portadoras de deficiência e pessoas acompanhadas por crianças de colo” (art. 3º). Caso sanções administrativas prescritas no art. 6º da Lei nº 10.048/00 não configurarem meio idôneo para compelir os infratores a cumprir suas obrigações, não se deve deixar de lado a possibilidade do uso das técnicas mandamentais e executiva *lato sensu* em ação destinada a proteger interesses difusos.

¹³² Cf. *Idem*, *ibid.*, p. 187.

III. 4. 4 – Engenharia Genética

A engenharia genética é a “atividade de manipulação de moléculas ADN/ARN recombinantes”(art. 3º, V, da Lei nº 8.974/95). Não se pode negar a existência de riscos para os seres humanos, animais e plantas ao ser realizada a manipulação genética. A doutrina menciona como principais riscos o aparecimento de traços patogênicos para humanos, animais e plantas, perturbações para o ecossistema, transferência de novos traços genéticos para outras espécies, com efeitos indesejáveis, e dependência excessiva face às espécies, com ausência de variação genética.¹³³

A Lei nº 8.974/95, que regulamentou os incisos II e IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética. A lei assinala que os interesses protegidos são a vida e a saúde dos homens, animais e plantas, bem como o meio ambiente.

Pela redação do art. 2º da Lei nº 8.974/95, verifica-se que as atividades e os projetos ligados que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM) estão sujeitos ao controle do Poder Público, seguindo-se o padrão já usual de fiscalização. Os três Ministérios¹³⁴ mencionados no art. 7º da Lei têm poder de polícia direto, enquanto o Ministério de Ciência e Tecnologia tem poder de polícia indireto através da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio. A referida Lei apontou de forma genérica as obrigações dos Ministérios e estabeleceu três atos administrativos específicos: registro de produtos contendo OGM ou derivados de OGM; autorização para funcionamento de entidade que

¹³³ MACHADO, op. cit., p. 782.

¹³⁴ Dispõe o art. 7º da Lei nº 8.974/95: Caberá, dentre outras atribuições, aos órgãos de fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária e do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, dentro do campo de suas competências, observado o parecer técnico conclusivo da CTNBio e os mecanismos estabelecidos na regulamentação desta Lei: (...)

desenvolva atividades relacionadas a OGM; autorização para a entrada no País de qualquer produto contendo OGM ou derivado de OGM.¹³⁵ Além disso, o Decreto nº 1.520/95, que regulamenta a competência da CTNBio, cria outro instrumento de controle, o Certificado de Qualidade em Biossegurança (art. 2º, XIV), que é documento necessário para a concessão das Licenças ou Autorizações de Instalação ou Operação de qualquer atividade que envolva OGM.

“A responsabilidade civil independente de culpa abrange as entidades de direito público e privado que exercerem as atividades da Engenharia Genética na construção ou criação, no cultivo, na manipulação, no transporte, na comercialização, na liberação e no descarte do Organismo Geneticamente Modificado, conforme o art. 14 da Lei 8.974/95.”¹³⁶ Essa mesma Lei dispõe sobre a legitimidade do Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil por danos causados.

Terão grande importância nas ações coletivas ou individuais sobre questões de engenharia genética, as tutelas dos arts. 84, do CDC, e 461, do CPC. Essa importância é ressaltada quando se tratam de medidas preventivas ou urgentes. Assim, se determinada empresa está a ponto de comercializar produto contendo OGM ou derivado de OGM, sem o devido registro, não será medida excessiva o juiz nomear interventor na empresa ou determinar a paralisação de suas atividades, em vista dos riscos à saúde que a comercialização do produto pode acarretar. Outro exemplo, seria da empresa pronta para se instalar, mas que tenha fraudado o Certificado de Qualidade de Biossegurança. As tutelas inibitória ou preventiva executiva deverão ser utilizadas para coibir o ilícito, haja vista esse é o maior interesse da sociedade no momento.

¹³⁵ Cf. MACHADO, op. cit., p. 793.

¹³⁶ MACHADO, op. cit., p. 853.

III. 4. 5 – Considerações Gerais

Esses são apenas alguns exemplos de como interagem os denominados novos direitos e as tutelas dos artigos 461, do CPC, e 84, do CDC. Muitos outros direitos poderiam ser aqui apresentados, concernentes à intimidade, à vida privada ou à criança e ao adolescente, por exemplo, mas isso seria estender por demais esse breve estudo. Os exemplos acima expostos são suficientes para demonstrar que a efetividade dos novos direitos dependem de mecanismos processuais modernos, assim como se apresentam os artigos 461, do CPC, e 84, do CDC.

CONCLUSÃO

Os novos direitos são uma realidade e sua tutela é um desafio que para os operadores do direito. É certo que o procedimento ordinário tal qual como foi concebido é ineficaz nessa tarefa para a grande maioria dos novos direitos. Entretanto, uma imensa gama desses direitos poderá ser tutelado efetivamente através de procedimentos e técnicas especiais, como as constantes nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC. Outros, porém, dependem de mecanismos de proteção até hoje não pensados, como, por exemplo, uma mecanismo realmente eficaz contra a ação dos *hackers* no plano internacional.

A tarefa do estudioso do processo civil é encontrar, dentro do sistema que se apresenta, formas efetivas de se tutelar os direitos, incluindo-se os novos direitos. Apesar de o direito processual não ter sido construído tendo em mente direitos dessa índole, não deve ser tida como verdade absoluta a crítica de que o sistema não comporta sua tutela, sem ao menos vasculhar dentro do próprio sistema mecanismos eficazes.

Conforme se pretende ter sido demonstrando, as técnicas dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC configuram formas de que os operadores do direito poderão se valer para buscar uma tutela efetiva dos novos direitos.

A tutela efetiva depende, entre outros elementos, de uma tutela tempestiva, permitida pelas técnicas estudadas através de provimentos antecipatórios de caráter até mesmo preventivo e da imposição da eficácia da tutela sem ter que passar pelo exaustivo processo de execução. Outro ponto importante para a tutela efetiva é a sua adequação, permitida, nas tutelas analisadas, pela fungibilidade de suas técnicas, podendo o juiz se valer tanto de meios sub-rogatórios quanto de meios de coerção indireta, concedendo-os até mesmo de ofício. Tais meios de tutela, por sua vez, conferem às técnicas estudadas um padrão de eficácia dificilmente encontrado no processo civil brasileiro, pois atuam na realidade, transformando diretamente o mundo dos fatos, que é o objetivo maior daquele que busca a interferência do Poder

Judiciário.

Pressuposto necessário para a tutela efetiva dos direitos é a percepção da realidade na qual eles se manifestam. Os direitos individuais foram construídos sob determinado padrão de Estado e sociedade, diferente da existente quando do acontecimento dos novos direitos. É claro que os direitos não se manifestam todos de uma vez, mas eles refletem a realidade sob o qual foram construídos. Por isso, para se entender a conotação dos novos direitos, bem como buscar meios para sua tutela jurisdicional, é preciso compreender que o contexto de seu aparecimento difere do contexto da ocorrência dos direitos individuais. Por esse mesmo motivo, a tutela desses direitos diferentes não pode ser a mesma.

Conclui-se, portanto, que somente técnicas diferenciadas de tutela podem proporcionar a efetividade necessária aos novos direitos. Nesse ponto, os artigos 461 do CPC e 84 do CDC constituem extraordinário avanço, eis que, modernizando o sistema clássico de tutela de deveres de fazer e não fazer para as necessidades atuais, permitem, quando bem utilizados, a realização de um imensurável leque de novos direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Arruda *et al.* **Código do Consumidor comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de Política**. Trad. VARRIALE, Carmem C. *et al.* 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. **A reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. Tutela Jurisdicional. In: **Revista de Processo 81**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- GAGGERO, Paolo Luigi *et al.* **Enciclopedia Garzanti del Diritto**. Milano: Garzanti, 1993.
- GOMES, Fábio. **Carência de Ação**: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- GOZZI, Gustavo *et al.* **Dicionário de Política**. Trad. VARRIALE, Carmem C. *et al.* 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegini. A problemática dos interesses difusos. In: _____, **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonade, 1984.
- _____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, **Revista de Processo 79**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. Tutela Jurisdicional das Obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio F. (org.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 7ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

- _____. **Ação Popular**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: Tucci, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias Constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.
- _____. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 117.
- _____. **Tutela Específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. **Tutela Inibitória**: individual e coletiva. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARINS, James. Ações coletivas em matéria tributária. In: **Revista de Processo**, v. 19, n. 97/100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**, t. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. In: _____. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. Cidadania e Novos Direitos. In: _____ (org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PRADES, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987.
- RAPISARDA, Cristina. **Profile della tutela civile inibitoria**. Padova: Cedam, 1987.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**, v. III. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- _____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- SOUZA, Motauri Ciocchetti. **Interesses difusos em espécie**: temas de direito do consumidor, ambiental e lei de improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.